



**Moving  
towards a  
Harmonized  
Application  
of the Law**

Applicable in War  
Crimes Cases before  
Courts in Bosnia and  
Herzegovina

August 2008

Published by OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina  
Fra Anđela Zvizdovića 1  
71 000 Sarajevo  
Bosnia and Herzegovina  
[www.oscebih.org](http://www.oscebih.org)

Design & Layout:  
PoetaPista | [www.poetapista.com](http://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

## Introduction

War crimes cases in Bosnia and Herzegovina are mainly tried under two different criminal codes: the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, adopted in March 2003, and the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, which was in force during the conflict. The former is applied in proceedings before the Court of Bosnia and Herzegovina, while the latter is used in the Republika Srpska and the Brčko District as well as in the majority of cases before the courts of the Federation of Bosnia and Herzegovina. In a limited number of cases, courts in the latter have also used the interim 1998 Federation of Bosnia and Herzegovina Criminal Code. These three criminal codes differ greatly. The Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, for instance, offers a more comprehensive definition of war crimes than do the other two. Only the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina foresees provisions for crimes against humanity and only it comprehensively defines command responsibility and excludes “superior orders” as a defense. These criminal codes also differ in how they prescribe sentences.

In its March 2007 decision on the *Maktouf* case,<sup>1</sup> the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina established that the application of different criminal codes by the state and the entities seriously undermined the rule of law and the equal treatment of citizens before the law. It urged entity courts to use the Criminal Code of Bosnia and

---

1 *Abduladhim Maktouf* was sentenced on 4 April 2006 to imprisonment for a term of five years by the Appellate Division of the Court of Bosnia and Herzegovina for committing War Crimes against Civilians under Article 173 of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. In his appeal to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Maktouf claimed that the retroactive application in his case of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina violated Article 7 of the European Convention on Human Rights and argued that the Yugoslav Code should have been used instead. On 30 March 2007 the Constitutional Court rejected the appeal and held that the application of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina to punish acts carried out during the conflict was permissible under Article 7, Paragraph 2 because these acts, at the time when they were committed, were already criminal according to the “general principles of law recognized by civilized nations”.

Herzegovina in their war crimes proceedings. The High Representative<sup>2</sup> and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe<sup>3</sup> have also expressed their concerns about the lack of harmonization of the law applicable to war crimes. Nevertheless, different criminal codes continue to be applied by the Court of Bosnia and Herzegovina and the entity courts.

This report argues that the application of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina in all domestic war crimes proceedings would result in a more consistent and effective system of justice. It also sees a place in this system for a new, state-level judicial institution that would have the final say in the interpretation and application of the relevant law by all courts in the country. Such an institution would also help ensure consistency in the interpretation of the law and help guarantee equality before the law.

## Toward a more effective and just processing of war crimes

The use of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina in all war crimes proceedings in the country would likely result in the more effective administration of justice. Its use would also enhance consistency of sentencing throughout the country. In comparison to the codes previously in force, the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina is better able to address the serious violations of humanitarian law and human rights that took place during the recent conflict in Bosnia and Herzegovina as well as the criminal responsibility of individuals involved in committing these violations. It represents an improvement in addressing such crimes because it acknowledges the developments in international criminal law recognized by the Statute and the case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) as well as by the Statute of the International Criminal Court. This Criminal Code

---

2 See BIRN, Justice Report Interview, *Miroslav Lajcak: Bosnia Needs Justice*, 6 August 2007, available on the internet at <http://www.bim.ba/en/75/10/3795/>.

3 See the Parliamentary Assembly of the Council of Europe's *Resolution 1564 (2007)* on the prosecution of offenses falling within the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), which in paragraph 21.2.1 calls upon the authorities of Bosnia and Herzegovina to "ensure the harmonisation of case law, consider setting up a national supreme court, or grant the powers of a supreme court to an existing court so as to secure legal certainty.

incorporates the customary notion of *crimes against humanity* and offers a comprehensive definition of *command responsibility*.<sup>4</sup>

Prosecuting crimes against humanity is important, because this takes into consideration the broader context in which such crimes were committed and the policies that motivated them. According to the official Commentary to the United Nations Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, “the gravity of a crime is inferred from the circumstances in which it is committed and the feelings which impelled the author.”<sup>5</sup> Crimes against humanity are never isolated or accidental acts of violence, as may be the case with war crimes, because by definition they must be perpetrated in the context of a widespread or systematic attack against a civilian population. According to ICTY case law, “widespread” may be further defined as a large-scale action carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. Systematic may be defined as “thoroughly organized” and following a regular pattern based on a common policy that involves substantial public or private resources.

Crimes against humanity also criminalize gross and fundamental violations of human rights regardless of the international or internal nature of the armed conflict. This is decidedly different than the jurisprudence for war crimes, which generally provides a higher level of protection to civilians in international than to those in internal conflicts. ICTY case-law demonstrates, however, that it is not always easy for prosecutors to establish the nature of hostilities that occurred in Bosnia and Herzegovina. This uncertainty has raised problems in war crimes trials in entity courts.<sup>6</sup> The protection of human life and dignity during a conflict should not vary according to the nature the conflict; the notion of crimes against humanity overcomes those problems. As noted above, only the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina includes this category of crimes. It may therefore offer the only effective means to try such cases in entity courts. The use of the other, earlier codes in place of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina would prevent these courts from classifying an offense as a crime against humanity.

4 See the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Articles 172 and 180. The prosecution of crimes against humanity has been rooted in customary law since at least the Nuremberg trials. In 1946, the U.N. General Assembly adopted the Principles recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal (*Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, G.A. Res. 95(I), U.N. Doc. A/64/Add.1, 1946.), including the criminalization of crimes against humanity. Further, the “Principles of Cooperation” adopted by the U.N. General Assembly in 1973 provide that “crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment” (*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 International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Commentary.

6 See the Supreme Court of the Republika Srpska’s verdict in the case of *Dragoje Radanović* of 22 March 2007. For an analysis of this verdict, see the annex to this report.

The Criminal Code of Bosnia and Herzegovina also includes a comprehensive definition of command responsibility. ICTY has stated that command responsibility was a generally recognized rule of customary law at the time when the conflict in the former Yugoslavia began.<sup>7</sup> In a recent verdict rendered by a cantonal court, however, a defendant was acquitted of the charges that, as the prison warden, he had failed to prevent the prison guards from maltreating prisoners-of-war and that he had failed to initiate disciplinary or criminal proceedings against these prison guards. The grounds for this acquittal were that such conduct was not a criminal offense under Article 144 of the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.<sup>8</sup> If this defendant had been tried under the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, these acts would not have been questionable, for there command responsibility is clearly defined as the criminal responsibility of superiors for the failure to prevent or punish crimes perpetrated by their subordinates.

Usage of different criminal codes also leads to marked discrepancies between the sentences delivered in state and entity courts for war crimes. This stems from the wide variances in the sentences enforceable under these codes.<sup>9</sup> For instance, an entity court has sentenced a defendant convicted of cruel treatment of prisoners to a term of one year and eight months' imprisonment even as the State Court has sentenced another defendant charged with a comparable act to imprisonment for a period of ten-and-a-half years.<sup>10</sup> On average, sentences delivered by the Court of Bosnia and Herzegovina in war crimes cases have been almost double the length of those delivered by entity courts.<sup>11</sup> Such differing sentences do not only affect the appearance of fairness of the

7 ICTY Appeals Chamber Decision in *Hadžihasanović et al* on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, 16 July 2003, para.32-36.

8 See the verdict of the Cantonal Court of Mostar in *Čupina et al.* of 24 January 2007.

9 According to the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, war crimes could be punished by a maximum of 15 years imprisonment or by death, which could be commuted to 20 years imprisonment. With the adoption of the Constitution of Bosnia and Herzegovina in December 1995, the death penalty could no longer be imposed, for it would be in violation of Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights; as a result, the highest sentence applicable under that code is 20 years. The Federation of Bosnia and Herzegovina Criminal Code of 1998 formally abolished the death penalty and substituted for it 40 years of imprisonment. On the other hand, the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina prescribes a maximum punishment of 45 years for war crimes, crimes against humanity, and genocide.

10 See Cantonal Court of Novi Travnik's verdict in the case of *Mato Đerek* of 21 June 2005, in which the accused was sentenced to one year and eight months imprisonment for cruel treatment of six prisoners by severely beating, hitting, mistreating, humiliating, and intimidating them. The Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina upheld this verdict on 3 August 2006. On the other hand, the Court of Bosnia and Herzegovina issued a decision in the case of *Goran and Zoran Damjanović* in June 2007 in which, for very similar criminal acts, it sentenced one of the defendants at first instance to ten years and six months imprisonment.

11 According to information available to the OSCE Mission, since the adoption of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, the Court of Bosnia and Herzegovina has found 12 individuals guilty of war crimes and crimes against humanity and imposed upon them an average sentence of 17 years of imprisonment. In the same period, courts in the two entities and in the Brčko District have 47 individuals guilty of war crimes with an average sentence of nine years.

judicial system as a whole, they also leave room for speculation whether political or ethnic bias is behind the disparity. Moreover, the average sentence awarded by the entity courts in both the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina for the murder of a civilian as a war crime is approximately seven years; in some cases, sentences as brief as four or five years have also been imposed.<sup>12</sup> Such a term is comparable to sentences handed down in domestic courts for crimes against property such as aggravated robbery or theft. This then gives the impression that crimes committed during the conflict were less serious than those committed subsequently in times of peace. It also undermines the deterrent value of the punishment in dissuading potential perpetrators in future from engaging in similar actions. It is therefore important that war crimes not be judged less severely than so-called ordinary crimes.

