

o s c e

Mission to Bosnia and Herzegovina

На путу ка усаглашеном провођењу важећег закона

**у предметима
ратних злочина
пред судовима
у Босни и
Херцеговини**

Српски језик

Август 2008. године

Published by OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina
Fra Andela Zvizdovića 1
71 000 Sarajevo
Bosnia and Herzegovina
www.oscebih.org

Design & Layout:
PoetaPista | www.poetapista.com

© OSCE 2008

All rights reserved. The contents of this publication may be freely used and copied for educational and other non-commercial purposes, provided that any such reproduction is accompanied by an acknowledgment of the OSCE as the source.

ISBN 978-92-9235-275-2

Увод

У суђењима у предметима ратних злочина у Босни и Херцеговини углавном се примјењују два различита кривична закона: Кривични закон Босне и Херцеговине, који је ступио на снагу у марту 2003. године, и преузети Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ), који је био на снази у вријеме оружаног сукоба. Први Закон примјењује се у поступку пред Судом Босне и Херцеговине, док се други примјењује пред судовима у Републици Српској и Дистрикту Брчко, као и у већини предмета пред судовима у Федерацији Босне и Херцеговине. У ограниченом броју предмета судови у Федерацији БиХ такође су примијенили Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине из 1998. године. Ова три кривична закона знатно се разликују. Кривични закон Босне и Херцеговине, на примјер, пружа потпунију дефиницију ратних злочина него друга два закона. Само Кривични закон Босне и Херцеговине садржи одредбе о злочинима против човјечности и једино он дефинише командну одговорност и искључује "наређење претпостављеног" као одбрану. Ови кривични закони такође се разликују и према висини прописане казне.

У одлуци у предмету *Макшоуф* из марта 2007. године¹ Уставни суд Босне и Херцеговине установио је да примјена различитих кривичних закона на државном и ентитетском нивоу озбиљно нарушава владавину права и принцип једнакости пред законом. Уставни суд сматра да судови у ентитетима, када суде за кривична дјела ратних злочина,

1 *Абдуладхима Мактоуфа* је 4. априла 2006. године Жалбено одјељење Суда Босне и Херцеговине осудило на казну затвора у трајању од пет година за почињени ратни злочин против цивилног становништва из члана 173. Кривичног закона Босне и Херцеговине. У својој апелацији Уставном суду Босне и Херцеговине Мактоуф је тврдио да ретроактивна примјена Кривичног закона Босне и Херцеговине у предметном кривичном поступку представља повреду члана 7. Европске конвенције о људским правима, тврдећи да је, умјесто тога, требало примијенити Кривични закон СФРЈ. Уставни суд је 30. марта 2007. године одбио апелацију, сматрајући да је примјена Кривичног закона Босне и Херцеговине, да би била кажњена дјела која су извршена током оружаног сукоба, дозвољена по члану 7. став 2. због тога што су ова дјела, у вријеме извршења представљала кривична дјела према „општим правним начелима признатим код цивилизованих народа“.

требају примјењивати Кривични закон Босне и Херцеговине. Високи представник² и Парламентарна скупштина Савјета Европе³ такође су изразили забринутост због неусаглашене примјене важећих закона у предметима ратних злочина. Упркос томе, Суд Босне и Херцеговине и судови у ентитетима настављају са примјеном различитих закона.

У овом извјештају заступа се становиште да би примјена Кривичног закона Босне и Херцеговине у сваком поступку у предметима ратних злочина довела до досљеднијег и ефикаснијег правосудног система. Такође се види одговарајуће мјесто у том систему за нову правосудну институцију на државном нивоу, која би имала коначну ријеч у тумачењу и примјени релевантног закона пред свим судовима у држави. Таква институција би, исто тако, помогла да се обезбиједи досљедност у тумачењу закона и загарантује једнакост свих лица пред законом.

Ка ефикаснијем и праведном процесуирању предмета ратних злочина

Примјена Кривичног закона Босне и Херцеговине у сваком поступку у предметима ратних злочина у држави вјероватно би допринијела ефикасности правосудног система. Примјена овог закона би, исто тако, водила ка уједначавању казнене политике у цијелој држави. У поређењу са другим кривичним законима у примјени, Кривични закон Босне и Херцеговине најадекватније дефинише озбиљна кршења међународног хуманитарног права и људских права, која су се догодила током недавног оружаног сукоба у Босни и Херцеговини, те кривичну одговорност појединаца који су починили та кршења. Кривични закон представља напредак у процесуирању таквих злочина, прихвата модерна достигнућа међународног кривичног права, усвојена у Статуту и пракси Међународног кривичног суда за бившу Југославију, као и у Статуту Међународног кривичног суда. Кривични закон БиХ садржи одредбе о *злочинима њош*

2 Види: BIRN, Justice Report Interview, *Miroslav Lajčak: Bosnia Needs Justice* (Босни је потребна правда), 6. август 2007. године, постављен на интернет страници: <http://www.bim.ba/en/75/10/3795/>.

3 Види: Парламентарна скупштина Савјета Европе, Резолуција 1564 (2007.), Вођење кривичног поступка за дјела из надлежности Међународног кривичног суда за бившу Југославију (Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)), у којој се, у ставу 21.2.1, власти Босне и Херцеговине позивају да „обезбиједи уједначавање судске праксе, размотре оснивање државног врховног суда или дају надлежности врховног суда постојећем суду, да би, на тај начин, омогућиле правну безбједност”.

