

340.142:341.645(4)

NEKI ASPEKTI PRESUDE MAKTOUF I DAMJANOVIĆ PROTIV BIH

Mr Ajla Škrbić*

Apstrakt:

Evropski sud za ljudska prava je u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH ustanovio da je došlo do kršenja člana 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Utvrdio je da Sud BiH nije smio retroaktivno primijeniti Krivični zakon iz 2003. godine u dva predmeta ratnih zločina. Pitanje koje se postavilo nakon ove presude jeste da li ista ima utjecaj na sve dosadašnje presude Suda BiH u predmetima ratnih zločina koje su donesene retroaktivnom primjenom Krivičnog zakona iz 2003. godine. U radu će se pokušati dati odgovor na ovo pitanje i na pitanje kako BiH može spriječiti nove postupke protiv sebe pred Evropskim sudom. Cilj je ukazati na oblasti u kojima je neophodno da BiH napravi izmjene: u pravosuđu, zakonskim aktima, praksi.

Ključne riječi: Evropski sud za ljudska prava, pravo na pravično suđenje, kažnjavanje samo na osnovu zakona, zabrana diskriminacije, retroaktivnost.

UVOD

Predmet *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* pokrenut je aplikacijama protiv BiH koje su Evropskom sudu za ljudska prava podnijeli državljanin Iraka Abduladhim Maktouf (2007. godine) i državljanin BiH Goran Damjanović (2008. godine).¹ Aplikanti su se pozivali na prekršena prava iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda² koje se tiču krivičnog postupka. Naime, u krivičnom postupku koji se protiv Abduladhima Maktoufa vodio zbog učešća u zločinima nad civilima 1993. godine u Travniku,

* Viši asistent na užim naučnim oblastima Međunarodno pravo i Javno pravo, te šef uže naučne oblasti Međunarodno pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Travniku. Takođe je certificirani predavač za pravne teme Agencije za državnu službu BiH.

¹ Aplikacije broj 2312/08 i 34179/08.

² BiH je ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda 12. 07. 2002. godine. Od tog datuma je građanima BiH omogućeno da podnose svoje aplikacije Evropskom sudu za ljudska prava.

odnosno za podstrekavanje i pomaganje u ratnom zločinu uzimanja talaca³, Sud BiH (pred kojim je vođen postupak) primjenjivao je Krivični zakon BiH iz 2003. godine⁴. Na osnovu toga je Maktouf osuđen na pet godina zatvora.⁵

Goran Damjanović je, s druge strane, bio pripadnik srpskih vojnih snaga kojeg je 2007. godine Pretresno vijeće Suda BiH proglasilo krivim za ratni zločin mučenja grupe Bošnjaka u Sarajevu⁶ te osudilo na kaznu zatvora u trajanju od jedanaest godina, takođe primjenjujući Krivični zakon iz 2003. godine.⁷

Imenovani su smatrali da je Sud BiH – primjenjujući Krivični zakon iz 2003. godine – prekršio Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer su zločini koji su im se stavljali na teret počinjeni tokom rata 1992-1995. godine, kada je bio u primjeni Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine⁸. Evropskom sudu za ljudska prava su tvrdili da je time povrijeđeno pravilo zabrane retroaktivnog kažnjavanja, sadržano u članu 7 Konvencije. Takođe su se pozivali na član 14 Konvencije i član 1 Protokola br. 12. uz Konvenciju. Maktouf se pozivao i na član 6 stav 1 Konvencije.

Evropski sud je, većinom glasova, pritužbe aplikanata u pogledu člana 6 i člana 14 Konvencije u vezi sa članom 7, kao i pritužbe u pogledu člana 1 Protokola br. 12. proglasio nedopustivim. Međutim, Sud je jednoglasno pritužbu aplikanata u pogledu člana 7 Konvencije proglasio dopustivom. Utvrđeno je da je u predmetu Maktouf i Damjanović došlo do povrede člana 7 Konvencije.⁹

Postavljaju se sljedeća pitanja:

1. Kakve su posljedice ove presude?
2. Zašto je bitno koji krivični zakon je Sud BiH primjenjivao?
3. Zašto je Sud BiH uopšte primijenio krivični zakon koji nije postojao za vrijeme izvršenja krivičnih djela?
4. Kako BiH može spriječiti nove postupke protiv sebe pred Evropskim sudom?

U radu ću pokušati odgovoriti na ova pitanja. Nastojat ću riješiti dilemu u vezi sa pitanjem da li presuda Maktouf i Damjanović podrazumijeva nove postupke u svim predmetima u kojima je Sud BiH primjenjivao novi krivični zakon. Cilj mi je

³ Maktouf je pomagao u otmici dva civila 1993. godine u Travniku, kako bi ih zamijenio za pripadnike Armije RBiH koje su zarobile snage Hrvatskog vijeća obrane. (Evropski sud za ljudska prava, *Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH*, 18. 07. 2013., tačka II paragraf 11)

⁴ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10.

⁵ Sud BiH je primijenio član 173 stav 1 u vezi sa članom 31 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

⁶ Goran Damjanović je imao značajnu ulogu u premlaćivanju zarobljenih Bošnjaka u Sarajevu 02. 06. 1992. godine, tokom incidenta koji je trajao od jednog do tri sata, i koji je počinjen upotrebom pušaka, palica, boca te udaraca nogama i rukama. Žrtve su nakon toga odvedene u logor. Ovim ih je imenovani želio kazniti zbog pružanja otpora srpskom napadu. (*Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH* (bilj. 3), tačka I paragraf 19)

⁷ Sud BiH je primijenio član 173 stav 1 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

⁸ Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Sl. l. SFRJ 44/76-1329, 36/77-1478, 34/84-895, 37/84-933, 74/87-1743, 57/89-1441, 3/90-63, 38/90-1217, 45/90-1340, 54/90-1773.

⁹ Presuda je donesena 18. 07. 2013. godine, uz tri izdvojena mišljenja sudaca na presudu.

ukazati i na oblasti u kojima je neophodno da BiH napravi izmjene: u pravosuđu, zakonskim aktima, praksi.

ČINJENIČNO STANJE

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je međunarodni ugovor iz 1950. godine kojoj samo države članice Vijeća Evrope mogu pristupiti. BiH je istu ratifikovala 12. jula 2002. godine. Konvencija je direktno primjenjiva u BiH.¹⁰

Konvencija u svom Dijelu II uspostavlja Evropski sud za ljudska prava, u čijoj su nadležnosti sva pitanja koja se tiču tumačenja i primjene Konvencije i protokola uz istu. No, Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lijekovi, i to u roku od šest mjeseci od dana kada je donesena pravosnažna odluka.¹¹

Ovo pravo i mogućnost iskoristili su Abduladhim Maktouf i Goran Damjanović.

Maktouf je u julu 2005. godine osuđen za ratni zločin pomaganja i poticanja na uzimanje talaca te mu je Sudsko vijeće Suda BiH izreklo kaznu od pet godina zatvora. 4. aprila 2006. godine Žalbena vijeće Suda potvrdilo je presudu. Maktouf se nakon toga obratio i Ustavnom sudu BiH, tvrdeći da retroaktivna primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine u postupku protiv njega predstavlja povredu člana 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. No, Ustavni sud BiH je ispitao predmet prema članovima 5, 6, 7 i 14 Konvencije te, u junu 2007. godine, ustanovio da nisu prekršena prava iz Konvencije. Sud je odbio apelaciju Maktoufa smatrajući da je primjena Krivičnog zakona BiH dozvoljena po članu 7 stav 2 Konvencije, a da bi se mogla kazniti djela koja su izvršena tokom oružanog sukoba koja u vrijeme izvršenja nisu predstavljala krivična djela po unutrašnjim propisima države, ali jesu prema opštim pravnim načelima priznatim od strane civilizovanih naroda. U skladu s tim Maktouf je izdržao svoju kaznu zatvora, te danas živi u Maleziji.