## Harmonizing the Interpretation of the Law through a State-level Institution

In its decision in the *Maktouf* case,<sup>13</sup> the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina established that the retroactive application of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina in war crimes cases was not a violation of Article 7(1) of the European Convention on Human Rights.<sup>14</sup> This stance appears to be in accordance with the most recent case-law of the European Court of Human Rights.<sup>15</sup> Although the Constitutional Court also urged the entity courts to begin applying the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina in their proceedings, these courts have nevertheless continued to apply the old codes – both the Yugoslav and 1998 Federation Crimi-

12 See, for example, the verdict of the Cantonal Court of Mostar in the *Omanović* case issued on 20 January 2006 (and later upheld by the entity Supreme Court), in which the accused was sentenced to 14 years imprisonment for the killing of three civilians and the Cantonal Court of Novi Travnik's verdict of 12 June 2006 in the *Pravdić* case, in which the accused was sentenced to four years for the murder of one civilian. The sentence was subsequently increased to six years by the Federation Supreme Court.

13 See note no. 1.

14 *Ibid* para 79.

15 See ECtHR's decision in *Karmo v. Bulgaria* on admissibility of 9 February 2006. In this decision the European Court held that the retroactive imposition of life imprisonment after the abolition of the death penalty was not in violation of Art. 7(1) of the European Convention, since "the amendment of the forms of penalties envisaged in the Criminal Code for the most severe offence for which the applicant was found guilty operated in the applicant's favour and he received a more lenient penalty than was envisaged for that offence at the time it was committed." The Court of Bosnia and Herzegovina has cited this case in a number of decisions in order to argue that the retroactive application of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina is in compliance with the ECHR. See, for example, the first instance verdict in the case of *Radmilo Vuković*, 16 April 2007, p.16.

nal Codes -- in war crimes trials.<sup>16</sup> The diverging approaches adopted by the state and the entity courts appear to be motivated by differences in interpreting the “principle of leniency,” which prescribes that, if the law has been changed or amended after the commission of the crime, the law that is more lenient to the accused should be applied.<sup>17</sup>

The failure of the entity courts to comply with the Decision of the Constitutional Court may be due to the fact that the matter before the Court was not directly related to war crimes trials conducted in the entities. As the Court itself clarified, at issue in this case was the respect of the rights safeguarded by the ECHR in the criminal proceedings against Maktouf before the Court of Bosnia and Herzegovina and not “the legal arrangements or the case-law applied at the level of the entities”.<sup>18</sup> The differing practices in entity courts, the Constitutional Court reasoned, were probably the “result of the lack of a court at the level of Bosnia and Herzegovina that would harmonise the case-law of all courts in Bosnia and Herzegovina.”<sup>19</sup> Such an institution would appear to offer the most effective and rational means to harmonize the legal framework for war crimes proceedings.<sup>20</sup> It would presumably also have the final say in the interpretation and application of the criminal and criminal procedural law applied by all courts in Bosnia and Herzegovina in war crime cases.

Without such a court, discrepancies in the interpretation of the laws related to war crimes may continue to impinge upon the basic principles of the certainty of<sup>21</sup> and equality before the law. For example, the Supreme Courts of the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska have resolved the question whether it is necessary to establish the nature of an armed conflict in order to determine a vio-

16 In three recent indictments submitted by the District Prosecution Office in Doboj, charges were filed under the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. The District Court of Doboj, however, refused to confirm the indictments and referred the cases to the State Court on the grounds that, based on the Law on the Court of Bosnia and Herzegovina (Art.13), the only Court competent to adjudicate crimes prescribed under the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina is the Court of Bosnia and Herzegovina.

17 These criminal provisions are included in art. 4 and art. 4 $\alpha$  of the Criminal Code of BiH.

18 State Constitutional Court, *Abduladhim Maktouf*, cit., para. 87.

19 *Ibid.* para. 90.

20 The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina cannot play this role for the following reasons: its competence under article IV(3)*b* of the Constitution of Bosnia and Herzegovina as appellate jurisdiction on judgments of any court in Bosnia and Herzegovina is limited to grounds of violation of the Constitution and its competence under Article IV(3)*c* of the Constitution of Bosnia and Herzegovina is limited to issues of compatibility between laws applied by courts in their decisions and the Constitution, the ECHR and other laws of Bosnia and Herzegovina or to issues of existence or scope of a general rule of public international law. None of these competences covers the issues strictly related to the legality of the interpretation and application of criminal and criminal procedural law.

21 According to the definition of the European Court of Human Rights, the certainty of law principle means that: “A norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the person to regulate his or her conduct: he or she must be able to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail” (*Busuioc v. Moldova*, Judgment, 21 December 2004, para. 52).



lation of international humanitarian law differently. The Federation Court has taken the position that, to be held responsible for war crimes under domestic law, it was not necessary to do so<sup>22</sup> when applying the 1949 Geneva Conventions, while the Republika Srpska, arguing for the need for a strict interpretation of the Conventions, held instead that the international nature of the conflict needed to be established when such a grave breach was alleged.<sup>23</sup> The issue of the nature of the conflict has, by contrast, played a minor role in determining the criminal responsibility of defendants before the Court of Bosnia and Herzegovina. This is because the majority of the accused have been charged with crimes against humanity.

The Supreme Court of the Republika Srpska and the Court of Bosnia and Herzegovina have also addressed the question whether “superior orders” should be considered an exculpatory ground differently. The State Court has never accepted such a defense as it is expressly excluded by the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina.<sup>24</sup> Rather the Supreme Court of Republika Srpska has made reference to the notion of “superior orders” as grounds for excluding criminal responsibility in war crimes in at least two acquittal verdicts.<sup>25</sup>

It is also evident that different courts are interpreting elements of the applicable criminal procedures in divergent ways. This is a marked phenomenon because, unlike the substantive criminal laws, criminal procedure is fairly uniform in war crimes cases. For instance, all Criminal Procedure Codes applicable in Bosnia and Herzegovina contain the principle that the court can *ex officio* re-classify an offense by establishing whether the conduct of the accused amounts to an offense different from the one alleged by the prosecutor. Some courts, however, apply this principle in differing ways. This sometimes leads to opposite outcomes in similar circumstances.

22 See the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina’s verdict in the matter of *Fikret Smajlović* of 16 March 2006. See also its verdict in the case of *Dragan Stanković* of 20 March 2002, in which the Court rejected the argument made on appeal that the first instance court had failed to establish whether the conflict was international or internal and stated that there was an international armed conflict caused by the aggression of Serbia and Montenegro in the territory of Bosnia and Herzegovina at that time. Furthermore, the Court stated that this was a notorious fact that the Court was not obliged to establish.

23 See the Supreme Court of the Republika Srpska’s verdict in the case of *Dragoje Radanović* of 22 March 2007. For an analysis of this verdict, see annex to this report.

24 See the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Article 180.3, which reads: “The fact that a person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the court determines that justice so requires.”

25 See the Supreme Court of the Republika Srpska in the matter of *Ranko Jakovljević et al.* and *Dragoje Radanović*, where the Court established that the accused, as an ordinary soldier whose duty it was to execute the orders of his superiors, could not have been conscious of the illegality of his actions and could not be expected to assess the unlawfulness of detaining the medical personnel. The failure to take steps to secure the release of the personnel was excusable, it found, because the defendant did not have the capacity to change the orders of his superiors. In a different decision, the Court has also ruled in the similar manner, finding that the accused should not be held responsible for an order issued by his superior that he had no capacity to change. For an analysis of the verdict in the *Radanović* case, see the Annex to this report.

For instance, whereas the Cantonal Court of Mostar<sup>26</sup> has used its *ex officio* powers to convict an individual of inhumane treatment of civilians for conduct that the prosecutor had qualified as torture, even though in the view of the Court the prosecutor had failed to prove the elements of torture, the Cantonal Court of Zenica has acquitted some of the accused in a war crimes case because the prosecutor had failed to prove that their acts against civilians amounted to torture.<sup>27</sup> Unlike the Mostar Court, the Zenica Court did not exercise its power to establish whether the acts in question could amount to a different crime (e.g., inhumane treatment). Although different interpretations of the law within the judicial system are, to a certain extent, legitimate and natural, the divergent practices illustrated by these examples undermine the principle of equality before the law. A state-level judicial institution would have the authority to resolve such discrepancies. Its establishment would also result in a more rational judicial structure more closely resembling that of many European federal states.

---

26 See the verdict of the Cantonal Court of Mostar in the matter of *Niko Obradović* of 29 May 2006.

27 See the decision of the Cantonal Court of Zenica of 5 June 2007 in the case of *Sabahudin Operta et al.* The decision is under an appeal.

