

# Sud Bosne i Hercegovine ne bi trebao retroaktivno primjenjivati Krivični zakon iz 2003. za dva ratna kriminalca

U današnjoj odluci Velikog vijeća u slučaju Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine (aplikacija 2312/08 i 34179/08), koja je konačna<sup>1</sup>, Europski sud za ljudska prava donosi, jednoglasno, da je:

**prekršen član 7 (nema kazne bez prava) Europske konvencije za ljudska prava.**

Slučaj se odnosi na pritužbe dva čovjeka koji su osuđeni od strane Suda Bosne i Hercegovine za ratne zločine u postupku pred tim sudom. Konkretno su se žalili na primjenu strožijeg krivičnog zakona, tačnije Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2003, koji je bio primjenjivan u njihovom slučaju retroaktivno, a ne onaj zakon koji bi bio primjenjivan u vrijeme počinjenja krivičnih djela – 1992. i 1993. – naime Krivični zakon Socijalističke federativne republike Jugoslavije iz 1976.

S obzirom na vrstu krivičnih djela zbog kojih su podnosioci zahtjeva osuđeni (ratni zločini nasuprot zločina protiv čovječnosti) i stepen ozbiljnosti (niti jedan od podnositelja zahtjeva nije bio krivično odgovoran za gubitak života), Sud je utvrdio da su podnosioci zahtjeva mogli dobiti niže kazne da se primjenjivao Zakon iz 1976. Pošto je postojala realna mogućnost da retroaktivna primjena Zakona iz 2003. djeluje na podnosice zahtjeva štetno u posebnim okolnostima ovog slučaja, presudio je da nisu pruženi učinkoviti mehanizmi zaštite protiv nametanja teže kazne.

## Glavne činjenice

Podnosioci zahtjeva su Abduladhim Maktouf i Goran Damjanović, iz Iraka odnosno iz Bosne i Hercegovine. Gospodin Maktouf je rođen 1959; živi u Maleziji. Gospodin Damjanović je rođen 1966; služi svoju kaznu u Bosni i Hercegovini.

Oba podnosioca zahtjeva osuđeni su od Suda za ratne zločine u Bosni i Hercegovini („Dražavnog suda“) počinjenih protiv civila tokom rata 1992.-1995. Odjel za ratne zločine osnovan u sklopu Dražavnog suda početkom 2005. kao dio strategije zatvaranja Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. Državni sud može odlučiti da preuzme predmete ratnih zločina zbog njihove osjetljivosti ili složenosti, a može prenijeti manje osjetljive i složene slučajeve u nadležnost entitetskih sudova. Sporazumom iz decembra 2004. između visokog predstavnika (međunarodni upravnik za Bosnu i Hercegovinu, pozicija uspostavljena odobrenjem Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija) i vlasti Bosne i Hercegovine, međunarodne sudije mogu biti imenovane na Državni sud. Između 2004. i 2006, visoki predstavnik je imenovao više od 20 međunarodnih sudija na Državni sud na period od dvije godine sa mogućnošću reizbora.

Gospodin Maktouf je 1993. pomogao da se dva civila nasilno odvedu u Travnik sa ciljem da se zamjene za pripadnike ARBH (većinom sačinjena od Bošnjaka) koji su bili uhapšeni do strane HVO (većinom sačinjeni od Hrvata). U julu 2005, postupajući Odjel Državnog suda osudio ga je na pet godina zatvora prema Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine iz 2003. („Krivični zakon iz 2003.“). U aprilu 2006, apelaciono vijeće suda potvrdilo je presudu i izrekao kaznu nakon obnovljenog saslušanja u kojem je učestvovalo dvoje međunarodnih sudija.

Gospodin Damjanović je imao značajnu ulogu u prebijanju zarobljenih Bošnjaka u Sarajevu tokom 1992. te ih tako kažnjavao za otpor Srpskim napadima. U junu 2007, postupajući Odjel Državnog suda

---

<sup>1</sup> Odluke Velikog vijeća su konačne (član 44 Konvencije)

Sve konačne odluke su prenesene na Ministarski savjet Vijeća Europe za nadgledanje njihovog izvršenja. Daljenje informacije o procesu izvršenja mogu se naći na: [www.coe.int/t/dghl/monitoring/executon](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/executon)

osudio ga je za mučenje kao ratni zločin i osudio ga na 11 godina zatvora prema Krivičnom zakonu iz 2003. Apelaciono vijeće istog suda potvrdio je presudu u novembru 2007.