Goran Damjanović osuđen je 18. jula 2007. godine na jedanaest godina zatvora zbog premlaćivanja grupe Bošnjaka u Sarajevu. Apelaciono vijeće Suda BiH je potvrdilo presudu u novembru 2007. godine. Damjanović se u februaru 2008. godine žalio Ustavnom sudu BiH. Međutim, žalba je odbačena kao zastarjela u aprilu 2009. godine. Tako je Damjanović izdržavao kaznu u zatvoru u Foči, gdje je proveo šest godina.

Maktouf i Damjanović ipak nisu odustali. Obratili su se Evropskom sudu za ljudska prava. Žalili su se da je u njihovom slučaju retroaktivno primijenjen Krivični zakon iz 2003. godine, koji je strožiji u odnosu na Krivični zakon iz 1976. godine, a

¹⁰ Član 2 stav 2 Ustava BiH čak propisuje da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ima prioritet nad zakonima u BiH.

¹¹ Član 35 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine.

koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnih djela. Pozivali su se na članove 6 stav 1, 7 i 14 Konvencije te član 1 Protokola br. 12. uz Konvenciju.

Član 6 stav 1: Pravo na pravično suđenje

Pravo na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije podrazumijeva da svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, i to pred neovisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom. Presuda se mora izreći javno, s tim da se novinari i javnost mogu isključiti sa cijelog ili dijela suđenja - u interesu morala, javnog reda ili nacionalne sigurnosti u demokratskom društvu, odnosno kada to nalažu interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života strana, kao i kada to sud smatra izričito neophodnim jer bi u posebnim okolnostima publicitet mogao nanijeti štetu interesima pravde.

Abdulahim Maktouf se žalio da nije imao pravično suđenje pred neovisnim sudom jer sud koji je odlučivao o njegovom predmetu nije bio neovisan. Naime, dva člana vijeća imenovao je Ured Visokog predstavnika na period od dvije godine - sa mogućnošću obnavljanja mandata, jer Sporazumom, postignutim u decembru 2004. godine između Ureda visokog predstavnika i vlasti BiH, u Sud BiH mogu biti imenovane međunarodne sudije.¹² Maktouf je smatrao da kratak mandat ovih međunarodnih sudija dovodi u sumnju njihovu sposobnost da donose neovisne odluke. Ipak, prilikom razmatranja da li je neki sud neovisan ili ne - mora se uzeti u obzir ne samo trajanje mandata sudija, već i elementi kao što su način njihovog imenovanja, postojanje garancija protiv vanjskih pritisaka i sl.

Član 7: Kažnjavanje samo na osnovu zakona

Ovaj član Konvencije propisuje da se niko ne može smatrati krivim za krivično djelo, nastalo činjenjem ili nečinjenjem, koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja, prema unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, izrečena kazna ne smije biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.¹³

¹² Tako je u periodu između 2004. i 2006. godine Visoki predstavnik imenovao više od 20 međunarodnih sudija.

¹³ Navedeni princip propisuje i veliki broj međunarodno priznatih akata (primjerice Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1949. godine, Ženevska konvencija o zaštiti civilnih osoba u vrijeme rata iz 1949. godine, Dopunski protokoli I i II iz 1977. godine, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine, Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda iz 1998. godine, Povelja o temeljnim pravima Evropske unije iz 2000. godine, Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine, Afrička povelja o ljudskim i pravima naroda iz 1981. godine, Arapska povelja o ljudskim pravima iz 1994. godine i drugi). Tako je i BiH stranka velikog broja akata koji utvrđuju ova princip (npr. Jugoslavija je 21. 04. 1950. godine potpisala Ženevske konvencije iz 1949. godine, te 11. 06. 1979. godine i njihove Dopunske protokole iz 1977. godine. BiH je postala stranka ovih Konvencija sukcesijom 31. 12. 1992. godine).

U stavu 2 ovaj član utvrđuje da odredbe stava 1 ne utječu na suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica koje je krivo za činjenje ili nečinjenje ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema opštim pravnim načelima priznatim od strane civilizovanih naroda.

Prema Zakonu o krivičnom postupku BiH presuda se može pobijati:

- a) zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka;
- b) zbog povrede krivičnog zakona;
- c) zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja;
- d) zbog odluke o krivičnopravnim sankcijama, oduzimanju imovinske koristi, troškovima krivičnog postupka, imovinskopravnom zahtjevu, kao i zbog odluke o objavljivanju presude putem sredstava javnog informiranja.

U slučaju Maktouf i Damjanović riječ je o povredi krivičnog zakona, koja postoji ako je krivični zakon povrijeđen u pitanju:

- a) da li je djelo za koje se optuženi goni krivično djelo;
- b) postoje li okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost;
- c) postoje li okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a naročito da li je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno zbog amnestije ili pomilovanja, ili je stvar već pravosnažno presuđena;
- d) da li je u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe primijenjen zakon koji se ne može primijeniti;
- e) da li je odlukom o kazni ili uslovnoj osudi, odnosno odlukom o mjeri sigurnosti ili o oduzimanju imovinske koristi prekoračeno ovlaštenje koje Sud ima po zakonu;
- f) da li su pravilno primijenjene odredbe o uračunavanju pritvora i izdržane kazne.

U skladu sa navedenim, u konkretnom slučaju u pitanju je primjena zakona koji se u pogledu konkretnog krivičnog djela ne može primijeniti.

Ustavni sud BiH je bio mišljenja da u konkretnom slučaju nije došlo do povrede člana 7 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ukazujući na stav 2 istog člana.¹⁴ Stav 2 člana 7 Evropske konvencije upućuje na „opšta pravna načela civilizovanih naroda“, a Ustav BiH utvrđuje da „opšta načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta“¹⁵. No, Evropski sud se nije složio sa tvrdnjom da, ukoliko je neko djelo krivično djelo prema „opštim pravnim načelima civilizovanih naroda“ u

¹⁴ Sudija Mate Tadić je dao izdvojeno mišljenje, u kojem je istakao da pozivanje na stav 2 člana 7 Evropske konvencije nije prihvatljiv, jer je njegova prvenstvena ima funkcija omogućavanje krivičnog progona za kršenje Ženevskih konvencija pred međunarodnim tijelima ustanovljenim za ovakve slučajeve, te omogućavanje pravnih slučajeva pred domaćim sudovima kada domaće zakonodavstvo nije obuhvatilo sve elemente obilježja nekih djela po Ženevskim konvencijama. (*Izdvojeno mišljenje sudije Mate Tadića suprotno Odluci Ustavnog suda u predmetu broj ap 1785/06 od 30. marta 2007. godine, tačka 9*)

¹⁵ Član III/3b) Ustava Bosne i Hercegovine.

vrijeme počinjenja, princip zabrane retroaktivnosti krivičnih djela i kazni nije primjenjiv. Ne postoji nikakav opšti izuzetak od pravila neretroaktivnosti, niti se odluka Suda BiH u predmetu Maktouf i Damjanović može pravdati dužnošću da se ratni zločini kažnjavaju adekvatno. U prilog tome govori i činjenica da su kazne izrečene Maktoufu i Damjanoviću bile unutar raspona koji je propisan i Krivičnim zakonom iz 1976. i Krivičnim zakonom iz 2003. godine.

Član 14: Zabrana diskriminacije i član 1 Protokola br. 12.: Opšta zabrana diskriminacije - Član 14 Konvencije utvrđuje da se uživanje prava i sloboda predviđenih Konvencijom osigurava bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi (spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili slično).