## Conclusions

The OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina makes the following recommendations:

- As instructed by the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in the *Maktouf* Decision, prosecutors and courts at the Entities and Brčko District should apply the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina in future war crimes trials;
- Those involved in prosecuting and ruling on war crimes in entity courts could profit from training in international humanitarian law and the jurisprudence of ICTY, the Court of Bosnia and Herzegovina, and other relevant jurisdictions. The Judicial and Prosecutorial Training Centers of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska should therefore review and update their current training in humanitarian law.
- In order to promote consistency in practices throughout the country, Bosnia and Herzegovina should consider establishing a state-level judicial institution as the final authority on the interpretation and application of the laws pertaining to war crimes by all courts in the country.

# Annex

## Problems in the Application of the Law in War Crimes Cases:

### An Analysis of the *Radanović* Case

#### Introduction

On 22 March 2007 the Supreme Court of the Republika Srpska (hereinafter, the Supreme Court) delivered its final verdict in the case against Dragoje Radanović, acquitting him of all charges of war crimes committed against the civilian population. In particular, the Supreme Court held that the defendant's participation in the detention of four medical staff inside the hospital in Foča on 11 April 1992, which included forcing one of the doctors to call upon Bosniacs in Foča to lay down their arms under the threat of force, did not amount to war crimes under Article 142(1) of the Criminal Code of Republika Srpska (which succeeded the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia)<sup>28</sup>. This verdict was partly affected by some apparent flaws in the interpretation of the law applicable to war crimes cases as well as in the interpretation of international humanitarian law by both the prosecutor and the Supreme Court. The *Radanović* case illustrates the problems created by the lack of harmonized domestic legislation and jurisprudence applicable to war crimes cases.

#### Overview of the Procedural History

On 9 December 2005, pursuant to Article 142(1) of the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, the District Court of Trebinje found Dragoje Radanović guilty of participation in the illegal detention of civilians. Finding as well that this amounted to war crimes against civilians, it sentenced him to two years in prison. The District Court established that the defendant, a member of the Serb

paramilitary forces, together with others had occupied the Foča hospital, detained medical personnel under the threat of force, and ordered a civilian doctor to call out from the hospital to “eminent Bosniaks”<sup>29</sup> in the area in order to persuade them to surrender. The defendant had guarded the doctor, aimed his rifle at him, and prevented the rest of the medical personnel from leaving the hospital before they were transferred to the Livade internment camp. The District Court found it an aggravating circumstance that, as a consequence of his actions, while one of the doctors was held prisoner at the Livade internment camp for a long period of time but eventually released, another doctor disappeared and is still missing.

Following an appeal by the defense, the Supreme Court overturned the initial verdict reached on 20 April 2006 on the grounds that the verdict did not explain why the conduct of the defendant constituted a war crime. Consequently, the Supreme Court decided to hold a re-trial.<sup>30</sup> On 22 March 2007 the Supreme Court issued a final verdict acquitting the defendant of all charges of war crimes. The Supreme Court did not contest the facts established by the court of first instance, but rather found that such facts did not amount to war crimes against the civilian population and that the conduct of the defendant was not in violation of Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions and Articles 20, 31, and 147 of the Fourth Geneva Convention.

---

29 From the part of the verdict of the District Court in Trebinje which reads: “...ordered doctor... to go on the window of hospital and call loudly eminent Bosniaks whose houses were located nearby to surrender themselves...”

30 The Supreme Court based its decision on Article 303(1) of the Republika Srpska’s Criminal Procedure Code, which states that “if the wording of the verdict was incomprehensible, internally contradictory or contradicted the grounds of the verdict or if the verdict had no grounds at all or if it did not cite reasons concerning the decisive facts” an essential violation of the provisions of criminal procedure has occurred.

## Grounds on Which the Supreme Court Acquitted the Defendant

THE FACTS DO NOT AMOUNT TO A VIOLATION OF COMMON ARTICLE 3<sup>31</sup> OF THE 1949 GENEVA CONVENTIONS

The prosecutor relied on the provisions contained in Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions to argue that the accused was guilty of illegal detention of civilians, which amounted to war crimes against civilians under Article 142(1) of the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. Common Article 3 prescribes a set of core provisions applicable in internal conflicts for the protection of persons taking no active part in the hostilities. The court of first instance held that a violation of Common Article 3 had occurred. The Supreme Court departed from this view. The Court correctly observed that illegal detention of civilians is not included in the list of prohibited acts under Common Article 3 and that this act cannot therefore constitute a war crime on the basis of that provision.

The prosecutor in the *Radanović* case had, in other words, attempted to base the case against the defendant on an underlying violation – i.e., illegal detention – not included in the provision itself. It is difficult to understand why the prosecutor did not instead try to prove that the defendant had violated Common Article 3 by committing one of the acts that this provision actually prohibits. It would have been possible, for instance, for the prosecutor to argue that the actions of the defendant amounted to the offense of taking of hostages,<sup>32</sup> which is prohibited under both Common Article

---

31 Common Article 3 reads:

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

32 According to ICTY case-law, the elements of the war crime of taking of hostages are the following: 1) the unlawful confinement or deprivation of liberty of civilians; 2) the issuance of a conditional threat to the physical and mental health of the detainees, so as to prolong detention or inflict injury or death; 3) the threat is intended as a coercive measure to achieve the fulfilment of a condition (see *Prosecutor v Kordić and Čerkez*, IT-95-14/2-T, Trial Chamber, 26.2.2001, para. 312-313). These elements seem to correspond to the facts established that threats against the security of the detained civilian medical personnel were carried out by the defendant, together with others, in order to obtain the surrender of the Bosniac forces.

3 and Article 142(1) of the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

The Supreme Court did not, in turn, make a comprehensive assessment whether the actions committed by the defendant constituted perpetration of any of the acts prohibited under those provisions.<sup>33</sup> In fact, apart from briefly arguing that the conduct of the defendant did not amount to “humiliating and degrading treatment,” the Court provided no further reasoning in support of its finding that no violation had taken place at all. Its verdict instead stated that “none of the actions committed by the accused according to the indictment constitute a violation of Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions.” The Court apparently failed to consider whether the offense of taking of hostages mentioned above had even been committed.

#### THE FACTS DO NOT AMOUNT TO A VIOLATION OF ARTICLES 20 AND 31<sup>34</sup> OF THE FOURTH GENEVA CONVENTION

The prosecutor also claimed that the conduct of the defendant was in violation of Articles 20 and 31 of the Fourth Geneva Convention. These two articles provide for the respect and protection of medical personnel of civilian hospitals and prohibit the use of physical or moral coercion against people so protected. In its judgment, the Supreme Court pointed out that one of the elements required to find a violation of these provisions was that the breaches had occurred in the context of an international armed conflict. The prosecutor seems to have made no effort to prove that the conflict was of an international character. To bolster his case, he submitted an ICTY Judgment in evidence. But he chose the case of *Kunarac et al.*, which established only that “on 8 April 1992 an armed conflict between Serb and Muslim forces broke out in Foča”<sup>35</sup> and that it lasted at least until February 1993; the judgment did not come to any conclusion as to the nature of this conflict. There exist, however, other ICTY decisions that would seem to indicate that the conflict in the area of Foča may well have

33 As a matter of fact, under Article 286(2) of the Republika Srpska Criminal Procedure Code, reflecting the *iura novit curia* principle, “the court is not bound to accept the proposals regarding the legal classification of the act” and is therefore free to consider whether the conduct of the accused amounts to an offense not alleged by the prosecutor.

34 Article 20(1) reads: “Persons regularly and solely engaged in the operation and administration of civilian hospitals, including the personnel engaged in the search for, removal and transporting of and caring for wounded and sick civilians, the infirm and maternity cases shall be respected and protected.” Article 31 reads: “No physical or moral coercion shall be exercised against protected persons, in particular to obtain information from them or from third parties.”

35 See ICTY Trial Chamber, *Kunarac et al.*, Judgment, 12 June 2002, para. 567.

been of an international character.<sup>36</sup> The Supreme Court concluded that, since no evidence was presented to prove the international character of the conflict that began in Foča in April 1992, it was not possible to find a violation of Articles 20 and 31.

The Supreme Court further argued, however, that even if the international character of the conflict had been proven the conduct of the defendant would not have amounted to a violation of Articles 20 and 31. The rationale proffered was that since the Foča hospital happened to be on the front line between two belligerent parties, the entry of military forces into the hospital could not be considered a violation of humanitarian law in general or a violation of Articles 20 and 31 in particular. Such reasoning, with no further elaboration, seems to imply that the mere location of a hospital in the middle of the battlefield is sufficient reason to deprive its medical personnel of legal protection against physical or moral coercion under international humanitarian law.

In cases before the Court of Bosnia and Herzegovina concerning crimes committed in the area of Foča,<sup>37</sup> by contrast, the issue of the nature of the conflict has played no role in determining the criminal responsibility of the defendants. This is because all of those defendants were charged with crimes against humanity under Article 172 of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, which makes gross and fundamental human rights violations a crime regardless of the nature of the armed conflict. In the case of *Gojko Janković*, the Court of Bosnia and Herzegovina found the defendant guilty of the crime against humanity of imprisonment of civilians. This was committed on 14 April 1992 as part of a widespread and systematic attack against Bosniac civilians in the area of Foča from 8 April 1992 onward<sup>38</sup> — that is, during the same period and in the same place in which Mr. Radanović committed his acts. The prosecutor and the Supreme Court in the Radanović case, however, did not have the alternative of qualifying his conduct as a crime against humanity, since the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia was applied.