човјечности као појам обичајног права и пружа детаљну дефиницију командне одговорности.⁴

Кривично гоњење злочина против човјечности важно је због тога што у обзир узима шири контекст у којем су такви злочини почињени и политику која их је потакла. Према службеном Коментару на Нацрт кодекса Уједињених нација о злочинима против мира и безбједности човјечанства, „тежина злочина произлази из околности под којима је почињен и осјећања која су водила починиоца.”⁵ Злочини против човјечности нису никада изолована или насумична дјела насиља, као што то може да буде случај са ратним злочинима, јер се по дефиницији морају починити као дио широког или систематичног напада усмјереног против цивилног становништва. Према пракси Међународног суда за бившу Југославију, појам „широког“ даље се може дефинисати као здружена акција великих размјера и знатне озбиљности усмјерена против мноштва жртава. Појам „систематичног“ може се дефинисати као „темељито организован“ и који се одвија према утврђеном обрасцу, заснованом на заједничкој политици која укључује знатне јавне или приватне ресурсе.

Злочини против човјечности такође забрањују груба и тешка кршења људских права, без обзира на то да ли је оружани сукоб, по свом карактеру, немеђународни или међународни. Ово се суштински разликује од јуриспруденције о ратним злочинима, која обично пружа већи степен заштите цивилима у оружаном сукобу међународног карактера, него немеђународног. Међутим, пракса Међународног суда за бившу Југославију указује на то да тужиоцима није увијек лако да утврде карактер сукоба који су се водили у Босни и Херцеговини. Ова несигурност изазвала је проблеме и у суђењима у предметима ратних злочина пред судовима у ентитетима.⁶ Заштита људског живота и достојанства током оружаног сукоба не би се требала разликовати у односу на карактер сукоба; појам злочина против човјечности успјешно превладава такве проблеме. Како је већ речено, само Кривични закон Босне и Херцеговине садржи одредбе о кривичним дјелима злочина против човјечности. Према томе, једино он пружа ефикасну законску основу за суђења у предметима злочина против човјечности пред судовима у ентитетима. Примјена других кривичних

4 Види: Кривични закон БиХ, члан 172. и 180. Кривично гоњење злочина против човјечности чврсто је засновано на обичајном праву барем од Нирнбершког процеса. Генерална скупштина УН-а је 1946. године усвојила Принципе установљене Повелем Нирнбершког суда (*Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal*, G.A. Res. 95(1), U.N. Doc. A/64/Add.1, из 1946. године), укључујући криминализацију злочина против човјечности. Осим тога, у „Принципима о сарадњи“ (*Principles of Cooperation*), које је Генерална скупштина УН-а усвојила 1973. године, прописује се да ће „злочини против човјечности, без обзира на то гдје су почињени, бити подложни истрази, а за лицима за која буде постојао доказ да су починила такве злочине ће се трагати, она ће бити хапшена, те бити подвргнута суђењу и, ако се докаже њихова кривица, биће кажњена.“ (*Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition, and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity*, G.A. Res. 3074, 28 U.N. GAOR Supp. (No. 30) at 79, U.N. Doc. A/9030, 1973.)

5 Међународна правна комисија, Нацрт кодекса о злочинима против мира и безбједности човјечанства, коментар (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary*).

6 Види: Врховни суд Републике Српске, пресуда у предмету *Драгоје Радановић*, од 22. марта 2007. године. О анализи ове пресуде види додатак Извјештају.

закона, умјесто Кривичног закона Босне и Херцеговине, спријечила би судове да неко дјело квалификују као злочин против човјечности.

Кривични закон Босне и Херцеговине исто тако садржи детаљну дефиницију командне одговорности. Међународни суд за бившу Југославију заузео је становиште да је командна одговорност била општеприхваћено правило обичајног права у вријеме када је започео оружани сукоб у бившој Југославији.⁷ Међутим, у пресуди коју је недавно изрекао један кантонални суд оптужени је ослобођен од оптужбе да је као управник затвора пропустио да спријечи стражаре да физички злостављају ратне заробљенике, те покрене дисциплински или кривични поступак против њих. Као основ за ослобађање од оптужбе суд је навео у образложењу да таква радња није кривично дјело из члана 144. Кривичног закона СФРЈ.⁸ Да је у поступку према оптуженом примијењен Кривични закон БиХ, наведене радње не би биле упитне, јер овај закон јасно дефинише командну одговорност као кривичну одговорност претпостављених за пропуштање да спријече или казне кривична дјела подређених лица.

Примјена различитих кривичних закона исто тако доводи до изразитих разлика у висини казни које за ратне злочине изричу судови у ентитетима у односу на Суд Босне и Херцеговине. Ово произилази из великих разлика у погледу висине казне коју прописују ти закони.⁹ На примјер, један од судова у ентитетима је оптуженом, који је проглашен кривим зато што је сурово поступао према затвореницима, изрекао казну затвора у трајању од једне године и осам мјесеци, мада је Суд Босне и Херцеговине другом оптуженом лицу, које је проглашено кривим због сличног дјела, изрекао казну затвора у трајању од десет и по година.¹⁰ У просјеку, казне затвора које изриче Суд Босне и Херцеговине у предметима ратних злочина готово су

7 Жалбено вијеће Међународног кривичног суда за бившу Југославију, *Хаџихасановић и други*; одлука о интерлокаторној жалби, којом се оспорава надлежност с обзиром на командну одговорност, 16. јули 2003. године, став 32. до 36.

8 Види: Кантонални суд у Мостару, пресуда у предмету *Чупина и други*, од 24. јануара 2007. године.

9 Према Кривичном закону СФРЈ, за ратне злочине могла је да буде изречена казна затвора у трајању од највише 15 година, или смртна казна, са алтернативно прописаном казном затвора од 20 година. Ступањем на снагу Устава Босне и Херцеговине у децембру 1995. године није више могла да буде изречена смртна казна, јер би то представљало повреду Протокола бр. 6 Европске конвенције о људским правима; стога је максимална казна затвора, која се може изрећи према овом закону, 20 година. Кривичним законом ФБиХ из 1998. године формално је укинута смртна казна, а умјесто ње уведена казна затвора у трајању од 40 година. С друге стране, Кривични закон БиХ прописује максималну казну затвора у трајању од 45 година за ратне злочине, злочине против човјечности и геноцид.