Obje ustavne žalbe bile su u konačnici odbijene. Žalba gospodina Damjanovića bila je odbačena zbog zastarjelosti u aprilu 2009. Slučaj gospodina Maktoufa je rezultirao odlukom Ustavnog suda koji je presudio prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima da, naročito, nijedno od prava gospodina Maktoufa nije bilo prekršeno.

## Žalbe, procedure i sastav suda

Oslanjajući se na član 6 stav 1 (pravo na pravično suđenje), gospodin Maktouf navodi da procesuiranje protiv njega nije bilo korektno, osobito zato što međunarodne sudije koje su odlučivale u njegovom slučaju nisu bili nezavisni. Oslanjajući se na član 7 (nema kažnjavanja bez prava), oba podnosioca zahtjeva žalili su se da je Državni sud u njihovom slučaju retroaktivno primjenio stroži zakon, Krivični zakon iz 2003, nego onaj koji je trebao biti primijenjen u vrijeme njihovog izvršenja krivičnog djela, Krivični zakon Socijalističke federativn republike Jugoslavije iz 1997. („Krivični zakon iz 1976.“). Oslanjajući se na član 14 (zabrana diskriminacije) i član 1 Protokola br. 12 (opšta zabrana diskriminacije), također su se žalili da su bili tretirani drugačije nego oni kojima je bilo suđeno pred entitetskim sudovima, koji su normalno primjenjivali Krivični zakon iz 1976. u slučajevima ratnih zločina i izricali u prosjeku blaže kazne nego Državni sud.

Žalbe su bile podnesene Eurposkom sudu za ljudska prava 17. decembra 2007, odnosno 20. juna 2008. Vijeće kojemu je slučaj bio dodijeljen ustupilo je slučaj Velikom vijeću 10. jula 2012. Saslušanje pred Velikim vijećem održano je 12. decembra 2012.

Veliko vijeće od 17 sudija donijelo je presudu, a sastav je bio slijedeći:

Dean **Spielmann** (Luxembourg), predsjednik,  
Josep **Casadevall** (Andora),  
Guido **Raimondi** (Italy),  
Ineta **Ziemele** (Latvia),  
Makr **Villiger** (Liechtenstein),  
Isabelle **Berro-Lefèvre** (Monaco),  
Davor Thór **Björgvinsson** (Iceland),  
Päivi **Hirvelä** (Finland),  
George **Nicolaou** (Cyprus),  
Mirjana **Lazrova Trajkovska** („The former Yugoslavi Republic of Macedonia“),  
Nona **Tsotsoria** (Georgia),  
Zdravka **Kalaydjieva** (Bulgaria),  
Nebojša **Vučinić** (Montenegro),  
Kristina **Pardalos** (San Marino),  
Angelika **Nußberger** (Germany),  
Paulo **Pinto de Albuquerque** (Portugal),  
Johannes **Silvis** (the Netherlands),  
i također Michael **O'Boyle**, zamjenik registara.

## Odluka suda

### Član 7

Kao polaznu tačku Sud je načinio razliku između dvije kategorije ozbiljnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava koji potpadaju pod jurisdikciju Državnog suda. Kao zločini protiv čovječnosti što je uvedeno u nacionalno pravo 2003, Sud je primijetio da Državni sud i entitetski sudovi nemaju

drugu opciju nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. Sud je svoje mišljenje potvrdio u slučaju *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (br. 51552/10), odluka od 10. aprila 2012, gdje je činjenica da zločin protiv čovječnosti nije bio krivično djelo prema domaćem zakonu u periodu rata 1992.-95. bila irelevantna, pošto su jasno definisali krivično djelo prema međunarodnom pravu u to vrijeme. Usporedbe radi, ratni zločini počinjeni od strane podnosioca zahtjeva konstituirani su kao krivična djela prema domaćem zakonu u vrijeme njihovog izvršenja. Suglasno tome, slučaj *Maktouf i Damjanović* pokrenuli su sasvim različita pitanja u odnosu na slučaj *Šimšić*.