36 See ICTY Trial Chamber, *Tadić*, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 569: “...it is clear from the evidence before the Trial Chamber that, from the beginning of 1992 until 19 May 1992, a state of international armed conflict existed in at least part of the territory of Bosnia and Herzegovina”; ICTY Trial Chamber, *Delalić*, Judgment, 16 November 1998, para. 234: “...the Trial Chamber is in no doubt that the international armed conflict occurring in Bosnia and Herzegovina, at least from April 1992, continued throughout that year and did not alter fundamentally in its nature.”

37 See Court of Bosnia and Herzegovina, *Gojko Janković*, 1<sup>st</sup> Instance Verdict, 16 February 2007; Court of Bosnia and Herzegovina, *Radovan Stanković*, 2<sup>nd</sup> Instance Verdict, 28 March 2007; Court of Bosnia and Herzegovina, *Nedo Samardžić*, 2<sup>nd</sup> Instance Verdict, 13 December 2006.

38 See Court of Bosnia and Herzegovina, *Gojko Janković*, cit., pp. 19 and 35. The conviction for this crime was confirmed by the Appellate Panel of the Court of Bosnia and Herzegovina on 19 November 2007.



## THE FACTS DO NOT AMOUNT TO A VIOLATION OF ARTICLE 147<sup>39</sup> OF THE FOURTH GENEVA CONVENTION

In exercising its powers under Article 286(2) of the Criminal Procedure Code of the Republika Srpska, the Supreme Court examined *ex officio* whether the actions of the defendant could amount to a grave breach of the Geneva Conventions and in particular of Article 147 of the Fourth Geneva Convention, which proscribes, among other things, the unlawful confinement of persons protected by the Convention. The Supreme Court found that the defendant could not be held accountable for such a violation, because he was an ordinary soldier whose duty was to execute the orders of his superiors and thus he could not have been expected to assess the legality of the detention of the medical personnel or to contravene such orders. The Court failed to indicate on which legal provision it based its finding, thus making it difficult to assess whether such exculpatory grounds were applicable in the present case or whether, in fact, they existed at all. The Court's reasoning seemed to refer to the defense of "superior orders," which some national jurisdictions admit, under which a subordinate cannot be held responsible for the commission of a war crime if he or she committed it while carrying out an order. The order must not have been manifestly unlawful or the subordinate must have had no knowledge of the illegality of the order.<sup>40</sup> Such a defense, however, is not recognised in the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, which the Court used in this case, when the order is directed at committing a war crime.<sup>41</sup> It is also explicitly excluded by the relevant international instruments<sup>42</sup> as well as by the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina.<sup>43</sup> Against

39 This provision reads: "Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly."

40 This defense is recognized, for example, in the relevant law applicable in the Netherlands, Germany, Switzerland, USA, Israel, and Italy.

41 Article 239 of the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia foresees in this regard that "No punishment shall be imposed on a subordinate if he commits a criminal offence pursuant to order of a superior given in the line of official duty, unless the order has been directed toward committing a war crime or any other grave criminal offence, or if he knew that the carrying out of the order constitutes a criminal offence".

42 See Article 8 of the Agreement establishing the Nuremberg International Military Tribunal, Article 6 of the Tokyo Charter of the Far East International Military Tribunal, Article 7(4) of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and Article 6(4) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Article 33 of the Rome Statute of the International Criminal Court, which permits a defense of superior orders in the case of war crimes, presents an exception.

43 Under Article 180(3) of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, superior orders do not exclude criminal responsibility but may be considered a mitigating circumstance.

this background, the legal basis for the Supreme Court's application of a defense of "superior orders" remains unclear.

Moreover, even if such a defense were admissible under the law of Bosnia and Herzegovina, the Court did not adequately reason why it was applicable in the present case, nor did it explain why it came to the conclusion that the defendant could not have been expected to assess the unlawfulness of the detention. The Court did cite an ICTY decision as justification for its reasoning.<sup>44</sup> But the passage it cited does not concern "superior orders," a defense excluded by the ICTY Statute, but rather the type of conduct and degree of responsibility required in order to be found guilty of the crime of unlawful detention. The same passage to which the Supreme Court referred clearly indicates that such responsibility "is more properly allocated to those who are responsible for the detention in a more direct or complete sense, such as those who actually place an accused in detention."<sup>45</sup>

The facts established in the *Radanović* case make it indisputable that the defendant personally participated in placing the medical staff in detention. The provisions of humanitarian law, which concern respect for and protection of medical personnel and hospitals, are so widely recognized by States that they have arguably reached the status of international customary law.<sup>46</sup> It therefore seems difficult to accept as valid legal reasoning the finding that the defendant should be acquitted on the grounds that he could not have had knowledge of the unlawful nature of the detention of the hospital's medical staff, who, according to the facts established in the court proceedings themselves, were not deemed to pose any security threat.

---

44 The Republika Srpska Supreme Court quoted in the verdict the following passage from para. 342 of the ICTY Appeals Chamber Judgment in *Delalić and others* ("Čelebići") of 20 February 2001: "In the Appeals Chamber's view, the fact alone of a role in some capacity, however junior, in maintaining a prison in which civilians are unlawfully detained is an inadequate basis on which to find primary criminal responsibility of the nature which is denoted by a finding that someone has committed a crime. Such responsibility is more properly allocated to those who are responsible for the detention in a more direct or complete sense, such as those who actually place an accused in detention without reasonable grounds to believe that he constitutes a security risk ... The Appeals Chamber, however, does not accept that a guard's omission to take unauthorized steps to release prisoners will suffice to constitute the commission of the crime of unlawful confinement".

45 ICTY Appeals Chamber, *Delalić and others*, cit., para 342.

46 Such a conclusion was reached by the International Committee of the Red Cross (ICRC) in its recent study on Customary International Humanitarian Law. See ICRC, HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, ICRC and Cambridge Press, 2005, pp.79, rule 25: "Medical personnel exclusively assigned to medical duties must be respected and protected in all circumstances."

**o s c e**

Mission to Bosnia and Herzegovina

**Na putu ka  
usaglašenoj  
provedbi  
važjećeg  
zakona**

u predmetima ratnih  
zločina pred sudovima  
u Bosni i Hercegovini

**Bosanski jezik**

August 2008. godine



## Uvod

U suđenjima u predmetima ratnih zločina u Bosni i Hercegovini uglavnom se primjenjuju dva krivična zakona: Krivični zakon Bosne i Hercegovine, koji je stupio na snagu u martu 2003. godine, i preuzeti Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ), koji je bio na snazi u vrijeme oružanog sukoba. Prvi zakon primjenjuje se u postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, dok se drugi primjenjuje pred sudovima u Republici Srpskoj i Distriktu Brčko, kao i u većini predmeta pred sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine. U ograničenom broju predmeta, sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine također su primijenili Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine iz 1998. godine. Ova tri krivična zakona znatno se razlikuju. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, na primjer, pruža potpuniju definiciju ratnih zločina od druga dva zakona. Samo Krivični zakon Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o zločinima protiv čovječnosti i jedino on definiira komandnu odgovornost te isključuje „naređenje pretpostavljenog” kao odbranu. Ovi krivični zakoni također se razlikuju i prema visini propisane kazne.

U odluci u predmetu *Maktouf* iz marta 2007. godine,<sup>1</sup> Ustavni sud Bosne i Hercegovine ustanovio je da primjena različitih krivičnih zakona na državnom i entitetskom nivou ozbiljno narušava vladavinu prava i načelo jednakosti pred zakonom. Ustavni sud smatra da sudovi u entitetima, kada sude za krivična djela ratnih zločina, trebaju primjenjivati Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Visoki predstavnik<sup>2</sup> i Parla-

1 *Abduladhima Maktoufa* je, 4. aprila 2006. godine, Žalbeni odjel Suda Bosne i Hercegovine osudio na kaznu zatvora u trajanju od pet godina za počinjeni ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine. U apelaciji Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, Maktouf je tvrdio da retroaktivna primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine u predmetnom krivičnom postupku predstavlja povredu člana 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima, tvrdeći da je, umjesto toga, trebalo primijeniti Krivični zakon SFRJ. Ustavni sud je, 30. marta 2007. godine, odbio apelaciju, smatrajući da je primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, kako bi bila kažnjena djela koja su izvršena tokom oružanog sukoba, dozvoljena po članu 7, stavom 2, zbog toga što su ova djela, u vrijeme izvršenja, predstavljala krivična djela prema „općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda”.

2 Vidi: BIRN, Justice Report Interview, Miroslav Lajčak: Bosnia Needs Justice (Bosni je potrebna pravda), 6. august 2007. godine, postavljen na internet stranici: <http://www.bim.ba/en/75/10/3795/>.

mentarna skupština Vijeća Evrope<sup>3</sup> također su izrazili zabrinutost zbog neusaglašene primjene važećih zakona u predmetima ratnih zločina. Uprkos tome, Sud Bosne i Hercegovine i sudovi u entitetima nastavljaju s primjenom različitih zakona.

U ovom izvještaju zastupa se stanovište da bi primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine u svakom postupku u predmetima ratnih zločina dovela do dosljednijeg i djelotvornijeg pravosudnog sistema. Također se vidi odgovarajuće mjesto u tom sistemu za novu pravosudnu instituciju na državnom nivou, koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni relevantnog zakona pred svim sudovima u državi. Takva institucija bi, isto tako, pomogla da se osigura dosljednost u tumačenju zakona i garantira jednakost svih osoba pred zakonom.