10 Види: Кантонални суд Нови Травник, пресуда у предмету *Мато Ђерек*, од 21. јуна 2005. године, у којем је оптужени био осуђен на казну затвора од једне године и осам мјесеци за сурово поступање према шесторици затвореника (сурово премлаћивање, ударање, злостављање, понижавање и застрашивање). Врховни суд ФБиХ пресуду је потврдио 3. августа 2006. године. Са друге стране, Суд БиХ је у предмету *Горан и Зоран Дамјановић*, у јуну 2007. године, донио пресуду којом, за слично кривично дјело једног од оптужених у првостепеном поступку, осуђује на казну затвора у трајању од десет година и шест мјесеци.

двоструко дуже него оне које изричу судови у ентитетима.¹¹ Таква разлика у висини казни не само да утиче на утисак о праведности правосудног система у цјелини, већ оставља такође простора за спекулације о томе да ли се у позадини такве несразмјере налази пристрасност из политичких или националних побуда. Штавише, просјечна казна затвора коју изричу судови и у Републици Српској и Федерацији БиХ за убиство цивила као ратни злочин, износи око седам година; у неким предметима изречене су и казне затвора у трајању од само четири или пет година.¹² Таква казна затвора може да се пореди са казнама које домаћи судови изричу за кривична дјела против имовине, као што су разбојништво или тешка крађа. Ово тада одаје утисак да су злочини почињени током оружаног сукоба мање озбиљни од оних почињених у доба мира. Исто тако, то подрива вриједност казне као средства одвраћања могућих будућих починилаца од извршења сличних кривичних дјела. Због тога је важно да се у предметима ратних злочина не суди мање строго него у такозваним обичним кривичним дјелима.

Усклађивање тумачења закона помоћу институције на државном нивоу

У својој одлуци у предмету *Макшоуф*¹³ Уставни суд Босне и Херцеговине сматра да ретроактивна примјена Кривичног закона Босне и Херцеговине у предметима ратних злочина не представља повреду члана 7.(1) Европске конвенције о људским правима.¹⁴ Чини се да је ово становиште у складу са најновијом праксом Европског суда за људска права.¹⁵ Мада је Уставни суд такође тражио да судови у ентитетима у поступку примјењују Кривични закон Босне и Херцеговине, ови судови, у предметима ратних злочина

11 Према информацијама којима располаже Мисија ОЕБС-а у Босни и Херцеговини, од ступања на снагу Кривичног закона БиХ, Суд Босне и Херцеговине је дванаест лица прогласио кривим за ратне злочине и злочине против човјечности и изрекао казне затвора у просјечном трајању од 17 година. У истом периоду, судови у два ентитета и Дистрикту Брчко прогласили су 47 лица кривим за ратне злочине и изрекли просјечну казну затвора у трајању од девет година.

12 Види, на примјер: Кантонални суд у Мостару, пресуда у предмету *Омановић*, од 20. јануара 2006. године (коју је потом потврдио Врховни суд ФБиХ), којом је оптужени осуђен на казну затвора у трајању од четрнаест година због убиства троје цивила; такође и: Кантонални суд у Новом Травнику, пресуда у предмету *Правдић*, од 12. јуна 2006. године, којом је оптужени осуђен на казну затвора у трајању од четири године за убиство једног цивила. Казну је Врховни суд ФБиХ накнадно повећао на казну затвора у трајању од шест година.

13 Види фусноту 1.

14 *Ибид*, став 79.

15 Види: Европски суд за људска права, предмет *Кармо против Бугарске (Karmo v. Bulgaria)*, одлука о допустивости, 9. фебруар 2006. године. Према овој одлуци, Европски суд сматра да ретроактивно изрицање доживотне казне затвора након укидања смртне казне није повреда члана 7.(1) Европске конвенције, јер „измјена врсте казне предвиђене Кривичним законом за најтеже дјело за које је устновљено да је апликант крив иде у корист апликанта, коме је одређена блажа казна од оне која је предвиђена за дато кривично дјело у вријеме када је почињено.“ Суд Босне и Херцеговине се на овај предмет позвао у више својих одлука, да би аргументовао да је ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ у складу са Европском конвенцијом о људским правима. Види, на примјер: првостепена пресуда у предмету *Радмило Вуковић*, 16. април 2007. године, стр.16.

настављају примјењивати старе законе – како Кривични закон СФРЈ, тако и Кривични закон Федерације БиХ из 1998. године.¹⁶ Различит приступ, који су усвојили Суд Босне и Херцеговине, односно судови у ентитетима, изгледа да је мотивисан различитим тумачењем „института блажег закона“, који предвиђа да, уколико је закон измијењен или допуњен послје учињења кривичног дјела, онда треба примијенити онај закон који је блажи за починиоца.¹⁷

Пропуст судова у ентитетима да поштују одлуку Уставног суда можда је последица чињенице да предметна апелација пред Уставним судом није била директно у вези са предметима ратних злочина пред судовима у ентитетима. Како је сам Суд појаснио, предмет разматрања је била примјена права из Европске конвенције у предмету против Мактоуфа пред Судом Босне и Херцеговине, а не „законска рјешења на нивоу ентитета и пракса у примјени на ентитетском нивоу.“¹⁸ Различита пракса у поступању пред судовима у ентитетима, како образлаже Уставни суд, јесте вјероватно „последица непостојања суда на нивоу Босне и Херцеговине који би могао вршити усклађивање судске праксе свих судова у Босни и Херцеговини.“¹⁹ Једна таква институција би, вјероватно, послужила као најефикаснији и најрационалнији начин да се усклади примјена закона у процесуирању предмета ратних злочина.²⁰ Претпоставка је да би институција, исто тако, доносила коначну одлуку у погледу тумачења и о примјени материјалног и процесног кривичног права пред свим судовима у Босни и Херцеговини у предметима ратних злочина.