Član 1 Protokola broj 12. proklamuje da će se uživanje svih prava određenih zakonom osigurati bez ikakve diskriminacije na bilo kojoj osnovi. Javna tijela ne smiju nikoga diskriminisati po osnovu spola, rase, boje kože, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovini, rođenju i slično.

Maktouf i Damjanović su tvrdili da su njihovi predmeti bili u postupku pred Sudom BiH¹⁶ iako su mnogi drugi predmeti ratnih zločina krivično gonjeni pred entitetskim sudovima te da navedeno predstavlja povredu člana 14 Konvencije i člana 1 Protokola br. 12. uz Konvenciju. Nadležni organi BiH, kao i Evropski sud, utvrdili su da je ova tvrdnja neosnovana. Naime, Zakon o krivičnom postupku BiH¹⁷ propisuje da, ako postoje važni razlozi, Sud BiH može vođenje postupka za krivično djelo iz svoje nadležnosti prenijeti rješenjem sudu na čijem je području krivično djelo izvršeno ili pokušano.¹⁸ Vođenje postupka se može prenijeti najkasnije do zakazivanja glavnog pretresa. Rješenje se može donijeti na prijedlog stranaka ili branioca za sva krivična djela iz nadležnosti Suda (izuzev za krivična djela protiv integriteta BiH). Zakon nadalje propisuje da, ako se postupak vodi za krivična djela iz članova 171 do 183 Krivičnog zakona BiH, Sud može rješenjem prenijeti vođenje postupka drugom sudu na čijem je području pokušano ili izvršeno krivično djelo, i

¹⁶ Vijeća za ratne zločine u Sudu BiH uspostavljena su početkom 2005. godine, u okviru izlazne strategije Međunarodnog krivičnog suda za progon osoba odgovornih za ozbiljne povrede humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine.

¹⁷ Član 27 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, br. 32/03, 36/03, 26/04, br. 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, br. 58/08, br. 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

¹⁸ U BiH je situacija u vezi sa pravosuđem prilično složena. Na državnom nivou djeluju Sud i Tužilaštvo BiH. Nadalje, u Federaciji BiH djeluje deset kantonalnih sudova i tužilaštava, dok u Republici Srpskoj djeluje pet okružnih sudova i tužilaštava. Takođe, u Brčko Distriktu djeluju Osnovni sud i Tužilaštvo Brčko Distrikta BiH.

Odluke Suda BiH mogu biti preispitane pred Ustavnim sudom i, konačno, pred Evropskim sudom za ljudska prava. Važno je napomenuti i da Haški tribunal nema apelacionu nadležnost u odnosu na sudove u BiH.

to najkasnije do zakazivanja glavnog pretresa, a uzimajući u obzir težinu krivičnog djela, svojstva počinioca i ostale okolnosti važne za ocjenu složenosti predmeta. (Sud ovo rješenje može donijeti i na prijedlog stranaka ili branioca, a u fazi istrage samo na prijedlog tužioca.)¹⁹

S druge strane, 29. decembra 2008. godine Vijeće ministara BiH je usvojilo Državnu strategiju za rad na predmetima ratnih zločina. Prema Strategiji, ako predmet ispunjava kriterije u pogledu težine krivičnog djela i svojstva i uloge počinioca, te uzimajući u obzir ostale okolnosti, postupak će se voditi pred Sudom BiH. U suprotnom se postupak vodi pred nadležnim sudom u BiH u skladu sa zakonskim odredbama o nadležnosti, ustupanju ili preuzimanju predmeta.²⁰ Dakle, najsloženiji predmeti ratnih zločina u BiH procesuiraju se pred Sudom i Tužilaštvom BiH, a manje složeni predmeti procesuiraju se pred kantonalnim, odnosno okružnim sudovima i tužilaštvima entiteta i Osnovnom sudu, odnosno Tužilaštvu Brčko Distrikta BiH.²¹ Predmet Maktouf okarakterisan je kao osjetljiv i

¹⁹ Član 27a Zakona o krivičnom postupku BiH.

²⁰ Pitanje treba li se neki predmet procesuirati pred Sudom BiH ili pred sudovima u entitetima ranije se rješavalo primjenom Pravilnika o pregledu predmeta ratnih zločina, gdje se cijenila osjetljivost konkretnog predmeta. Vrlo osjetljivim predmetima smatrani su, primjerice, genocid, istrebljenje, silovanje i druga seksualna zlostavljanja kao dio organizovanog napada. Usvajanjem Državne strategije ovaj kriterij zamijenjen je kriterijem složenosti predmeta. U skladu s tim, u Zakonu o krivičnom postupku BiH unesene su izmjene, te su kod dijela koji se tiče rješavanja predmeta primljenih u rad kod drugih sudova, odnosno tužilaštava uvedeni sljedeći kriteriji za prenos i dodjelu predmeta: težina krivičnog djela, svojstva počinioca i ostale okolnosti važne za ocjenu složenosti predmeta. Međutim, suštinski se puno toga nije izmijenilo, jer se i sada i ranije uzimaju u obzir težina krivičnog djela, svojstvo i uloga počinioca, povezanost predmeta sa drugim predmetima, interes žrtava i svjedoka, posljedice zločina na lokalnu zajednicu i sl., tako da najčešće Sud BiH rješava predmete koji se odnose na genocid, istrebljenje, višestruka ubistva, teške seksualne napade, porobljavanje, mučenje, zatim predmete protiv vojnih zapovjednika, političkih lidera i zapovjednika logora, odnosno predmete u kojima postoji rizik zastrašivanja svjedoka.

²¹ Prema Državnoj strategiji teža krivična djela su sljedeća:

- a) ona sa „težom“ pravnom kvalifikacijom;
 - b) masovna ubistva;
 - c) teži oblici silovanja;
 - d) teži oblici mučenja;
 - e) teži oblici nezakonitog zatvaranja ili drugog teškog oduzimanja fizičke slobode;
 - f) progon;
 - g) prisilni nestanak;
 - h) teži oblici nanošenja patnje civilnom stanovništvu;
 - i) krivična djela sa značajnim brojem žrtava;
 - j) krivična djela sa posebno podmuklim načinom i sredstvima koja su korištena za učinjenje istog;
 - k) postojanje posebnih okolnosti.
- Svojstvo i uloga počinioca cijene se na osnovu sljedećeg:
- a) formacijska dužnost;
 - b) rukovodeća funkcija u upravljanju logorima i zatočeničkim centrima;
 - c) politička funkcija;
 - d) nosilac pravosudne funkcije;
 - e) teži načini i stepeni učešća u izvršenju krivičnog djela.

Ostale okolnosti koje se, u skladu sa Državnom strategijom, trebaju uzeti u obzir su:

složen jer je predstavljao jedan od prvih predmeta koji se bavio zločinima koje je počinio stranac-mudžahedin. Takođe, ritualna pogubljenja odsijecanjem glave koja su provođena u logorima izazvala su zastrašenost lokalnog stanovništva.²² Predmet Damjanović takođe je ocijenjen kao osjetljiv, jer je obuhvatao mučenje velikog broja žrtava. Nadalje, na Sudu BiH je bio manji rizik zastrašivanja svjedoka nego na entitetskim sudovima, te je i to bio jedan od razloga što je o ovom predmetu odlučivao Sud BiH.

Postupajući po ovim aplikacijama Evropski sud je donio presudu u kojoj je utvrdio da Sud BiH nije smio retroaktivno primijeniti Krivični zakon iz 2003. godine u dva predmeta ratnih zločina. Sud je u presudi naglasio da je retroaktivna primjena zakona u suprotnosti sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.²³ S obzirom na vrstu i težinu krivičnih djela za koja su Maktouf i Damjanović osuđeni, odnosno s obzirom da je riječ o ratnim zločinima a ne o zločinima protiv čovječnosti, te s obzirom da ni jedno od naznačenih krivičnih djela nije imalo za ishod smrt žrtava, Sud je utvrdio da su imenovanima mogle biti izrečene i blaže kazne da je bio primijenjen Krivični zakon iz 1976. godine.