## Ka efikasnijem i pravičnom procesuiranju predmeta ratnih zločina

Primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine u svakom postupku u predmetima ratnih zločina u državi vjerovatno bi doprinijela efikasnosti pravosudnog sistema. Primjena ovog zakona bi, isto tako, vodila ka ujednačavanju kaznene politike u cijeloj državi. U poređenju s drugim krivičnim zakonima u primjeni, Krivični zakon Bosne i Hercegovine najadekvatnije definira ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, koja su se dogodila tokom nedavnog oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini, te krivičnu odgovornost pojedinaca koji su počinili ta kršenja. Krivični zakon predstavlja napredak u procesuiranju takvih zločina budući da prihvata moderna dostignuća međunarodnog krivičnog prava, usvojena u Statutu i praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, kao i u Statutu Međunarodnog krivičnog suda. Krivični zakon Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o *zločinima protiv čovječnosti*, što je pojam običajnog prava, i pruža detaljnu definiciju *komandne odgovornosti*.<sup>4</sup>

3 Vidi: Parlamentarna skupština Vijeća Evrope, Rezolucija 1564 (2007), *Vodenje krivičnog postupka za djela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju* (Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY)), u kojoj se, u stavu 21.2.1, vlasti Bosne i Hercegovine pozivaju da „osiguraju ujednačavanje sudske prakse, razmotre osnivanje državnog vrhovnog suda ili daju nadležnosti vrhovnog suda postojećem sudu, kako bi, na taj način, omogućile pravnu sigurnost”.

4 Vidi: Krivični zakon BiH, članove 172 i 180. Krivično gonjenje zločina protiv čovječnosti čvrsto je utemeljeno na običajnom pravu barem od Nirnberškog procesa. Generalna skupština UN-a je, 1946. godine, usvojila Principe ustanovljene Poveljom Nirnberškog suda (*Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal*, G.A. Res. 95(II), U.N. Doc. A/64/Add.1, iz 1946. godine), uključujući kriminalizaciju zločina protiv čovječnosti. Osim toga, u „Principima o saradnji” („Principles of Cooperation”), koje je Generalna skupština UN-a usvojila 1973. godine, propisuje se da će „zločini protiv čovječnosti, bez obzira na to gdje su počinjeni, biti podložni istrazi, a za osobama za koje bude postojao dokaz da su počinile takve zločine će se tragati, one će biti hapšene, te podvrgnute suđenju i, ako se dokaže njihova krivica, bit će kažnjene”. (*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)

Krivično gonjenje zločina protiv čovječnosti važno je zbog toga što u obzir uzima širi kontekst u kojem su takvi zločini počinjeni i politiku koja ih je potakla. Prema službenom komentaru na Nacrt Kodeksa Ujedinjenih naroda o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva „težina zločina proizlazi iz okolnosti pod kojima je počinjen i osjećanja koja su vodila počinioca.”<sup>5</sup> Zločini protiv čovječnosti nikada nisu izolirana ili nasumična djela nasilja, kao što to može biti slučaj s ratnim zločinima, jer se po definiciji moraju počinuti kao dio širokog ili sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva. Prema praksi Međunarodnog suda za bivšu Jugoslaviju, pojam “širokog” dalje se može definirati kao združena akcija velikih razmjera i znatne ozbiljnosti usmjerena protiv mnoštva žrtava. Pojam “sistematičnog” može se definirati kao „temeljito organiziran”, a odvija se prema utvrđenom obrascu, zasnovanom na zajedničkoj politici koja uključuje znatne javne ili privatne resurse.

Zločini protiv čovječnosti također zabranjuju gruba i teška kršenja ljudskih prava, bez obzira na to da li je oružani sukob, po svom karakteru, nemeđunarodni ili međunarodni. Ovo se suštinski razlikuje od jurisprudencije o ratnim zločinima, koja obično pruža veći stepen zaštite civilima u oružanom sukobu međunarodnoga karaktera nego nemeđunarodnog. Međutim, praksa Međunarodnog suda za bivšu Jugoslaviju ukazuje na to da tužiocima nije uvijek lako da utvrde karakter sukoba koji su se vodili u Bosni i Hercegovini. Ova nesigurnost izazvala je probleme i u suđenjima u predmetima ratnih zločina pred sudovima u entitetima.<sup>6</sup> Zaštita ljudskog života i dostojanstva tokom oružanog sukoba ne bi se trebala razlikovati u odnosu na karakter sukoba; pojam zločina protiv čovječnosti uspješno prevladava takve probleme. Kako je već rečeno, samo Krivični zakon Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o krivičnim djelima zločina protiv čovječnosti. Prema tome, jedino on pruža efikasnu zakonsku osnovu za suđenja u predmetima zločina protiv čovječnosti pred sudovima u entitetima. Primjena drugih krivičnih zakona, umjesto Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, spriječila bi sudove da neko djelo kvalificiraju kao zločin protiv čovječnosti.

5 Međunarodna pravna komisija, Nacrt Kodeksa o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva, komentar (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary*).

6 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske, presuda u predmetu *Dragoje Radanović*, od 22. marta 2007. godine. O analizi ove presude vidi dodatak Izvještaju.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine isto tako sadrži detaljnu definiciju komandne odgovornosti. Međunarodni sud za bivšu Jugoslaviju zauzeo je stanovište da je komandna odgovornost bila općeprihvaćeno pravilo običajnog prava u vrijeme kada je započeo oružani sukob u bivšoj Jugoslaviji.<sup>7</sup> Međutim, u presudi koju je nedavno izrekao jedan kantonalni sud, optuženi je oslobođen od optužbe da je, kao upravnik zatvora, propustio spriječiti stražare da fizički zlostavljaju ratne zarobljenike, te pokrenuti disciplinski ili krivični postupak protiv njih. Kao osnov za oslobađanje od optužbe sud je u obrazloženju naveo da takva radnja nije krivično djelo iz člana 144 Krivičnog zakona SFRJ.<sup>8</sup> Da je u postupku prema optuženom primijenjen Krivični zakon Bosne i Hercegovine, navedene radnje ne bi bile upitne, jer ovaj zakon jasno definira komandnu odgovornost kao krivičnu odgovornost pretpostavljenih za propuštanje da spriječe ili kazne krivična djela podređenih osoba.

Primjena različitih krivičnih zakona isto tako dovodi do izrazitih razlika u visini kazni koje za ratne zločine izriču sudovi u entitetima u odnosu na Sud Bosne i Hercegovine. Ovo proizlazi iz velikih razlika u pogledu visine kazne koju propisuju ti zakoni.<sup>9</sup> Na primjer, jedan od sudova u entitetima je optuženom, koji je proglašen krivim zato što je surovo postupao prema zatvorenicima, izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i osam mjeseci, mada je Sud Bosne i Hercegovine drugoj optuženoj osobi, koja je proglašena krivom zbog sličnog djela, izrekao kaznu zatvora u trajanju od deset i po godina.<sup>10</sup> U prosjeku, kazne zatvora koje izriče Sud Bosne i Hercegovine u predmetima ratnih zločina gotovo su dvostruko duže nego one koje izriču sudovi u entitetima.<sup>11</sup> Takva razlika u visini kazni ne samo da utječe na utisak o pravičnosti

7 Žalbeno vijeće Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, *Hadžihasanović i drugi*; odluka o interlokatornoj žalbi, kojom se osporava nadležnost s obzirom na komandnu odgovornost, 16. juli 2003. godine, stav 32 do 36.

8 Vidi: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Čupina i drugi*, od 24. januara 2007. godine.

9 Prema Krivičnom zakonu SFRJ, za ratne zločine mogla je biti izrečena kazna zatvora u trajanju od najviše petnaest godina, ili smrtna kazna, s alternativno propisanom kaznom zatvora od dvadeset godina. Stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine u decembru 1995. godine, nije više mogla biti izrečena smrtna kazna, jer bi to predstavljalo povredu Protokola br. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima; stoga je maksimalna kazna zatvora, koja se može izreći prema ovom zakonu, dvadeset godina. Krivičnim zakonom FBiH iz 1998. godine formalno je ukinuta smrtna kazna, a umjesto nje uvedena kazna zatvora u trajanju od četrdeset godina. S druge strane, Krivični zakon BiH propisuje maksimalnu kaznu zatvora u trajanju od četrdeset pet godina za ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid.

10 Vidi: Kantonalni sud Novi Travnik, presuda u predmetu *Mato Đerek*, od 21. juna 2005. godine, u kojem je optuženi bio osuđen na kaznu zatvora od jedne godine i osam mjeseci za surovo postupanje prema šesterici zatvorenika (surovo premlaćivanje, udaranje, zlostavljanje, ponižavanje i zastrašivanje). Vrhovni sud FBiH presudu je potvrdio 3. augusta 2006. godine. S druge strane, Sud BiH je u predmetu *Goran i Zoran Damjanović*, u junu 2007. godine, donio presudu kojom, za slično krivično djelo, jednog od optuženih u prvostepenom postupku osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od deset godina i šest mjeseci.