Без једног таквог суда, разлике у тумачењу закона који се примјењују на предмете ратних злочина могу и даље да угрожавају принцип правне безбједности²¹ и једнакости пред законом. На примјер, Врховни суд Федерације БиХ и Врховни суд Републике Српске заузели су различита становишта по питању да ли је неопходно установити карактер оружаног сукоба, да би се утврдила повреда међународног хуманитарног права. Врховни суд Федерације БиХ заузео је становиште да то није

16 Окружно тужилаштво у Добоју недавно је подигло три оптужнице у складу са Кривичним законом БиХ. Међутим, Окружни суд у Добоју одбио је да потврди оптужнице и предмете је упутио Суду БиХ, на основу тога што је, према Закону о Суду БиХ (члан 13.), једино Суд БиХ надлежан да пресуђује у предметима злочина прописаних у Кривичном закону БиХ.

17 Ове кривичне одредбе садржане су у члановима 4. и 4.а Кривичног закона БиХ.

18 Уставни суд БиХ, *Абдуладхим Мактоуф*, навод, став 87.

19 *Ибид.* став 90.

20 Уставни суд БиХ не може преузети ову улогу из следећих разлога: његова надлежност из члана IV(3)б Устава БиХ, као апелационе инстанце по пресудама сваког суда у Босни и Херцеговини ограничена је на спорове по Уставу; његова надлежност из члана IV(3)ц Устава БиХ ограничена је на спорове о питањима усаглашености закона које примјењују судови приликом доношења одлука са Уставом, Европском конвенцијом и другим законима БиХ, или о питањима постојања или обима неког општег правила јавног међународног права. Ниједна од ових надлежности не покрива питања уско везана за законитост тумачења и примјене кривичног и кривичнопроцесног права.

21 Према дефиницији Европског суда за људска права, принцип правне безбједности значи да: „Одредба се не може сматрати „законом“ уколико није довољно прецизно формулисана да би лицу омогућила да усклади своје понашање: лице мора да буде у стању предвидјети, у разумној мјери под датим околностима, последице које може изазвати одређени поступак“ (*Busuioc v. Moldova*, пресуда, 21. децембар 2004. године, став 52).

неопходно да би лице било сматрано одговорним за ратне злочине према домаћем закону²² при примени Женевских конвенција из 1949. године; док је Врховни суд Републике Српске, залажући се за стриктно тумачење Конвенција, сматрао да се мора установити међународни карактер оружаног сукоба при навођењу таквих тешких кршења.²³ Дефинисање карактера оружаног сукоба, на супрот овом, има споредан значај приликом утврђивања кривичне одговорности оптужених пред Судом Босне и Херцеговине. Ово је управо због тога што се већина лица терети за злочине против човјечности.

Врховни суд Републике Српске и Суд Босне и Херцеговине такође су заузели различите ставове по питању да ли би „наређења претпостављеног“ требало сматрати основом за ослобађање од кривичне одговорности. Суд БиХ до сада није прихватио такву одбрану, јер је она изричито искључена Кривичним законом Босне и Херцеговине.²⁴ Врховни суд Републике Српске се, у барем двије последње ослобађајуће пресуде, позвао на појам „наређења претпостављеног“ као основ за искључење кривичне одговорности за ратне злочине.²⁵

Поред тога, очигледно је да судови различито тумаче и позитивне одредбе кривичног поступка. Ово је значајна појава због тога што су, за разлику од материјалног кривичног права, закони о кривичном поступку у основи исти у свим предметима ратних злочина. На примјер, сви закони о кривичном поступку, који се примјењују у Босни и Херцеговини, садрже принцип да суд може, по службеној дужности, преквалификовати кривично дјело тако што ће утврдити да ли радња оптуженог представља кривично дјело различито од оног за које га терети тужилац. Међутим, неки судови тај принцип различито примјењују, што понекад доводи до супротног исхода у сличним околностима. На примјер, док је Кантонални

22 Види: Врховни суд ФБиХ, пресуда у предмету *Фикрет Смајловић*, од 16. марта 2006. године. Види исто тако пресуду истог Суда у предмету *Драган Станковић*, од 20. марта 2002. године, у којој је Врховни суд ФБиХ одбио наводе из жалбе да је првостепени суд пропустио да утврди да ли је сукоб био међународног или немеђународног карактера, наводећи да се у то вријеме на територији Босне и Херцеговине водио међународни оружани сукоб, изазван агресијом Србије и Црне Горе. Штавише, Врховни суд ФБиХ навео је да је ово ноторна чињеница коју Суд није био у обавези да установи.

23 Види: Врховни суд Републике Српске, пресуда у предмету *Драгоје Радановић*, од 22. марта 2007. године. О анализи ове пресуде види додатак овом извјештају.

24 Види: Кривични закон БиХ, члан 180.3, који гласи: „Чињеница да је неко лице поступало по наређењу владе или неког њој надређеног лица, не ослобађа је од кривичне одговорности, али може да се утиче на ублажавање казне када Суд сматра да то интереси праведности захтијевају.“

25 Види: Врховни суд Републике Српске у предмету *Ранко Јаковљевић и други и Драгоје Радановић*, гдје је Суд установио да оптужени, као обичан војник чија је дужност била да извршава наређења својих претпостављених, није могао да буде свјестан незаконитости својих поступака, те да се од њега није могло очекивати да процјењује противправност затварања медицинског особља. Његов пропуст да предузме кораке да би омогућио ослобађање особља може се оправдати, нашао је Суд, зато што оптужени није имао наредбодавни капацитет да мијења наређења својих претпостављених. У једној другој одлуци Суд је слично пресудио, нашавши да оптуженог не би требало сматрати одговорним за наређење које је издао његов претпостављени, а које он није могао да измијени. О анализи пресуде у предмету *Радановић* види додатак овом извјештају.