U skladu sa navedenim sudsko vijeće Suda BiH je 8. oktobra 2013. godine donijelo rješenje kojim se dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka u korist osuđenog Abduladhima Maktoufa. Pravo je osuđenog da ima suđenje u razumnom roku i bez odlaganja te je Vijeće zakazalo novi glavni pretres. Sud će u ponovljenom postupku postupiti u skladu sa članom 7 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.²⁴

Što se tiče Gorana Damjanovića, Vijeće Suda BiH je 4. oktobra 2013. godine donijelo rješenje kojim se dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka u korist njega, ali i Damjanović Zorana²⁵, te je određen novi glavni pretres.²⁶ U ponovljenom postupku vijeće Odjela I za ratne zločine Suda BiH izreklo je prvostepenu presudu 13. decembra 2013. godine. Ovom presudom su djelimično stavljene van snage prvostepena i drugostepena presuda ovog Suda, i to u dijelu odluke o primjeni krivičnog zakona i u pogledu odluke o kazni. Prvostepenom presudom u ponovljenom postupku optuženi je oglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 stav 1 Krivičnog zakona iz 1976. godine (mučenje) u vezi sa članom 22 (saizvršilaštvo) te osuđen na kaznu zatvora u

a) povezanost predmeta sa drugim predmetima i mogućim počiniocima;

b) interes žrtava i svjedoka;

c) posljedice zločina na lokalnu zajednicu.

(*Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina*, 29. 12. 2008. godine, Aneks A)

²² *Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH* (bilj. 3), tačka III, paragraf 78

²³ U suprotnosti je i sa članom 4 stav 2 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

²⁴ Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/index.php?id=2919&jezik=b>, očitavanje: 07. 03. 2014.

²⁵ Ustavni sud BiH ukazao je da se predmet Damjanović Zorana, kako u pogledu činjeničnog supstrata, tako i u pogledu pravnog pitanja, ne razlikuje od predmeta Maktouf i Damjanović. U oba predmeta riječ je o identičnim argumentima u pogledu primjene materijalnog zakona. (Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/?id=3024&jezik=b>, očitavanje: 07. 03. 2014)

²⁶ Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/?id=2970&jezik=b>, očitavanje: 07.0 3. 2014.

trajanju od 6 godina i 6 mjeseci. U skladu sa članom 333 stav 3 Zakona o krivičnom postupku BiH, u izrečenu kaznu uračunato je vrijeme provedeno u pritvoru i izdržana kazna.²⁷

Tužilaštvo BiH je izjavilo žalbu zbog ove odluke i predložilo da Apelaciono vijeće Suda BiH preinači pobijanu presudu i da Goranu Damjanoviću izrekne kaznu zatvora u trajanju dužem od one koja je izrečena pobijanom presudom. S druge strane, Damjanovićev branilac je izjavio žalbu zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji i predložio da se optuženima izrekne blaža kazna zatvora.

Apelaciono vijeće ispitalo je pobijanu presudu u granicama istaknutih žalbenih prigovora i razloga, te donijelo drugostepenu odluku.

KAKVE SU POSLJEDICE PRESUDE MAKTOUF I DAMJANOVIĆ?

Pravno dejstvo utvrđivanja povrede člana 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jeste da se osuđujuće presude moraju poništiti od strane nadležnog državnog suda.

Presudom u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH Evropski sud je utvrdio da je BiH obavezna u roku od tri mjeseca Maktoufu i Damjanoviću isplatiti po 10.000 eura, uz porez koji bi se eventualno mogao zaračunati na ime troškova i izdataka.²⁸ Sud u istoj presudi odbacuje ostatak zahtjeva aplikanata za pravičnom naknadom.²⁹ Da je Sud i primijenio Krivični zakon iz 1976. godine, Maktouf i Damjanović bi možda dobili iste kazne.³⁰ Stoga je Sud smatrao da je dovoljna zadovoljština sama činjenica što je Sud utvrdio da je došlo do povrede Evropske konvencije.

No, najznačajnija posljedica navedene presude jeste obaveza ponavljanja postupka.³¹ Naime, jedan od mogućih uzroka ponavljanja postupka u BiH jeste povreda utvrđena odlukom Evropskog suda za ljudska prava. Zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka ne podliježe rokovima. Može se čak uložiti i nakon odsluženja kazne.³² Takođe, u zakonskim aktima BiH utvrđena je i zabrana

²⁷ Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/?id=3024&jezik=b>, očitavanje: 07. 03. 2014

²⁸ Ovaj iznos se treba pretvoriti u valutu BiH prema stopi koja se primjenjuje na datum poravnanja. Od datuma isteka gore navedena tri mjeseca pa do stvarnog poravnanja na gornji iznos će se zaračunavati i plaćati kamata po stopi koja je jednaka kamatnoj stopi na kredite Evropske centralne banke tokom perioda neplaćanja plus tri procentna poena. (*Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH* (bilj. 3), tačka IV, paragraf 94)

²⁹ Maktouf je tvrdio da je zbog suđenja i služenja kazne zatvora bio onemogućen voditi svoju firmu te da je zbog toga pretrpio štetu u iznosu od 500.000 eura. U skladu sa navedenim, tražio je odštetu u iznosu od 100.000 eura.

Damjanović je zahtijevao naknadu nematerijalne štete, ne navodeći u kojem iznosu.

³⁰ Iste kazne moguće su primjenom i Krivičnog zakona iz 2003. godine i Krivičnog zakona iz 1976. godine.

³¹ Krivični postupak završen pravosnažnom presudom može se ponoviti u korist osuđenog ako Ustavni sud BiH, Dom za ljudska prava ili Evropski sud za ljudska prava utvrde da su u toku postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode, i ako je presuda zasnovana na tom kršenju.

³² Član 329 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH.

reformatio in peius, odnosno propisano je da se presuda ne može mijenjati na štetu optuženog.³³ Zakonski propisi nadalje propisuju da, ako je neka osoba na temelju konačne presude osuđena za krivično djelo, a presuda bude naknadno poništena, ili ta osoba bude pomilovana na osnovu neke nove (ili novootkrivene) činjenice koja nedvosmisleno dokazuje da je učinjena nepravda, osobi koja je izdržala kaznu po takvoj presudi mora se nadoknaditi šteta.

Pitanje koje se postavilo nakon presude Evropskog suda jeste da li ista ima utjecaj na sve dosadašnje presude Suda BiH u predmetima ratnih zločina koje su donesene retroaktivnom primjenom Krivičnog zakona iz 2003. godine.

Evropski sud za ljudska prava nije trebao (niti je) na opšti način cijenio da li je primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina protivna Evropskoj konvenciji. Zadatak Suda bio je utvrditi da li je u predmetima Maktouf i Damjanović primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine dovela do kršenja prava koja propisuje Konvencija. Sud je prilikom odlučivanja uzeo u obzir sve okolnosti u predmetima Maktouf i Damjanović, i naglasio da odluka Suda ne znači da su Maktoufu i Damjanoviću trebale biti izrečene blaže kazne. Sud je naglasio da njegova odluka znači samo to da je u predmetima Maktouf i Damjanović trebao biti primijenjen Krivični zakon iz 1976., a ne iz 2003. godine. Odlukom Evropskog suda nisu ukinute pravosnažne odluke Suda BiH u predmetima Maktouf i Damjanović. Ova odluka nema ni direktan utjecaj na ostale presude Suda BiH. Sud BiH i u budućim predmetima treba u svakom konkretnom slučaju cijeniti koji zakon je blaži za počinioca, a imajući u vidu okolnosti svakog slučaja posebno.