11 Prema informacijama kojima raspolaže Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, od stupanja na snagu Krivičnog zakona BiH, Sud Bosne i Hercegovine je dvanaest osoba proglasio krivim za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti i izrekao kazne zatvora u prosječnom trajanju od sedamnaest godina. U istom periodu, sudovi u dva entiteta i Distriktu Brčko proglasili su četrdeset sedam osoba krivim za ratne zločine i izrekli prosječnu kaznu zatvora u trajanju od devet godina.



pravosudnog sistema u cjelini, već također ostavlja prostora za spekulacije o tome da li se u pozadini takve nesrazmjere nalazi pristrasnost iz političkih ili nacionalnih pobuda. Štaviše, prosječna kazna zatvora koju izriču sudovi i u Republici Srpskoj i u Federaciji Bosne i Hercegovine za ubistvo civila kao ratni zločin iznosi oko sedam godina; u nekim predmetima izrečene su i kazne zatvora u trajanju od samo četiri ili pet godina.<sup>12</sup> Takva kazna zatvora može se porediti s kaznama koje domaći sudovi izriču za krivična djela protiv imovine, kao što su razbojništvo ili teška krađa. Ovo tada odaje utisak da su zločini počinjeni tokom oružanog sukoba manje ozbiljni od onih počinjenih u doba mira. Isto tako, to podriva vrijednost kazne kao sredstva odvratanja mogućih budućih počinilaca od izvršenja sličnih krivičnih djela. Zbog toga je važno da se u predmetima ratnih zločina ne sudi manje strogo nego u takozvanim običnim krivičnim djelima.

## Usklađivanje tumačenja zakona pomoću institucije na državnom nivou

U svojoj odluci u predmetu *Maktouf*<sup>13</sup>, Ustavni sud Bosne i Hercegovine smatra da retroaktivna primjena Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine u predmetima ratnih zločina ne predstavlja povredu člana 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima.<sup>14</sup> Čini se da je ovo stanovište u skladu s najnovijom praksom Evropskog suda za ljudska prava.<sup>15</sup> Mada je Ustavni sud također tražio da sudovi u entitetima u postupku primjenjuju Krivični zakon Bosne i Hercegovine, ovi sudovi, u predmetima ratnih zločina nastavljaju primjenjivati stare zakone – kako Krivični zakon SFRJ, tako i Krivični zakon Federacije BiH iz 1998. godine.<sup>16</sup> Različit pristup, koji su usvojili Sud Bosne i Hercegovine, odnosno sudovi u entitetima, izgleda da je motiviran različitim

12 Vidi, naprimjer: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Omanović*, od 20. januara 2006. godine (koju je potom potvrdio Vrhovni sud FBiH), kojom je optuženi osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četrnaest godina zbog ubistva troje civila; također i: Kantonalni sud u Novom Travniku, presuda u predmetu *Pravdić*, od 12. juna 2006. godine, kojom je optuženi osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četiri godine za ubistvo jednog civila. Kaznu je Vrhovni sud FBiH naknadno povećao na kaznu zatvora u trajanju od šest godina.

13 Vidi fusnotu 1.

14 *Ibid.*, stav 79.

15 Vidi: Evropski sud za ljudska prava, predmet *Karmo protiv Bugarske (Karmo v. Bulgaria)*, odluka o dopustivosti, 9. februar 2006. godine. Prema ovoj odluci, Evropski sud smatra da retroaktivno izricanje doživotne kazne zatvora nakon ukidanja smrtne kazne nije povreda člana 7(1) Evropske konvencije, jer „izmjena vrste kazne predviđene Krivičnim zakonom za najteže djelo za koje je ustanovljeno da je aplikant kriv ide u korist aplikanta, kome je određena blaža kazna od one koja je predviđena za dato krivično djelo u vrijeme kada je počinjeno”. Sud Bosne i Hercegovine se na ovaj predmet pozvao u više svojih odluka kako bi argumentirao da je retroaktivna primjena Krivičnog zakona BiH u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Vidi, naprimjer: prvostepena presuda u predmetu *Radmilo Vuković*, 16. april 2007. godine, str. 16.

16 Okružno tužiteljstvo u Doboju, nedavno je podiglo tri optužnice u skladu s Krivičnim zakonom BiH. Međutim, Okružni sud u Doboju odbio je potvrditi optužnice i predmete je uputio Sudu BiH, na osnovu toga što je, prema Zakonu o Sudu BiH (član 13), jedino Sud BiH nadležan da presuđuje u predmetima zločina propisanih u Krivičnom zakonu BiH.

tumačenjem „instituta blažeg zakona”, koji predviđa da, ukoliko je zakon izmijenjen ili dopunjen poslije učinjenja krivičnog djela, onda treba primijeniti onaj zakon koji je blaži za počinitelja.<sup>17</sup>

Propust sudova u entitetima da poštuju odluku Ustavnog suda možda je posljedica činjenice da predmetna apelacija pred Ustavnim sudom nije bila direktno u vezi s predmetima ratnih zločina pred sudovima u entitetima. Kako je sam Sud pojasnio, predmet razmatranja bila je primjena prava iz Evropske konvencije u predmetu protiv Maktoufa pred Sudom Bosne i Hercegovine, a ne „zakonska rješenja na nivou entiteta i praksa u primjeni na entitetskom nivou”<sup>18</sup>. Različita praksa u postupanju pred sudovima u entitetima, kako obrazlaže Ustavni sud, jeste vjerovatno „posljedica nepostojanja suda na nivou Bosne i Hercegovine koji bi mogao vršiti usklađivanje sudske prakse svih sudova u Bosni i Hercegovini”<sup>19</sup>. Jedna takva institucija bi, vjerovatno, poslužila kao najefikasniji i najracionalniji način da se uskladi primjena zakona u procesuiranju predmeta ratnih zločina.<sup>20</sup> Pretpostavka je da bi institucija, isto tako, donosila konačnu odluku u pogledu tumačenja i primjene materijalnog i procesnog krivičnog prava pred svim sudovima u Bosni i Hercegovini u predmetima ratnih zločina.

Bez jednog takvog suda, razlike u tumačenju zakona koji se primjenjuju na predmete ratnih zločina mogu i dalje ugrožavati princip pravne sigurnosti<sup>21</sup> i jednakosti pred zakonom. Naprimjer, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Republike Srpske, zauzeli su različita stanovišta po pitanju da li je neophodno ustanoviti karakter oružanog sukoba kako bi se utvrdila povreda međunarodnog humanitarnog prava. Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine zauzeo je stanovište kako to nije neophodno da bi osoba bila smatrana odgovornom za ratne zločine prema domaćem

17 Ove krivične odredbe sadržane su u članovima 4 i 4a Krivičnog zakona BiH.

18 Ustavni sud BiH, *Abduladhim Maktouf*, navod, stav 87.

19 *Ibid.*, stav 90.

20 Ustavni sud BiH ne može preuzeti ovu ulogu iz sljedećih razloga: njegova nadležnost iz člana IV(3)b Ustava BiH, kao apelacione instance po presudama svakog suda u Bosni i Hercegovini, ograničena je na sporove po Ustavu; njegova nadležnost iz člana IV(3)c Ustava BiH ograničena je na sporove o pitanjima usaglašenosti zakona koje primjenjuju sudovi prilikom donošenja odluka s Ustavom, Evropskom konvencijom i drugim zakonima BiH, ili na sporove o pitanjima postojanja ili obima nekog općeg pravila javnog međunarodnog prava. Nijedna od ovih nadležnosti ne pokriva pitanja usko vezana za zakonitost tumačenja i primjene krivičnog i krivičnoprocesnog prava.

21 Prema definiciji Evropskog suda za ljudska prava, princip pravne sigurnosti znači da se „odredba (se) ne može smatrati ‚zakonom’ ukoliko nije dovoljno precizno formulirana kako bi osobi omogućila da uskladi svoje ponašanje: osoba mora biti u stanju predvidjeti, u razumnoj mjeri pod datim okolnostima, posljedice koje može izazvati određeni postupak”. (*Busuioc v. Moldova*, presuda, 21. decembar 2004. godine, stav 52).

zakonu<sup>22</sup> pri primjeni Ženevskih konvencija iz 1949. godine; dok je Vrhovni sud Republike Srpske, zalažući se za striktno tumačenje Ženevskih konvencija, smatrao da se mora ustanoviti međunarodni karakter oružanog sukoba pri navođenju takvih teških kršenja.<sup>23</sup> Definiranje karaktera oružanog sukoba, nasuprot ovom, ima sporedan značaj prilikom utvrđivanja krivične odgovornosti optuženih pred Sudom Bosne i Hercegovine. Ovo je upravo zbog toga što se većina osoba tereti za zločine protiv čovječnosti.