Sud ponavlja da njegov zadatak nije da preispita sadržaj odredbi da li je retroaktivna primjena Krivičnog zakona iz 2003. u slučajevima ratnih zločina bila, *per se*, u skladu sa članom 7 Konvencije. Ovo pitanje treba da se razmatra u svakom zasebnom slučaju, uzimajući u obzir posebne okolnosti svakog slučaja i, ponajprije da li je domaći sud primjenjivao pravo čije su odredbe bile najpovoljnije za optuženog.

Sud je istakao da je definicija ratnog zločina bila ista u Krivičnom zakonu iz 1976, koji je bio primjenjiv u vrijeme izvršenja krivičnih djela, i u Krivičnom zakonu iz 2003, koji je bio retroaktivno primjenjivan u slučaju podnosioca zahtjeva. Podnosioci zahtjeva nisu osporavali da njihovi postupci ne sadrže krivično djelo definisano s dovoljno pristupačnosti i doglednosti u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Ono što je bio problem dakle nije zakonitost njihove presude nego različitost izricanja osnova s obzirom na ratne zločine koji daju dva krivična zakona.

Dok je u skladu sa Krivičnim zakonom iz 1976. kazna za ratni zločin bila zatvor od jedne do 15 godina, ili, za najozbiljnije slučajeve, kazna smrti ili 20 godina zatvora, u skladu sa Krivičnim zakonom iz 2003. kazna zatvora za ratni zločin je od 10 do 20 godina ili, za najozbiljnije slučajeve, dugogodišnji zatvor za period od 20-45 godina. Prema Zakonu iz 1976, pomagači i podstrekači krivičnih djela, kao gospodin Maktouf, bili bi kažnjeni kao da su sami počinili krivično djelo, ali ta kazna može biti smanjena do jedne godine zatvora. Prema Zakonu iz 2003, oni su bili kažnjeni kao da su i sami počinili krivično djelo, i njihova kazna bi mogla biti smanjena do pet godina zatvora.

Državni sud izrekao je kaznu gospodinu Maktoufu do pet godina zatvora, najnižu moguću kaznu prema Zakonu iz 2003. Naspurot tome, prema Zakonu iz 1976, on je mogao biti osuđen do jedne godine zatvora. Gospodin Damjanović je bio osuđen na 11 godina zatvora, malo viša od maksimuma od 10 godina. Prema Zakonu iz 1976, mogao je biti osuđen na kaznu zatvora samo pet godina.

S obzirom na Vladine argumente da je Zakon iz 2003. bio više blag za podnosiocе žalbe nego Zakon iz 1976, s obzirom na odsustvo smrtnе kazne, Sud je primijetio da su samo najozbiljniji slučajevi ratnog zločina bili kažnjivi smrtnom kaznom prema Zakonu iz 1976. Kako nijedan od podnosilaca zahtjeva nije bio krivično odgovoran za bilo koji gubitak života, zločin za koji su bili kažnjeni jasno ne potpadaju pod tu kategoriju.

Od posebne je važnosti da Zakon iz 1976. bio blaži vezano za minimalnu kaznu, jer je gospodinu Maktoufu bila izrečena manja kazna a gospodinu Damjanoviću izrečena kazna koja je bila malo viša od najniže kazne. Sud je priznao da su kazne podnosioca zahtjeva bile unutar opsega oba krivična zakona, i Krivičnog zakona iz 1976. i Krivičnog zakona iz 2003. Prema tome nemože se reći sa sigurnošću da bi oba podnosioca zahtjeva dobili nižu kaznu da se primjenjivao bivši Zakon. Međutim, ono što je ključno, je da su podnosioci zahtjeva mogli dobiti nižu kaznu da se primjenjivao Zakon iz 1976. Prema tome, s obzirom da postoji realna mogućnost da retroaktivna primjena Zakona iz 2003. djeluje na podnosiocе zahtjeva štetno što se tiče izricanja presude, ne bi se moglo reći da im je pružena učinkovita zaštita protiv izricanja teže kazne, u povredi člana 7.