U predmetu Maktouf i Damjanović Evropski sud se nije bavio pitanjem gornje ili donje granice kazni predviđenih u zakonima iz 1976. i 2003. godine. Navedeno dokazuje da se Sud nije bavio pitanjem koji je zakon blaži općenito. Dakle, u svakom konkretnom slučaju sudija mora cijeniti da li je, u odnosu na konkretne činjenice predmeta, stari ili novi krivični zakon povoljniji za optuženog te primijeniti onaj zakon koji je povoljniji. Ipak, ova odluka je veoma bitna za bosanskohercegovačku sudsku praksu, jer je na osnovu nje djelovao Ustavni sud BiH i ukazao da je na zločin protiv čovječnosti, koji nije postojao u Zakonu iz 1976. godine, primjenjiv Krivični zakon iz 2003. godine. Ustavni sud je, nadalje, utvrdio da se u slučaju genocida i ratnih zločina ne smije primjenjivati Krivični zakon iz 2003. godine. Odluka Ustavnog suda ne znači automatski reviziju svih presuda za ratne zločine. Po pravilu - stranke, okrivljeni i odbrana odlučuju da li će tražiti ponavljanje postupka.

BiH je obavezna poštovati i sprovesti odluke Evropskog suda za ljudska prava.³⁴ Odgovornost za njihovo izvršenje je na Komitetu ministara Vijeća Evrope.

³³ *Ibid.*, član 333 stav 4.

³⁴ Izmjenama Krivičnog zakona BiH u 2010. godini utvrđeno je da će se, ukoliko se ne izvrši odluka Evropskog suda za ljudska prava, službena osoba u institucijama BiH, institucijama entiteta ili institucijama BD BiH koja odbije izvršiti konačnu i izvršnu odluku ili sprečava da se takva odluka izvrši, odnosno na drugi način onemogućava njeno izvršenje, kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. (član 239 Krivičnog zakona BiH)

Ovo tijelo nadgleda izvršenje odluka Suda i brine se da sve naknade koje Sud dodijeli - budu i ispoštovane.³⁵ U pravilu, ukoliko je Evropski sud donio presudu u kojoj je utvrdio da je došlo do povrede prava koje propisuje Konvencija, nadležne vlasti - dakle ona razina vlasti koja je odgovorna za učinjenu povredu prava - dužne su djelovati. Ova obaveza postoji ne samo prema aplikantima čija je apelacija uspjela i za koje je Sud utvrdio da su im prekršena prava iz Konvencije, već i za sve druge koji se nalaze u istoj poziciji (*beneficium cohaesionis*). Ako se povodom ma čije žalbe utvrdi da su razlozi zbog kojih je sud donio odluku u korist optuženog od koristi i za kojeg od saoptuženih koji nije podnio žalbu ili je nije podnio u tom pravcu, sudovi u BiH postupit će po službenoj dužnosti kao da takva žalba postoji. Dakle, obaveza je Suda obavijestiti okrivljenog o postojanju činjenica da traži ponavljanje postupka.

U skladu sa gore navedenim, Sud BiH i Ustavni sud BiH djelovali su po odluci Evropskog suda. Ustavni sud BiH donio je odluku o ukidanju dvanaest presuda za genocid i ratne zločine nad civilnim stanovništvom (zbog povrede člana 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda)³⁶, a treba odlučiti o zahtjevima za apelaciju za još nekih četrdeset pravosnažnih presuda za ratne zločine.³⁷ U slučaju neizvršenja ovih odluka, Ustavni sud donosi rešenje o neizvršenju, koje dostavlja Tužilaštvu BiH, jer se neizvršenje odluke Ustavnog suda BiH smatra krivičnim djelom.

Dakle, nakon što je Ustavni sud BiH usvojio apelacije osuđenih pred Sudom BiH i utvrdio povredu prava optuženih iz člana 7 stav 1 Evropske konvencije, ukinuo je presude Suda BiH i naložio istom da po hitnom postupku donese nove odluke. Nove odluke moraju biti u skladu sa članom 7 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Apelaciono odjeljenje Suda BiH je nakon toga donijelo rješenja kojim je obustavilo izvršenje kazni zatvora. Ovim rješenjima osuđeni su odmah pušteni na slobodu, jer je ukidanjem drugostepenih presuda Suda BiH prestao postojati zakonski osnov za njihovo daljnje izdržavanje kazne zatvora. (Pravilo je da se odredi da se izvršenje presude odloži, odnosno prekine ukoliko je zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka podnesen u korist osuđenog, a Sud smatra da isti u ponovljenom postupku može biti osuđen na takvu kaznu da bi se uračunavanjem već izdržane kazne trebao pustiti na slobodu.)

Postavilo se pitanje ko će voditi novi postupak. Smatra se da ne predstavlja kršenje člana 6 Evropske konvencije činjenica da isto tijelo, u istom ili drugačijem sastavu, ponovo odlučuje o istom pitanju. Ipak, Vijeće koje je donijelo odluke u

³⁵ Član 46 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine.

³⁶ Ustavni sud BiH ukinuo je presude: Milenku Trifunoviću, Aleksandru Radovanoviću, Brani Džiniću, Slobodanu Jakovljeviću i Branislavu Medanu, Miloradu Saviću, Mirku Pekezu, Nikoli Andrunu. Imenovani su bili osuđeni na dugotrajne kazne zatvora za krivična djela genocida koje su počinili kao pomagači, zatim zbog učešća u streljanju civila te za mučenje i učešće u mučenju i ubistvu. (Aljazeera, <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/ustavni-sud-ukinuo-deset-presuda-za-genocid>, očitavanje: 03. 03. 2014.)

³⁷ O apelacijama će Ustavni sud BiH odlučivati hronološkim redom. (Ustavni sud BiH, http://www.ccbh.ba/bos/p_stream.php?kat=760, očitavanje: 04. 02. 2014.)

slučajevima Maktouf i Damjanović više ne postoji, jer više nema sudija stranaca. Stoga će ove predmete morati razmatrati novo Vijeće/a.

Kad Sud u ponovljenom postupku donese presudu, izreći će da se prethodna presuda, djelimično ili u cjelini, stavlja van snage ili da se ostavlja na snazi. U kaznu koju odredi novom presudom Sud će optuženom uračunati izdržanu kaznu. Takođe, kako je već rečeno, Sud je u ponovljenom postupku vezan zabranom *reformatio in peius*. Presude neće ostati iste jer će sudovi primijeniti Krivični zakon iz 1976. godine, što podrazumijeva i promjenu kvalifikacije krivičnih djela.

Što se tiče predmeta Maktouf i Damjanović, obje izrečene kazne - i ona za Maktoufa i ona za Damjanovića - bile su blizu zakonskom minimumu pa je moguće da bi obojica dobili blaže kazne da je primijenjen Zakon iz 1976. godine.

Vijeće Suda BiH je 4. oktobra 2013. godine donijelo rješenje kojim je dozvoljeno ponavljanje krivičnog postupka u korist Damjanović Gorana i Damjanović Zorana.³⁸ Određen je novi glavni pretres. Rješenje je postalo pravosnažno 11. oktobra 2013. godine, kada je Sud BiH donio rješenje kojim obustavlja izvršenje kazne zatvora prema osuđenima.³⁹ Ovim Rješenjem obojica osuđenih su puštena na slobodu.⁴⁰

ZAŠTO JE BITNO KOJI JE ZAKON PRIMIJENIO SUD?

BiH je *Krivični zakon iz 1976. godine*⁴¹ preuzela Uredbom 1992. godine. Ovaj Zakon predviđa kazne zatvora u rasponu od petnaest dana do petnaest godina, ali za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna može se izreći i kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina.⁴² Takođe su postojale i mogućnosti ublažavanja kazni, odnosno ako je za neko krivično djelo bila propisana kazna zatvora u trajanju od tri ili više godina, kazna se mogla ublažiti do jedne godine zatvora.