Vrhovni sud Republike Srpske i Sud Bosne i Hercegovine također su zauzeli različite stavove po pitanju da li bi „naređenja pretpostavljenog” trebalo smatrati osnovom za oslobađanje od krivične odgovornosti. Sud Bosne i Hercegovine do sada nije prihvatio takvu odbranu, jer je ona izričito isključena Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine.<sup>24</sup> Vrhovni sud Republike Srpske se, u barem dvije posljednje oslobađajuće presude, pozvao na pojam „naređenja pretpostavljenog” kao osnov za isključenje krivične odgovornosti za ratne zločine.<sup>25</sup>

Pored toga, očigledno je da sudovi različito tumače i pozitivne odredbe krivičnog postupka. Ovo je značajna pojava zbog toga što su, za razliku od materijalnog krivičnog prava, zakoni o krivičnom postupku u osnovi isti u svim predmetima ratnih zločina. Naprimjer, svi zakoni o krivičnom postupku, koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, sadrže princip da sud može, po službenoj dužnosti, prekvalificirati krivično djelo tako što će utvrditi da li radnja optuženog predstavlja krivično djelo različito od onog za koje ga tereti tužilac. Međutim, neki sudovi taj princip različito primjenjuju, što ponekad dovodi do suprotnog ishoda u sličnim okolnostima. Naprimjer, dok je Kantonalni sud u Mostaru<sup>26</sup> iskoristio svoje ovlasti da po službenoj dužnosti optuženog osudi za nečovječno postupanje prema civilima, a tužilac je radnju okvalificirao kao

22 Vidi: Vrhovni sud FBiH, presuda u predmetu *Fikret Smajlović*, od 16. marta 2006. godine. Vidi isto tako presudu istog Suda u predmetu *Dragan Stanković*, od 20. marta 2002. godine, u kojoj je Vrhovni sud FBiH odbio navode iz žalbe da je prvostepeni sud propustio utvrditi da li je sukob bio međunarodnog ili nemeđunarodnog karaktera, navodeći da se u to vrijeme na teritoriju Bosne i Hercegovine vodio međunarodni oružani sukob, izazvan agresijom Srbije i Crne Gore. Štaviše, Vrhovni sud FBiH naveo je kako je ovo notorna činjenica koju Sud nije bio u obavezi da ustanovi.

23 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske, presuda u predmetu *Dragoje Radanović*, od 22. marta 2007. godine. O analizi ove presude vidi dodatak ovom izvještaju.

24 Vidi: Krivični zakon BiH, član 180.3, koji glasi: „Činjenica da je neka osoba postupala po naređenju vlade ili neke njoj nadređene osobe ne oslobađa je od krivične odgovornosti, ali može utjecati na ublažavanje kazne kada Sud smatra da to interesu pravičnosti zahtijevaju.”

25 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske u predmetu *Ranko Jakovljević i drugi i Dragoje Radanović*, gdje je Sud ustanovio da optuženi, kao običan vojnik, čija je dužnost bila da izvršava naređenja svojih pretpostavljenih, nije mogao biti svjestan nezakovitosti svojih postupaka, te da se od njega nije moglo očekivati da procjenjuje protivpravnost zatvaranja medicinskog osoblja. Njegov propust da poduzme korake kako bi omogućio oslobađanje osoblja može se opravdati, našao je Sud, zato što optuženi nije imao naredbodavni kapacitet da mijenja naređenja svojih pretpostavljenih. U jednoj drugoj odluci, Sud je slično presudio, našavši da optuženog ne bi trebalo smatrati odgovornim za naređenje koje je izdao njegov pretpostavljeni, a koje on nije mogao izmijeniti. O analizi presude u predmetu *Radanović* vidi dodatak ovom izvještaju.

26 Vidi: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Niko Obradović*, od 29. maja 2006. godine.

mučenje, mada tužilac, prema mišljenju Suda, nije uspio dokazati elemente mučenja, Kantonalni sud u Zenici je neke od optuženih u jednom predmetu ratnih zločina oslobodio zato što tužilac nije uspio dokazati da se njihovo postupanje prema civilima može okvalificirati kao mučenje.<sup>27</sup> Za razliku od suda u Mostaru, sud u Zenici nije iskoristio svoje ovlasti da utvrdi da li se navedena radnja mogla okvalificirati kao neko drugo krivično djelo (naprimjer, kao nečovječno postupanje). Mada su različita tumačenja zakona u okviru nekog pravosudnog sistema do određene granice prirodna i legitimna, raznolikost prakse ilustrirana ovim primjerima ugrožava princip jednakosti pred zakonom. Pravosudna institucija na državnom nivou imala bi autoritet da ispravi ovakve nedosljednosti. Njeno osnivanje također bi dovelo do racionalnije strukture pravosuđa koja, u većoj mjeri, liči na mnoge savezne evropske države.

---

27 Vidi: Kantonalni sud u Zenici, presuda od 5. juna 2007. godine u predmetu *Sabahudin Operta i drugi*. U toku je postupak po žalbi na ovu presudu.

## Zaključak

Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, preporučuje:

- Tužilaštva i sudovi u entitetima i Distriktu Brčko trebala bi ubuduće, u predmetima ratnih zločina, primjenjivati Krivični zakon Bosne i Hercegovine na što upućuje i Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj odluci u predmetu Maktouf.
- Sudovima i tužilaštvima u entitetima koji procesuiraju ratne zločine treba osigurati sveobuhvatnu edukaciju iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava i sudske prakse Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, Suda BiH i drugih država. Centri za edukaciju sudija i tužilaca Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske bi, zbog toga, trebali revidirati i unaprijediti svoj tekući program edukacije iz oblasti humanitarnog prava.
- Kako bi se promoviralo ujednačavanje sudske prakse u čitavoj državi, Bosna i Hercegovina bi trebala razmotriti mogućnost osnivanja pravosudne institucije na državnom nivou koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni zakona koji se odnose na predmete ratnih zločine od strane svih sudova u državi.

# Dodatak

## Problemi u primjeni zakona u predmetima ratnih zločina

### Analiza predmeta *Radanović*

#### Uvod

Vrhovni sud Republike Srpske (u daljnjem tekstu: Vrhovni sud) donio je, 22. marta 2007. godine, pravosnažnu presudu u predmetu protiv Dragoja Radanovića, kojom ga oslobađa od optužbe za ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Konkretno, Sud je smatrao da se učešće optuženog u nezakonitom zatvaranju četiri zdravstvena radnika u Domu zdravlja Foča 11. aprila 1992. godine i prisiljavanju jednog od ljekara da pozove uglednije Bošnjake u Foči na predaju oružja ne može smatrati ratnim zločinom iz člana 142(1) Krivičnog zakona Republike Srpske (preuzeti Krivični zakon SFRJ)<sup>28</sup>. Ova presuda djelimično je rezultat očiglednih propusta u tumačenju zakona koji se primjenjuje na predmete ratnih zločina, kao i u tumačenju međunarodnog humanitarnog prava, kako od strane tužioca, tako i od strane Vrhovnog suda. Predmet Radanović ilustrira probleme prouzrokovane neusaglašenošću domaćih zakona i neujednačene sudske prakse u predmetima ratnih zločina.

#### Historijat predmeta

Okružni sud u Trebinju je, 9. decembra 2005. godine, proglasio Dragoja Radanovića krivim za učešće u protivzakonitom zatvaranju civila, čime je počinio krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 142(1) Krivičnog zakona SFRJ. Smatrajući da navedena radnja izvršenja krivičnog djela predstavlja ratni zločin protiv civilnog stanovništva, Sud ga je osudio na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Okružni sud utvrdio je da je optuženi, kao pripadnik paravojnih srpskih snaga, zajedno s drugim osobama, zauzeo Dom zdravlja u Foči, nezakonito zatvorio medicinsko osoblje pod prijetnjom sile, te naredio ljekaru civilu da iz bolnice po-

zove „uglednije Bošnjake“<sup>29</sup> na predaju. Optuženi je čuvao ljekara, uperivši u njega pušku, a ostalom medicinskom osoblju nije dozvolio da napusti bolnicu, nakon čega su prebačeni u logor Livade. Okružni sud je, kao otežavajuću okolnost, uzeo u obzir činjenicu da je, kao posljedica radnji optuženog, jedan od ljekara proveo duži period u logoru Livade, mada je na kraju oslobođen, dok je drugi ljekar nestao, te se i dalje smatra nestalim.

Dana 20. aprila 2006. godine Vrhovni sud je uvažio žalbu odbrane i ukinuo presudu, uz obrazloženje da presudom nije objašnjeno zašto se radnje optuženog smatraju ratnim zločinom. Shodno tome, određeno je održavanje pretresa pred Vrhovnim sudom.<sup>30</sup> Vrhovni sud je, 22. marta 2007. godine, donio pravosnažnu presudu, oslobodivši optuženog od optužbe za ratne zločine. Vrhovni sud nije osporio činjenice koje je utvrdio prvostepeni sud; međutim, utvrdio je da se te činjenice ne mogu podvesti pod ratni zločin protiv civilnog stanovništva, te da radnje optuženog ne predstavljaju kršenje člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama iz 1949. godine, te članova 20, 31 i 147 Četvrte ženevske konvencije.

## Osnove po kojima je Vrhovni sud oslobodio optuženog

### ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANA 3<sup>31</sup> ZAJEDNIČKOG ŽENEVSKIM KONVENCIJAMA IZ 1949. GODINE

Tužilac se pozvao na odredbe iz člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama iz 1949. godine, tvrdeći da je optuženi kriv za protivzakonito zatvaranje civila, što predstavlja ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142(1) Krivičnog zakona SFRJ. Zajed-

29 Iz presude Okružnog suda u Trebinju koji glasi: “naredili doktoru ... uperujući puške u njega da se popne na prozor dječijeg dispanzera i glasno doziva na predaju uglednije Bošnjake čije su se kuće nalazile u neposrednoj blizini...”