суд у Мостару²⁶ искористио своја овлашћења да по службеној дужности оптуженог осуди за нечовјечно поступање према цивилима, а тужилац је радњу оквалификовао као мучење мада тужилац, према мишљењу Суда, није успио доказати елементе мучења, Кантонални суд у Зеници је, неке од оптужених у једном предмету ратних злочина ослободио, зато што тужилац није успио доказати да се њихово поступање према цивилима може оквалификовати као мучење.²⁷ За разлику од Суда у Мостару, Суд у Зеници није искористио своја овлашћења да утврди да ли се наведена радња могла оквалификовати као неко друго кривично дјело (на примјер, нечовјечно поступање). Мада су различита тумачења закона у оквиру неког правосудног система до одређене границе природна и легитимна, разноликост праксе илустрована овим примјерима угрожава принцип једнакости пред законом. Правосудна институција на државном нивоу имала би ауторитет да исправи овакве недоследности. Њено оснивање такође би довело до рационалније структуре правосуђа која, у већој мјери, личи на многе савезне европске државе.

26 Види: Кантонални суд у Мостару, пресуда у предмету *Нико Обрадовић*, од 29. маја 2006. године.

27 Види: Кантонални суд у Зеници, пресуда од 5. јуна 2007. године у предмету *Сабахудин Оперта и други*. У току је поступак по жалби на ову пресуду.

Закључак

Мисија ОЕБС-а у Босни и Херцеговини препоручује:

- Тужилаштва и судови у ентитетима и Дистрикту Брчко требало би убудуће у предметима ратних злочина да примјењују Кривични закон Босне и Херцеговине на шта упућује и Уставни суд Босне и Херцеговине у својој одлуци у предмету *Макшоуф*.
- Судовима и тужилаштвима у ентитетима који процесуирају ратне злочине треба обезбиједити свеобухватну едукацију из области међународног хуманитарног права и судске праксе Међународног кривичног суда за бившу Југославију, Суда БиХ и других држава. Центри за едукацију судија и тужилаца Федерације БиХ и Републике Српске би, због тога, требало да ревидирају и унаприједи свој текући програм едукације из области хуманитарног права.
- Како би се промовисало уједначавање судске праксе у читавој држави, Босна и Херцеговина би требала размотрити могућност оснивања правосудне институције на државном нивоу, која би имала коначну ријеч у тумачењу и примјени закона који се односе на предмете ратних злочина од стране свих судова у држави.

Додатак

Проблеми у примјени закона у предметима ратних злочина

Анализа предмета *Рагановић*

Увод

Врховни суд Републике Српске (у даљњем тексту: „Врховни суд“) донио је 22. марта 2007. године правоснажну пресуду у предмету против Драгоја Рагановића, којом га ослобађа од оптужбе за ратни злочин против цивилног становништва. Конкретно, Суд је сматрао да се учешће оптуженог у незаконитом затварању четири здравствена радника у Дому здравља Фоча, 11. априла 1992. године, и присиљавању једног од љекара да позове угледније Бошњаке у Фочи на предају оружја, не може сматрати ратним злочином из члана 142.(1) Кривичног закона Републике Српске (преузети Кривични закон СФРЈ)²⁸. Ова пресуда дјеломично је резултат очигледних пропуста у тумачењу Закона који се примјењује на предмете ратних злочина, као и у тумачењу међународног хуманитарног права, како од тужиоца, тако и од Врховног суда. Предмет *Рагановић* илуструје проблеме проузроковане неусаглашеношћу домаћих закона и неуједначене судске праксе, у предметима ратних злочина.

Историјат предмета

Окружни суд у Требињу је 9. децембра 2005. године прогласио Драгоја Рагановића кривим за учешће у противзаконитом затварању цивила, чиме је починио кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва из члана 142.(1) Кривичног закона СФРЈ. Сматрајући да наведена радња извршења кривичног дјела представља ратни злочин против цивилног становништва, Суд га је осудио на казну затвора у трајању од двије године. Окружни суд утврдио је да је оптужени, као припадник паравојних српских снага, заједно са другим лицима, заузео Дом здравља у Фочи, незаконито затворио медицинско особље под пријетњом силе, те наредио љекару

цивилу да из болнице позове на предају „угледније Бошњаке“²⁹. Оптужени је чувао љекара, уперивши у њега пушку, а осталом медицинском особљу није дозволио да напусти болницу, након чега су пребачени у логор Ливаде. Окружни суд је, као отежавајућу околност, узео у обзир чињеницу да је, као посљедица радњи оптуженог, један од љекара провео дужи временски период у логору Ливаде, мада је на крају ослобођен, док је други љекар нестао, те се и даље сматра несталим.

Дана 20. априла 2006. године Врховни суд је уважио жалбу одбране и укинуо пресуду, уз образложење да пресудом није објашњено зашто се радње оптуженог сматрају ратним злочином. Сходно томе одређено је одржавање претреса пред Врховним судом.³⁰ Врховни суд је 22. марта 2007. године донио правоснажну пресуду, ослободивши оптуженог од оптужбе за ратне злочине. Врховни суд није оспорио чињенице које је утврдио првостепени суд; међутим, утврдио је да се те чињенице не могу подвести под ратни злочин против цивилног становништва, те да радње оптуженог не представљају кршење члана 3. заједничког Женевским конвенцијама из 1949. године, те чланова 20., 31. и 147. Четврте женевске конвенције.