Nadalje, Sud se ne slaže sa vladinom argumentacijom da ako je čin bio kriminalan prema „generalnim principima prava prepoznatim od civilizovanih naroda“ u sklopu značenja člana 7 § 2 Konvencije u

vrijeme kada je bio počinjen, onda se pravilo neretroaktivnosti krivičnih djela i kazni ne može primjenjivati. Smata se da je ovaj argument nekonzistentan sa namjerom tvoraca Konvencije da član 7 § 1 sadrži generalno pravilo o neretroaktivnosti i da član 7 § 2 je samo a kontekstualna klarifikacija, koja je bila uključena da bi osigurala da nema sumnje u vezi validnosti progona nakon Drugog svjetskog rata u vezi sa krivičnim djelima počinjenim tokom tog rata. Jasno je da je u mišljenju Suda da tvoraci Konvencije nisu imali namjeru da dopuste bilo koji opći izuzetak od pravila o neretorkativnosti.

S obzirom na vladin argument da obaveza prema međunarodnom humanitarnom pravu da se adekvatno kazne ratni zločini zahtijeva da pravilo o neretroaktivnosti treba ostaviti po strani u ovom slučaju, Sud je napomenuo da se pravilo također pojavljuje u Ženevskoj konvenciji i njenim Dodatnim protokolima. Osim toga, kako su presude podnosioca zahtjeva bile ostvarljive unutar oba zakona, i Krivičnim zakonom iz 1976. i Zakonom iz 2003, vladin argument da podnosioci zahtjeva nebi bili adekvatno kažnjeni prema bivšem Zakonu, je neosnovan.

Prema tome, ovdje se radi o kršenju člana 7 u slučaju oba podnosioca zahtjeva. Međutim, Sud naglašava da zaključak ne upućuje da niža kazna treba biti nametnuta, već jednostavno, da izricanje odredbi Zakona iz 1976. je trebalo da bude primijenjeno.

## Ostali članovi

Sud nalazi neprihvatljivom žalbu gospodina Maktoufa po članu 6 i zahtjeve oba podnosilaca po članu 14 i članu 1 Protokola broj 12.

Posebno nalazi da nema razloga da sumnja u nezavisnost međunarodnih sudija Državnog suda od političkih organa Bosne i Hercegovine, od strana u predmetu i institucije visokog predstavnika. Imenovanje međunarodnih sudija bilo je tačno motivisano željom za osnaženje nezavisnosti Odjela za ratne zločine Državnog suda te vraćanje povjerenja javnosti u pravosudni sistem. Osim toga, činjenica da su dotične sudije bili izabrani između najprofesionalnih sudija u svojim dotičnim zemljama predstavlja dodatnu garanciju protiv vanjskog pritiska. Dodatno, njihov mandat bio je relativno kratak, ali to je razumljivo zbog prirode privremenosti međunarodne prisutnosti na Državnom sudu i mehanizma međunarodne razmjene stručnjaka.

Što se tiče diskriminacije u zahtjevu, Sud je prvo primjetio s obzirom na veliki broj slučajeva ratnog zločina u postratnoj Bosni i Hercegovini, da je bilo neizbježno da se teret dijeli između Državnog suda i entitetskih sudova. U suprotnom slučaju, Država tuženika nebi bila u mogućnosti da poštuje konvencijsku obavezu da blagovremeno osudi one koji su odgovorni za ozbiljno kršenje međunarodnog humanitarnog prava. Sud je bio svjestan da su entitetski sudovi izricali generalno blaže kazne nego Državni sud u to vrijeme. Međutim, takav tretman ne trebao biti objašnjavan u smislu ličnih karakteristika (kao što su nacionalnost, religija ili etničko porijeklo) i prema tome nema značenje diskriminatornog tretmana. Bilo da se slučaj procesuirao pred Državnim sudom ili pred entitetskim sudom pitanje je odluke od slučaja do slučaja Državnog suda sa preporukom objektivnog i opravdanog kriterija.

## Član 41 (zadovoljština)

Budući da nije izvjesno da podnosioci zahtjeva bi stvarno dobili niže kazne propisane Zakonom iz 1976. da se isti primjenjivao, Sud je mišljenja da utvrđivanje kršenja Konvencije predstavlja samo po sebi dovoljno pravičnu naknadu za bilo koju nematerijalnu štetu. Nadalje, Sud je mišljenja da Bosna i Hercegovina treba da plati svakom podnosiocu zahtjeva 10.000 eura (EUR) s obzirom na cijenu i troškove.

## Izdvojeno mišljenje

Sudije Ziemele, Kalaydjieva, Vučinić i Pinto de Albuquerque izrazili su usaglašena mišljenja, koje je pridodato presudi.