Krivični zakon iz 1976. godine za ratne zločine predviđa kazne zatvora u trajanju između pet i petnaest godina. Nadalje, prema ovom Zakonu pomagači u izvršenju ratnih zločina kažnjavaju se isto kao da su počinioci ratnog zločina. No, kazna im može biti i umanjena na kaznu zatvora od jedne godine.⁴³

Za razliku od novog Zakona iz 2003. godine, Krivični zakon iz 1976. godine izričito utvrđuje da su upotreba nedozvoljenih sredstava borbe⁴⁴, surovo

³⁸ Sud je ustanovio da razlozi zbog kojih je dozvoljeno ponavljanje postupka u korist Damjanović Gorana postoje i u odnosu na saoptuženog Damjanović Zorana - koji zahtjev nije ni podnio pa je Sud, u skladu sa članom 332 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH i gore navedenim, po službenoj dužnosti postupio kao da takav zahtjev postoji.

³⁹ Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/?id=2926&jezik=b>, očitavanje: 12. 02. 2014.

⁴⁰ Žalba protiv navedenog rješenja ne zadržava njegovo izvršenje.

⁴¹ Krivični zakon iz 1976. godine je 1993. godine izmijenjen. No, izmjene se uglavnom tiču samo modernizovanja valute.

⁴² Članovi 37 stav 2, 38 stav 1 i 142 stav 1 Krivičnog zakona iz 1976. godine.

⁴³ *Ibid.*, članovi 24, 42 i 43.

⁴⁴ *Ibid.*, član 148.

postupanje s ranjenicima, bolesnicima i ratnim zarobljenicima⁴⁵ i podsticanje na agresivni rat⁴⁶ nedozvoljena djela. Pomagači u izvršenju ratnih zločina kažnjavaju se isto kao da su počinioci ratnog zločina. No, kazna im može biti i umanjena na kaznu zatvora od pet godina.⁴⁷

Krivični zakon iz 2003. godine nametnut je od strane Ureda visokog predstavnika. Stupio je na snagu 1. marta 2003. godine. Tek ovim Zakonom kao krivična djela definisani su zločin protiv čovječnosti⁴⁸ i povrede zakona i običaja rata⁴⁹. Takođe, tek njegovim odredbama definisane su individualna i komandna odgovornost te isključuje „naređenje pretpostavljenog“ kao odbranu.⁵⁰

U slučaju koji je predmet ovoga rada u pitanju je bilo krivično djelo koje je postojalo i u starom i u novom krivičnom zakonu.⁵¹ No, predviđene kazne za ta krivična djela razlikuju se u njima. S obzirom da su izrečene kazne u ovom predmetu bile unutar raspona koji je propisan i Krivičnim zakonom iz 1976. i Krivičnim zakonom iz 2003. godine, nije sigurno da bi Maktouf i Damjanović i primjenom novog Zakona bili blaže kažnjeni. Ipak, s obzirom na činjenicu da je u ovom predmetu bila riječ o ratnim zločinima, a ne zločinima protiv čovječnosti te s obzirom da nije bilo smrtnih posljedica, vjerovatno je da bi kazna Maktoufu i Damjanoviću bila blaža da je primijenjen Krivični zakon iz 2003. godine.

No, Sud BiH je Abduladhima Maktoufa osudio na zatvorsku kaznu od pet godina. Navedeno predstavlja najnižu moguću kaznu prema Krivičnom zakonu iz 2003. godine. S druge strane, Maktouf je, prema Krivičnom zakonu iz 1976. godine, mogao biti osuđen na kaznu zatvora i u trajanju od jedne godine.

Gorana Damjanovića je Sud BiH osudio na zatvorsku kaznu od jedanaest godina, što je minimalno iznad najniže kazne od deset godina. Da je Sud primijenio Krivični zakon iz 1976. godine, mogla mu je biti izrečena kazna zatvora od samo pet godina.

Površno gledajući, blaži zakon za počinioce krivičnih djela je novi Krivični zakon iz 2003. godine, jer isti ne predviđa smrtnu kaznu ni za najteža krivična djela. No, uzimajući u obzir da je u BiH smrtna kazna ukinuta Ustavom 1995. godine⁵²,

⁴⁵ *Ibid.*, član 150.

⁴⁶ *Ibid.*, član 152.

⁴⁷ *Ibid.*, članovi 31, 49 i 50.

⁴⁸ Član 172 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

⁴⁹ *Ibid.*, član 179.

⁵⁰ *Ibid.*, član 180.

⁵¹ Član 142 stav 1 Krivičnog zakona iz 1976. godine i član 173 stav 1 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

⁵² U BiH postoji dilema među određenim pravnicima kada je zabranjena smrtna kazna u ovoj državi. Stavovi se razlikuju u tome da je ukinuta 1995. godine, kada je potpisan Dejtonski sporazum, ili 1998. godine, kada je donesen Krivični zakon FBiH, odnosno 2000. godine, kada je donesen Krivični zakon RS. Većina se slaže da je godina ukidanja smrtno kazne u BiH ipak 1995., jer Aneksi IV i VI Dejtonskog sporazuma utvrđuju da se svim osobama moraju garantovati prava i slobode proklamovane Evropskom konvencijom i njenim Protokolima, ali i drugim aktima o ljudskim pravima. Navedeno uključuje i Protokol br. 6 na Evropsku konvenciju te Drugi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima - kojima se ukida smrtna kazna.

blaži zakon za počinioce okvirno bi bio stari Krivični zakon iz 1976. godine. Prema ovo Zakonu minimalna kazna zatvora koja se može izreći jeste kazna zatvora u trajanju od dvadeset dana, dok je za ratni zločin najniža kazna zatvora u trajanju od pet godina, a maksimalna kazna kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina. S druge strane, najniža kazna zatvora propisana u Krivičnom zakonu iz 2003. godine za genocid, zločine protiv čovječnosti i ratne zločine je kazna zatvora u trajanju od deset godina, dok je maksimalna kazna - kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina.⁵³

ZAŠTO JE SUD PRIMIJENIO ZAKON KOJI NIJE POSTOJAO U VRIJEME IZVRŠENJA KRIVIČNOG DJELA?

„Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela. Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.“⁵⁴

Navedeno propisuju i stari i novi krivični zakon. U januaru 2005. godine u Krivični zakon BiH dodat je član 4a, koji propisuje da gore navedeno ne smije utjecati na suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za bilo koje djelo činjenja ili nečinjenja koje je u vrijeme počinjenja predstavljalo krivično djelo prema opštim principima međunarodnog prava. Ipak, Sud BiH je bio stava da je cilj ovog novog člana omogućavanje primjene novog Krivičnog zakona, jer isti propisuje oblike krivičnog djela ratnog zločina, kao i oblik krivične odgovornosti - koji do tada nisu bili predviđeni unutrašnjim pravom, ali jesu međunarodnim. Sud BiH se pozivao na princip *nullum crimen sine lege*. Sud BiH se vodio i članom 7 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji predviđa izuzetak od pravila zabrane retroaktivnosti kazni u korist principa pravičnosti. Naime, ovaj član predviđa da, ukoliko je neko djelo bilo krivično djelo u vrijeme činjenja i prema opštim principima međunarodnog prava i prema unutrašnjem zakonu, kazna koja će se primijeniti može biti i teža od one koja je bila primjenjiva prema unutrašnjem zakonu u vrijeme činjenja. Sud BiH bio je stava da retroaktivna primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine ne znači povredu principa legaliteta.⁵⁵ Svoj stav nadovezivao je i na odluke Evropskog suda za ljudska prava.⁵⁶ Sud BiH se ugledao i

⁵³ Članovi 42 i 173 Krivičnog zakona iz 2003. godine.

⁵⁴ *Ibid.*, član 4.