Основе по којима је Врховни суд ослободио оптуженог

ЧИЊЕНИЦЕ НЕ УКАЗУЈУ НА КРШЕЊЕ ЧЛАНА 3.³¹ ЗАЈЕДНИЧКОГ ЖЕНЕВСКИМ КОНВЕНЦИЈАМА ИЗ 1949. ГОДИНЕ

Тужилац се позвао на одредбе из члана 3. заједничког Женевским конвенцијама из 1949. године, тврдећи да је оптужени крив за противзаконито затварање цивила, што представља ратни злочин против

29 Из дијела пресуде Окружног суда у Требињу која гласи: "...наредили доктору... уперујући пушке у њега да се попне на прозор дјечијег диспанзера и гласно дозива на предају угледније Бошњаке чије су се куће налазиле у непосредној близини..."

30 Врховни суд је своју одлуку засновао на члану 303.(1)ј Закона о кривичном поступку Републике Српске, према којем: „ако је изрека пресуде неразумљива, противрјечна сама себи или разложима пресуде, или ако пресуда уопште не садржи разлоге или у њој нису наведени разлози о одлучујућим чињеницама," дошло је до битне повреде кривичног поступка.

31 Заједнички члан 3. гласи: У случају оружаног сукоба који нема карактер међународног сукоба и који избије на територији једне од високих страна уговорница, свака од страна у сукобу биће дужна да примјењује бар следеће одредбе: (1) Према лицима која не учествују непосредно у непријатељствима, подразумијевајући ту и припаднике оружаних снага који су положили оружје и лица онеспособљена за борбу услед болести, рана, лишења слободе, или из било којег другог разлога, поступаће се, у свакој прилици, човјечно, без икакве неповољне дискриминације засноване на раси, боји коже, вјери или увјерењу, полу, рођењу или имовном стању, или било којем другом сличном критеријуму. У том циљу, забрањени су и забрањују се, у свако доба и на сваком мјесту, према лицима наведеним у горњем дијелу текста следећи поступци: (а) насиље које се наноси животу и тјелесном интегритету, нарочито све врсте убиства, осакаћења, свирепости и мучења; (б) узимање талаца; (ц) повреде личног достојанства, нарочито увредљиви и понижавајући поступци; (д) изрицање и извршавање казни без претходног суђења од редовно установљеног суда и пропраћеног свим судским гаранцијама које цивилизовани народи признају за неопходне.

цивилног становништва из члана 142.(1) Кривичног закона СФРЈ. Заједнички члан 3. прописује скуп кључних одредби које се примјењују на оружане сукобе немеђународног карактера, које имају за циљ да заштите лице које непосредно не учествује у непријатељствима. Првостепени суд сматрао је да је дошло до кршења заједничког члана 3. Врховни суд одступио је од овог становишта. Суд је исправно примијетио да незаконито затварање цивила није предвиђено као забрањена радња из заједничког члана 3., те да, самим тим, не може да представља ратни злочин из члана 3.

Тужилац у предмету *Рагановић* је, другим ријечима, покушао оптужницу против оптуженог да заснује на предметном кршењу – односно, на незаконитом затварању – које није садржано у самој одредби члана 3. Тешко је разумјети зашто тужилац није, умјесто тога, покушао доказати да је оптужени прекршио заједнички члан 3. починивши неку од радњи које та одредба заиста забрањује. Тужилац је, на примјер, могао да тврди да радње оптуженог представљају кривично дјело узимања талаца,³² што је забрањено и по заједничком члану 3. и по члану 142.(1) Кривичног закона СФРЈ.

Врховни суд, са своје стране, није извршио темељну процјену да ли се радње које је починио оптужени могу подвести под друга дјела забрањена овим одредбама.³³ Уствари, осим кратке тврдње да се радње оптуженог не могу сматрати „понижавајућим и увредљивим поступањем“, Суд није дао никакво даље образложење свог става да није дошло до кршења. Пресуда, умјесто тога, гласи да „нити једна од радњи описаних у предметној оптужници по оцјени овога суда не представља радњу која би означавала кршење члана 3. Конвенције.“ Конкретно, Суд је пропустио да размотри да ли је споменуто кривично дјело узимања талаца заиста почињено.

32 Судаћи према пракси Међународног кривичног суда за бившу Југославију, елементи који чине ратни злочин узимања талаца су сљедећи: 1) противправно лишавање слободе или заточење цивила; 2) изношење условљене пријетње по физичко и ментално здравље заробљеника, попут продуженог заточења или наношење повреде или узроковање смрти; 3) пријетња служи као мјера изнуде, којом се постиже испуњење услова (види: *Тужилаштво против Кордића и Черкеза (Prosecutor v Kordić and Čerkez)*, ИТ-95-14/2-Т, Претресно вијеће, 26. фебруар 2001. године, став 312-313). Изгледа да ови елементи одговарају утврђеним чињеницама да је оптужени износио пријетње заједно са другима по безбједност цивилног медицинског особља, као и других лица, да би навео бошњачке цивиле на предају.

33 Заправо, према члану 286.(2) Закона о кривичном поступку Републике Српске, који одражава принцип *iura novit curia*, „Суд није везан за приједлоге у погледу правне оцјене дјела,“ те је тако слободан одлучити да ли се понашање оптуженог може оквалификовати као кривично дјело на које се тужилац није позвао.

ЧИЊЕНИЦЕ НЕ УКАЗУЈУ НА КРШЕЊЕ ЧЛАНА 20. И 31.³⁴ ЧЕТВРТЕ ЖЕНЕВСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Тужилац је такође тврдио да поступци оптуженог представљају кршење члана 20. и 31. Четврте женевске конвенције. Ова два члана гарантују поштовање и заштиту медицинског особља цивилних болница и забрањују вршење физичке или моралне принуде над овако заштићеним лицима. У својој пресуди Врховни суд је истакао да је један од неопходних елемената при утврђивању кршења ових одредби то да се докаже да су се кршења догодила у контексту међународног оружаног сукоба. Стиче се утисак да тужилац није уложио напор да докаже да је оружани сукоб био међународног карактера. У прилог својим наводима, тужилац је као доказ приложио једну од пресуда Међународног кривичног суда за бившу Југославију. Међутим, он је изабрао предмет *Кунарац и други*, пресуду која је утврдила само да је „Дана 8. априла 1992. у Фочи избио оружани сукоб између српских и муслиманских снага”³⁵ и да је трајао макар до фебруара 1993. године; пресуда није донијела никакав закључак у вези са карактером овог сукоба. Ипак, постоје неке друге одлуке Међународног кривичног суда за бившу Југославију које би указивале на то да је сукоб у околини Фоче лако могао да буде међународног карактера.³⁶ Врховни суд закључио је да, с обзиром на то да нису предочени докази из којих проистиче да је сукоб, који је избио у Фочи у априлу 1992. године, био међународног карактера, није било могуће утврдити кршење чланова 20. и 31.

Врховни суд је, осим тога, заузео становиште да, чак и да је доказан међународни карактер сукоба, радње оптуженог и даље не би представљале кршење чланова 20. и 31. У образложењу се износи да, с обзиром да се Дом здравља у Фочи нашао на линији раздвајања сукобљених страна, улазак војних снага у Дом здравља не би се могао сматрати кршењем хуманитарног права уопште, или конкретно чланова 20. и 31. Такво образложење, без даљњег разјашњења, као да имплицира да сама локација Дома здравља усред борбеног поља представља довољан разлог да његово медицинско

34 Члан 20.(1) гласи: „Биће поштовано и уживаће заштиту особље које је уредно и једино за- послено на раду или у управама цивилних болница, подразумијевајући ту и оно особље чија је дужност да проналази, прикупља, преноси и његује цивилна рањена и болесна лица, немоћне и породиље.” Члан 31. гласи: „Никаква физичка, нити морална принуда не може се вршити према заштићеним лицима, нарочито да би се од њих, или од трећих лица, добила обавјештења.”

35 Види: Међународни кривични суд за бившу Југославију, предмет *Кунарац и други*, пресуда од 12. јуна 2002. године, став 567.

36 Види: Претресно вијеће Међународног кривичног суда за бившу Југославију, предмет *Тадић*, Мишљење и пресуда, 7. мај 1997. године, став 569: „... јасно је, на основу доказа пред Претресним вијећем, да је од почетка 1992. године до 19. маја 1992. године постојало стање међународног оружаног сукоба, барем на једном дијелу територије Босне и Херцеговине”; Претресно вијеће Међународног кривичног суда за бившу Југославију, предмет *Делалић*, пресуда од 16. новембра 1998. године, став 234: „... Претресно вијеће уопште не сумња у то да је међународни оружани сукоб, који се водио у Босни и Херцеговини барем од априла 1992. године, настављен током цијеле те године и да му се природа није суштински мијењала”.

особље остане без правне заштите од физичке или моралне принуде, како је дефинисано у међународном хуманитарном праву.

Насупрот томе, у предметима пред Судом Босне и Херцеговине у вези са злочинима почињеним у Фочи и околини,³⁷ дефинисање карактера сукоба није имало никакву улогу приликом утврђивања кривичне одговорности оптужених. То је зато што су свим споменутим оптуженим лицима на терет стављани злочини против човјечности, из члана 172. Кривичног закона Босне и Херцеговине, који инкриминише грубе и тешке повреде људских права, без обзира на карактер оружаног сукоба. У предмету против *Гојка Јанковића*, Суд Босне и Херцеговине оптуженог је прогласио кривим за злочин против човјечности – затварање цивила, почињен 14. априла 1992. године – као дио широког и систематичног напада на Бошњаке цивиле, који је започео на подручју Фоче 8. априла 1992. године и надаље³⁸ – значи, у исто вријеме и на истом мјесту на којем је господин Радановић починио предметне радње. Међутим, тужилац и Врховни суд у предмету Радановић нису имали алтернативу да би његове радње оквалификовали као злочин против човјечности, с обзиром на то да је примијењен преузети Кривични закон СФРЈ.

ЧИЊЕНИЦЕ НЕ УКАЗУЈУ НА КРШЕЊЕ ЧЛАНА 147.³⁹ ЧЕТВРТЕ ЖЕНЕВСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Користећи своја овлашћења из члана 286.(2) Закона о кривичном поступку Републике Српске, Врховни суд је, по службеној дужности, размотрио да ли се радње оптуженог могу сматрати тешком повредом Женевских конвенција, а посебно члана 147. Четврте женевске конвенције, који забрањује - између осталог - противзаконито затварање лица која Конвенција штити. Врховни суд нашао је да се оптужени не може сматрати одговорним за такву повреду, зато што је био обичан војник, чија је дужност била да извршава наређења својих претпостављених, те се, због тога, није од њега могло очекивати да процјењује противправност затварања медицинског особља или да се таквим наређењима успротиви. Суд је пропустио навести на којој законској одредби заснива свој став, те је тако отежао процјену да ли су такве основе за ослобађање примијењене

37 Види: Суд БиХ, предмет *Гојко Јанковић*, првостепена пресуда од 16. фебруара 2007. године; Суд БиХ, предмет *Радован Станковић*, другостепена пресуда од 28. марта 2007. године; Суд БиХ, предмет *Неђо Самарџић*, другостепена пресуда од 13. децембра 2006. године.

38 Види: Суд БиХ, предмет *Гојко Јанковић*, навод, стр. 19 и 35. Апелационо вијеће Суда БиХ је, 19. новембра 2007. године, потврдило пресуду којом се оптужени проглашава кривим.