⁵⁵ Do septembra 2010. godine jedini predmet u kojem je Sud BiH primijenio Krivični zakon iz 1976. godine a ne Krivični zakon iz 2003. godine bio je predmet Kurtović. U tom predmetu je Sud BiH utvrdio da, s obzirom na zakonski minimum kazne za krivična djela koja su predviđena i u Krivičnom zakonu iz 2003. godine i u Krivičnom zakonu iz 1976. godine, treba primjenjivati ovaj potonji kao blaži za počinioca. (OSCE, *Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010. godine*, Sarajevo 2011., s. 49)

Retroaktivna primjena Krivičnog zakona iz 2003. godine aktualna je i u pregovorima između BiH i EU.

⁵⁶ U presudi *Karmo protiv Bugarske* iz 2006. godine Evropski sud je smatrao da retroaktivno izricanje doživotne kazne zatvora nije povreda člana 7 stav 1 Evropske konvencije. Naime, izmjena vrste kazne ide u korist aplikanta, jer mu je određena blaža kazna od one koja je predviđena za dato krivično djelo

na Nirnberške principe, posebno na I i II, koji propisuju da je svaki počinitelj djela koje se po međunarodnom pravu smatra zločinom - odgovoran i podložan kazni, te da činjenica da unutrašnje pravo ne propisuje kaznu za takvo djelo - ne oslobađa počinioca od odgovornosti po međunarodnom pravu. No, sve naznačeno ne odnosi se u potpunosti na situaciju kakva je bila kod Maktoufa i Damjanovića, jer su ratni zločini za koje se terete Maktouf i Damjanović bili propisani kao krivična djela u unutrašnjem pravu i u vrijeme njihovog počinjenja.

Dakle, u skladu i sa novim i sa starim krivičnim zakonom primjenjivim u BiH na počinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela. Jedini predmet u kojem će se primijeniti novi krivični zakon jeste predmet u kojem će primjena tog novog krivičnog zakona biti povoljnija za počinioca.

Problem se može javiti kod određivanja koji je zakon povoljniji za počinioca. Opšti stav je da se ne treba vršiti apsolutno upoređivanje starog i novog zakona, već samo njihovo upoređivanje *in concreto*, odnosno u odnosu na konkretan predmet.⁵⁷ Ovo pitanje se može postaviti samo kod dvije kategorije predmeta: predmeti u kojima se optuženi može osuditi na kaznu zatvora dužu od dvadeset godina – jer je to maksimalna kazna propisana Krivičnim zakonom iz 1976. godine, odnosno predmeti koji se odnose na zločin protiv čovječnosti ili na komandnu odgovornost – jer oni nisu bili predviđeni Krivičnim zakonom iz 1976. godine.

No, u svakom slučaju, opšti je stav da uvijek treba primijeniti lakšu kaznu kad god postoji razlika u dužini kazne između stare i nove krivične odredbe. Navedeno je i stav prvog predsjednika Haškog tribunala, Antonia Cassesa, koji je napisao i stručnu ekspertizu na ovu temu. Riječ je o ekspertizi „Mišljenje o mogućnosti retroaktivne primjene nekih odredbi novog krivičnog zakona Bosne i Hercegovine“, izdatoj 2003. godine. Tu Cassese jasno daje do znanja da odgovor na pitanje da li

u vrijeme kada je počinjeno (smrtna kazna). (European Court of Human Rights, *Karmo v. Bulgaria*, no. 76965/01, February 09, 2006)

U presudi *Šimšić protiv BiH* Evropski sud za ljudska prava je donio odluku kojom je aplikaciju Bobana Šimšića proglasio nedopustivom. Naime, imenovani se žalio da su povrijeđena njegova prava iz člana 7 Konvencije, te čl. 2 Protokola br. 7 i čl. 1 Protokola br. 12. uz Konvenciju. (Zločini protiv čovječnosti u periodu 1992-1995 godine nisu bili propisani kao krivična djela u BiH. Takođe, nije imao mogućnost od višeg suda tražiti razmatranje drugostepene odluke, a smatrao je i da ga je Sud BiH diskriminirao preuzimajući njegov predmet od entitetskog suda). U svojoj odluci Sud je ustvrdio da su djela Šimšića u vrijeme kada su izvršena predstavljala krivično djelo po međunarodnom pravu, zbog čega je njegova žalba neosnovana. (European Court of Human Rights, *Simsic v Bosnia and Herzegovina*, no. 51552/10, April 10, 2012)

U predmetu *Naletilić protiv Hrvatske* Naletilić je tvrdio da bi mu Haški tribunal mogao izreći težu kaznu nego što bi to bio slučaj pred sudom unutrašnjeg prava, ali je Sud njegovu aplikaciju proglasio neosnovanom i odbacio je. (European Court of Human Rights, *Naletilic v. Croatia*, no. 51891/99, May 4, 2000)

⁵⁷ U principu sudovi entiteta primjenjuju Krivični zakon iz 1976. godine, a Sud BiH Krivični zakon iz 2003. godine. No, u martu 2009. godine Sud BiH je počeo primjenjivati pristup da se u svakom pojedinačnom predmetu ustanovi posebno koji od zakona je blaži za počinioca. Nakon toga je Sud BiH Zakon iz 1976. godine primjenjivao na manje teške slučajeve ratnih zločina. (*Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH* (bilj. 3), paragraf 29)

Sud BiH treba primijeniti blažu kaznu u slučaju zločina za koje novi krivični zakon propisuje težu kaznu od one koja je bila predviđena ranijim zakonom - može biti samo potvrđan. Uvijek kazna treba biti odmjerena po principu *favor libertatis*.⁵⁸

KAKO ONEMOGUĆITI NOVE POSTUPKE PROTIV BIH PRED EVROPSKIM SUDOM? (UMJESTO ZAKLJUČKA)

Kao što sam već u radu naglasila⁵⁹, kad Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu prava koje propisuje Evropska konvencija, nadležne vlasti - dakle ona razina vlasti koja je odgovorna za učinjenu povredu prava - dužne su djelovati. U skladu sa principom *beneficium cohaesionis* - ukoliko je veći broj osoba pogođen tom istom povredom prava, nadležne vlasti su dužne što prije na nacionalnom nivou ukloniti tu povredu prava prema svima drugima. Ukoliko se navedeno ne učini, pred Evropskim sudom se može pojaviti veći broj tužbi protiv BiH za istu povredu prava. Dakle, prvi korak ka onemogućavanju novih postupaka protiv BiH pred Evropskim sudom jeste implementacija već donesenih presuda Suda.⁶⁰ Svi nivoi u pravosuđu moraju poštovati i primjenjivati odluke Evropskog suda: od najnižih sudova do onih najviših u državi. Sve presude svih sudova moraju biti u skladu sa presudama Evropskog suda.

Površnom analizom pravosuđa u državi stječe se dojam da sudovi u dva entiteta i u Brčko Distriktu u predmetima ratnih zločina koriste Krivični zakon iz 1976. godine, dok se Sud BiH uglavnom pridržava Krivičnog zakona iz 2003. godine. Svi sudovi u BiH moraju unificirano primjenjivati zakonske akte, da se ne bi moglo desiti da isti zločin bude različito kažnjen u Federaciji u odnosu na Brčko Distrikt ili sl.⁶¹

Nadalje, nakon presude u slučaju Maktouf i Damjanović unekoliko se pokazalo kakvo je stanje u pravosuđu u BiH. Naime, vršeni su veliki politički pritisci na Sud BiH (posebno na predsjednicu Suda, Meddžidu Kreso), te davane izjave o njegovoj nekompetentnosti. Smatramo da je stoga veoma bitan korak potpuna nezavisnost pravosuđa u BiH od drugih nivoa vlasti i političke strukture.⁶²

Pored nezavisnosti pravosuđa, potrebno je i da samo pravosuđe pravilno primjenjuje pravila koja poznaje i na koja se poziva. Optužene osobe moraju u svim

⁵⁸ Izdvojeno mišljenje sudije Mate Tadića suprotno Odluci Ustavnog suda u predmetu broj ap 1785/06 od 30. marta 2007. godine, tačka 12.