39 Ова одредба гласи: „Тешке повреде које се имају у виду у претходном члану јесу повреде које обухватају једно од следећих дјела, ако су она извршена против лица или добара које штити Конвенција: убиство извршено са намјером, мучење или нечовјечно поступање, подразумијевајући ту медицинске експерименте, намјерно проузроковање великих патњи или наношење озбиљних повреда тијелу или здрављу, незаконита прогонства и пресељења, противзаконита затварања, присиљавање заштићеног лица да служи у оружаним снагама непријатељске силе, или његово лишавање права да му се прописно и непристрасно суди према одредбама ове Конвенције, узимање талаца, уништавање и присвајање имовине, које није оправдано војним потребама и које се врши у великом обиму на недопуштен и самовољан начин”.

само на овај предмет или да ли, уствари, уопште постоје. Изгледа да образложење Суда почива на одбрани „наређења претпостављеног“ коју неке јурисдикције признају, према којој потчињени не може да се сматра одговорним за извршење ратног злочина, ако је он почињен као резултат извршења наређења. Наређење не би смјело да буде очито незаконито, односно, потчињени не смије имати сазнања о томе да је наређење незаконито.⁴⁰ Међутим, преузети Кривични закон СФРЈ, који је Суд примијенио у овом предмету, не признаје такву одбрану када је наређење било управљено на извршење ратног злочина.⁴¹ Њу такође изричито искључују релевантни међународни инструменти,⁴² као и Кривични закон Босне и Херцеговине.⁴³ У односу на овакве чињенице, остаје нејасан правни основ према којем је Врховни суд прихватио одбрану која се позива на поступање по наређењу претпостављеног.

Штавише, чак и када би таква одбрана била предвиђена Кривичним законом Босне и Херцеговине, Суд није адекватно образложио зашто је она прихваћена у овом конкретном предмету, нити је објаснио зашто је дошао до закључка да се од оптуженог није могло очекивати да процијени противправност затварања. Суд јесте навео једну одлуку Међународног кривичног суда за бившу Југославију у прилог образложењу свог става.⁴⁴ Међутим, наведени одломак не односи се на одбрану позивањем на поступање по наређењу претпостављеног коју Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију искључује, већ прије на врсту понашања и степен кривичне одговорности, неопходан да би неко лице било сматрано кривим за противзаконито затварање. У истом одломку на који се Врховни суд позвао јасно се наводи да је такву одговорност „примјереније приписати

40 Овакву одбрану признају, на примјер, релевантни закони у Холандији, Њемачкој, Швајцарској, САД-у, Израелу и Италији.

41 Члан 239. Кривичног закона СФРЈ предвиђа у том погледу да „Неће се казнити потчињени ако учини кривично дјело по наређењу претпостављеног, а то се наређење тиче службене дужности, осим ако је наређење било управљено на извршење ратног злочина или каквог другог тешког кривичног дјела, или ако је знао да извршење наређења представља кривично дјело.“

42 Види: члан 6. Споразума о оснивању Међународног војног суда у Нирнбергу; члан 6. Токијске повеље о Међународном војном суду за Далеки исток; члан 7.(4) Статута Међународног кривичног суда за бившу Југославију; и члан 6.(4) Статута Међународног кривичног суда за Руанду. Изузетак представља члан 33. Римског статута Међународног кривичног суда, који допушта одбрану позивањем на поступање по наређењу претпостављених у предметима ратних злочина.

43 Према члану 180.(3) Кривичног закона БиХ, поступање по наређењу претпостављених не искључује кривичну одговорност, али се може узети као олакшавајућа околност.

44 Врховни суд Републике Српске је у пресуди навео следећи одломак из става 342. пресуде Жалбеног вијећа Међународног кривичног суда за бившу Југославију у предмету *Делалић и други* („Челебићи“), од 20. фебруара 2001. године: „Према мишљењу Жалбеног вијећа, сама чињеница да неко има неку улогу у неком својству, колико год незнатну, у раду затвора у којем су противправно заточени цивили, није довољна основа за налаз о примарној кривичној одговорности такве природе какву подразумеива налаз да је неко починио злочин. Такву одговорност је примјереније приписати онима који су за заточење одговорни на директнији и потпунији начин, на примјер, онима који оптуженог стварно смјесте у притвор, без разумног основа да он представља безбједносни ризик... Жалбено вијеће, међутим, не прихвата да је пропуст стражара да предузме мјере за које није овлашћен да би ослободио затворенике довољан да би се сматрао извршењем злочина противправног заточења“.

онима који су за заточење одговорни на директнији и потпунији начин, као што су они који оптуженог стварно смјесте у притвор.“⁴⁵

На основу чињеница утврђених у предмету *Рагановић*, изгледа, несумњиво, да је оптужени лично учествовао у затварању медицинског особља. Одредбе хуманитарног права, које се односе на поштовање и заштиту медицинског особља и болница, тако су општепризнате од држава да су стекле статус међународног обичајног права.⁴⁶ Због тога је, чини се, тешко прихватити као валидно правно образложење став да би оптуженог требало ослободити на основу тога што није могао имати сазнања о противправности затварања медицинског особља Дома здравља у Фочи, за које се – како је током самог поступка утврђено – није сматрало да представљају никакву пријетњу безбједности.

45 Жалбено вијеће Међународног кривичног суда за бившу Југославију, предмет *Делалић и други*, навод, став 342.

46 Овакав закључак донио је Међународни комитет Црвеног крста у својој недавној студији о међународном обичајном хуманитарном праву. Види: ICRC, HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, ICRC and Cambridge Press, 2005., стр. 79, правило 25: „Медицинско особље, које је ангажовано искључиво на љекарским дужностима, мора се поштовати и заштитити у свим околностима”.