⁵⁹ V. u radu u 3. Kakve su posljedice presude Maktouf i Damjanović?, s. 9.

⁶⁰ Ukoliko neka država ne poštuje njegove presude, Evropski sud ima pravo tu državu isključiti iz Vijeća Evrope.

⁶¹ Na isto je ukazivala i Komisija Ujedinjenih nacija za ljudska prava. Komisija je istakla da je potrebno uložiti dodatne napore da se između entiteta izvrši harmonizacija sudske prakse u predmetima ratnih zločina i da se optužnice za ratne zločine ne podižu u skladu sa zastarjelim krivičnim zakonom bivše SFRJ. (*Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH* (bilj. 3), tačka II, paragraf 32)

⁶² OSCE u svom izvještaju „Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010. godine“ iz maja 2011. godine predlaže ugrađivanje statusa VSTV-a BiH, Suda BiH i Tužilaštva BiH u Ustav BiH. (OSCE (bilj. 55), s. 94)

okolnostima imati pravo na propisno suđenje i odbranu. Pravosuđe mora biti sposobno uspostaviti vladavinu prava i osigurati jednakost svih građana BiH pred zakonom. Jedini način da se to postigne jeste kvalitetna i stalna edukacija osoba koje rade u pravosuđu. Sudovima i tužilaštvima treba osigurati sveobuhvatnu edukaciju iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava i sudske - nacionalne i međunarodne - prakse. Moguće je i poboljšati kvalitet pravosuđa zapošljavanjem novih stručnjaka kao savjetnika osoba zaposlenih u pravosuđu.

Nešto što većina pravnikâ u BiH zagovara - a što još uvijek nije ispunjeno - smatram da bi BiH trebala imati pravosudnu instituciju na državnom nivou, koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni zakona. Navedeno bi utjecalo na ujednačavanje sudske prakse u cijeloj državi.⁶³ Takvo usklađivanje ne može vršiti Ustavni sud BiH.⁶⁴

Konkretno u vezi sa predmetom Maktouf i Damjanović potrebno je ukazati na obaveznu konstantnu primjenu blažeg krivičnog zakona (*lex mitior*)⁶⁵. „Iako to paradoksalno zvuči, krivični zakon je *magna charta* kriminalaca. Njime se garantira pravo kriminalca da bude kažnjen samo u skladu sa onim što je propisano zakonom i samo unutar granica koje su propisane zakonom.“⁶⁶ Evropski sud za ljudska prava se u predmetu Maktouf i Damjanović bavio isključivo slučajevima ova dva aplikanta, a ne generalno. U svakom slučaju se stoga pojedinačno treba utvrditi koji je zakonski akt povoljniji za počinioca krivičnog djela – i taj akt i primijeniti. Ukoliko postoje različita tumačenja nekog principa, uvijek treba primijeniti ono koje ide u korist optuženog (*favor rei*). Ovo ne znači nepravdu prema žrtvama krivičnih djela, nego samo poštovanje principa jednakosti građana pred zakonom. Naravno, kazna treba odražavati težinu t zločina i biti takva da osigurava adekvatno kažnjavanje počinioca krivičnog djela. No, čak i počiniocima krivičnih djela moraju biti ponuđena i zagarantovana osnovna prava koja proklamuju svi međunarodni akti koji se bave pitanjem ljudskih prava i krivičnog postupka. BiH je svojim Ustavom proglašena demokratskom državom koja poštuje vladavinu prava i osigurava potpuno poštivanje međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda. U skladu s tim se treba i ponašati. Sve zločine treba procesuirati, ali u skladu sa usvojenim standardima iz oblasti ljudskih prava. Svi moraju znati koja ih kazna čeka ukoliko izvrše krivično djelo (*nulla poena sine lege*). Isto tako, primjena

⁶³ Slažem se sa mišljenjem eksperata OSCE-a da je vrhovni sud potreban i zbog efikasnog rješavanja čestih sukoba nadležnosti između sudova u BiH. (OSCE (bilj. 55), s. 94)

⁶⁴ Nadležnost Ustavnog suda BiH data je u članu VI/3b) Ustava BiH. Tu se navodi da Ustavni sud ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH. No, u članu VI/3c) Ustava dato je ograničenje ove nadležnosti Suda na pitanja kompatibilnosti zakona sa Ustavom, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava ili sa zakonima BiH, odnosno na pitanja postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno sudovima za donošenje odluke.

⁶⁵ U svakom slučaju, *lex mitior* je onaj zakon koji je blaži za optuženog uzimajući u obzir prirodu krivičnog djela i okolnosti u kojima je isto počinjeno.

⁶⁶ *Paralelno mišljenje sudije Pinto de Albuquerque, kojem se pridružuje sudija Vučinić*, Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH, Evropski sud za ljudska prava, s. 44.

zakona koji je blaži za počinioca smatra se sastavnim dijelom vladavine prava, a to je ono čemu svaka moderna država teži - pa tako i BiH.

LITERATURA

1. Aljazeera, <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/ustavni-sud-ukinuo-deset-presuda-za-genocid>
2. *Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina*, 29. decembar 2008. godine
3. European Court of Human Rights, *Karmo v. Bulgaria*, no. 76965/01, February 09, 2006
4. European Court of Human Rights, *Naletilic v. Croatia*, no. 51891/99, May 4, 2000
5. European Court of Human Rights, *Simsic v Bosnia and Herzegovina*, no. 51552/10, April 10, 2012
6. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine
7. Evropski sud za ljudska prava, *Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH*, 18. juli 2013.
8. *Izdvojeno mišljenje sudije Mate Tadića suprotno Odluci Ustavnog suda u predmetu broj ap 1785/06* od 30. marta 2007. godine
9. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10
10. Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Sl. l. SFRJ 44/76-1329, 36/77-1478, 34/84-895, 37/84-933, 74/87-1743, 57/89-1441, 3/90-63, 38/90-1217, 45/90-1340, 54/90-1773
11. OSCE, *Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: procesuiranje predmeta ratnih zločina od 2005. do 2010. godine*, Sarajevo 2011.
12. *Paralelno mišljenje sudije Pinto de Albuquerque, kojem se pridružuje sudija Vučinić*, Presuda u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH, Evropski sud za ljudska prava
13. Sud BiH, <http://www.sudbih.gov.ba/>
14. Ustav BiH
15. Ustavni sud BiH, <http://www.ccbh.ba/bos/>
16. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH 3/03, br. 32/03, 36/03, 26/04, br. 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, br. 58/08, br. 12/09, 16/09, 93/09, 72/13

**SOME ASPECTS OF THE JUDGMENT IN THE CASE OF MAKTOUF AND
DAMJANOVIĆ V. BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Ajla Škrbić

Abstract:

In the case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina the European Court of Human Rights held that there was a violation of Article 7 of the European Convention on Human Rights. Their suit argued that they should not have been sentenced under the 2003 BiH criminal code because it was not in force at the time their war crimes were committed. The question is will the ECHR's Judgment in this case open the door to appeals for any BiH Court decisions in which either the criminal conduct at issue or the sentence imposed was set out under the 2003 Criminal Code. This paper will try to answer this question and the question what can BiH do to prevent new proceedings against itself before the European Court. The aim is to underline areas where it is necessary for BiH to make changes. Those changes will need to be made in the areas of judicial institutions, legislative acts, practices.

Keywords: European Court of Human Rights, right to a fair trial, no punishment without law, prohibition of discrimination, retroactivity.