30 Vrhovni sud je svoju odluku zasnovao na članu 303(1)j Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, prema kojem „ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda uopšte ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučujućim činjenicama”, došlo je do bitne povrede krivičnog postupka.

31 Zajednički član 3 glasi: U slučaju oružanog sukoba koji nema karakter međunarodnog sukoba i koji izbije na teritoriju jedne od visokih strana ugovornica, svaka od strana u sukobu bit će dužna primjenjivati bar sljedeće odredbe: (1) Prema osobama koje ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumijevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe onesposobljene za borbu usljed bolesti, rana, lišenja slobode, ili iz bilo kojeg drugog razloga, postupat će se, u svakoj prilici, čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili uvjerenju, spolu, rođenju ili imovnom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju. U tom cilju, zabranjeni su i zabranjuju se, u svakom doba i na svakom mjestu, prema osobama navedenim u gornjem dijelu teksta sljedeći postupci: (a) nasilje koje se nanosi životu i tjelesnom integritetu, naročito sve vrste ubistava, osakaćenja, svireposti i mučenja; (b) uzimanje talaca; (c) povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci; (d) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnog suđenja od strane redovno ustanovljenog suda i bez svih sudskih garancija koje civilizirani narodi priznaju za prijeko potrebne.

nički član 3 propisuje skup ključnih odredaba koje se primjenjuju na oružane sukobe nemeđunarodnoga karaktera, koje imaju za cilj zaštititi osobu koja neposredno ne učestvuje u neprijateljstvima. Prvostepeni sud smatrao je da je došlo do kršenja zajedničkog člana 3, ali je Vrhovni sud odstupio od ovog stanovišta. Sud je ispravno primijetio da nezakonito zatvaranje civila nije predviđeno kao zabranjena radnja iz zajedničkog člana 3, te da, samim tim, ono ne može predstavljati ratni zločin iz člana 3.

Tužilac u predmetu Radanović je, drugim riječima, pokušao optužnicu protiv optuženog zasnovati na predmetnom kršenju – odnosno, na nezakonitom zatvaranju – koje nije sadržano u samoj odredbi člana 3. Teško je razumjeti zašto tužilac nije, umjesto toga, pokušao dokazati da je optuženi prekršio zajednički član 3 počinivši neku od radnji koje ta odredba zaista zabranjuje. Tužilac je, naprimjer, mogao tvrditi da radnje optuženog predstavljaju krivično djelo uzimanja talaca,<sup>32</sup> što je zabranjeno i po zajedničkom članu 3 i po članu 142(1) Krivičnog zakona SFRJ.

Vrhovni sud, sa svoje strane, nije izvršio temeljnu procjenu da li se radnje koje je počinio optuženi mogu podvesti pod druga djela zabranjena ovim odredbama.<sup>33</sup> Ustvare, osim kratke tvrdnje da se radnje optuženog ne mogu smatrati „ponižavajućim i uvredljivim postupanjem”, Sud nije dao nikakvo daljnje obrazloženje svog stava da nije došlo do kršenja zajedničkog člana 3. Presuda, umjesto toga, glasi da „niti jedna od radnji opisanih u predmetnoj optužnici po ocjeni ovoga suda ne predstavlja radnju koja bi označavala kršenje člana 3 Konvencije”. Konkretno, Sud je propustio razmotriti da li je spomenuto krivično djelo uzimanja talaca zaista počinjeno.

## ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANOVA 20 I 31<sup>34</sup> ČETVORTE ŽENEVSKE KONVENCIJE

Tužilac je također tvrdio da postupci optuženog predstavljaju kršenje članova 20 i 31 Četvorte ženevske konvencije. Ova dva člana garantiraju poštovanje i zaštitu medicinskog osoblja civilnih bolnica i zabranjuju vršenje fizičke ili moralne prinude nad ovako

32 Sudeći prema praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, elementi koji čine ratni zločin uzimanja talaca su sljedeći: 1) protivpravno lišavanje slobode ili zatočenje civila; 2) iznošenje uvjetovane prijetnje po fizičko i mentalno zdravlje zarobljenika, poput produženog zatočenja ili nanošenje povrede ili uzrokovanje smrti; 3) prijetnja kao mjera iznude, kojom se postiže ispunjenje uvjeta (vidi: *Tužilaštvo protiv Kordića i Čerkeza (Prosecutor v Kordić and Čerkez)*, IT-95-14/2-T, Pretresno vijeće, 26. februar 2001. godine, stav 312-313). Izgleda da ovi elementi odgovaraju utvrđenim činjenicama da je optuženi iznosio prijetnje zajedno s drugima po sigurnost civilnog medicinskog osoblja, kao i drugih osoba, kako bi naveo bošnjačke civile na predaju.

33 Zapravo, prema članu 286(2) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, koji odražava princip *iura novit curia*, „Sud nije vezan za prijedloge u pogledu pravne ocjene djela”, te je tako slobodan odlučiti da li se ponašanje optuženog može okvalificirati kao krivično djelo na koje se tužilac nije pozvao.

34 Član 20(1) glasi: „Bit će poštivano i uživati će zaštitu osoblje koje je uredno i jedino zaposleno na radu ili u upravama civilnih bolnica, podrazumijevajući tu i ono osoblje čija je dužnost da pronalazi, prikuplja, prenosi i njeguje civilne ranjene i bolesne osobe, nemoćne i porodilje.” Član 31 glasi: „Nikakva fizička, niti moralna prinuda ne može se vršiti prema zaštićenim osobama, naročito da bi se od njih, ili od trećih osoba, dobila obavještenja.”



zaštićenim osobama. U svojoj presudi, Vrhovni sud je istakao kako je jedan od neophodnih elemenata pri utvrđivanju kršenja ovih odredaba to da se dokaže da su se kršenja dogodila u kontekstu međunarodnog oružanog sukoba. Stječe se utisak da tužilac nije uložio napor da dokaže da je oružani sukob bio međunarodnog karaktera. U prilog svojim navodima, tužilac je kao dokaz priložio jednu od presuda Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju. Međutim, on je izabrao predmet *Kunarac i drugi*, presudu koja je utvrdila samo da je „dana 8. aprila 1992. u Foči izbio oružani sukob između srpskih i muslimanskih snaga”<sup>35</sup> i da je on trajao makar do februara 1993. godine; presuda nije donijela nikakav zaključak koji bi se odnosio na karakter ovog sukoba. Ipak, postoje neke druge odluke Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju koje bi ukazivale na to da je sukob u okolini Foče lako mogao biti međunarodnog karaktera.<sup>36</sup> Vrhovni je sud zaključio, s obzirom na to da nisu predloženi dokazi iz kojih proistječe da je sukob koji je izbio u Foči u aprilu 1992. godine bio međunarodnog karaktera, da nije bilo moguće utvrditi kršenje članova 20 i 31.

Vrhovni je sud, osim toga, zauzeo stanovište prema kojem, čak i da je dokazan međunarodni karakter sukoba, radnje optuženog i dalje ne bi predstavljale kršenje članova 20 i 31. Naime, imajući u vidu činjenicu da se Dom zdravlja u Foči našao na liniji razdvajanja sukobljenih strana, ulazak vojnih snaga u Dom zdravlja ne bi se mogao smatrati kršenjem humanitarnog prava uopće, ili konkretno članova 20 i 31, što je zaključak koji stoji u obrazloženju. No, takvo obrazloženje, bez daljnjeg razjašnjenja, kao da implicira da sama lokacija Doma zdravlja usred bojnog polja predstavlja dovoljan razlog da njegovu medicinsko osoblje ostane bez pravne zaštite od fizičke ili moralne prinude, kako je definirano u međunarodnom humanitarnom pravu.

Nasuprot tome, u predmetima pred Sudom Bosne i Hercegovine koji se tiču zločina počinjenih u Foči i okolini,<sup>37</sup> definiranje karaktera sukoba nije imalo nikakvu ulogu prilikom utvrđivanja krivične odgovornosti optuženih. To je zato što su svim spomenutim optuženim osobama na teret stavljeni zločini protiv čovječnosti, iz člana 172 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, koji inkriminira grube i teške povrede ljudskih prava, bez obzira na karakter oružanog sukoba. U predmetu protiv Gojka Jankovića, Sud Bosne i Hercegovine optuženog je proglasio krivim za zločin protiv čovječnosti – zatvaranje civila, počinjen 14. aprila 1992. godine – kao dio širokog i

35 Vidi: Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, predmet *Kunarac i drugi*, presuda od 12. juna 2002. godine, stav 567.

36 Vidi: Pretresno vijeće Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Tadić*, Mišljenje i presuda, 7. maj 1997. godine, stav 569: „...jasno je, na osnovu dokaza pred Pretresnim vijećem, da je od početka 1992. godine do 19. maja 1992. godine postojalo stanje međunarodnog oružanog sukoba, barem na jednom dijelu teritorija Bosne i Hercegovine”; Pretresno vijeće Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Delalić*, presuda od 16. novembra 1998. godine, stav 234: „...Pretresno vijeće uopće ne sumnja u to da je međunarodni oružani sukob, koji se vodio u Bosni i Hercegovini barem od aprila 1992. godine, nastavljen tokom cijele te godine i da mu se priroda nije suštinski mijenjala.”

37 Vidi: Sud BiH, predmet *Gojko Janković*, prvostepena presuda od 16. februara 2007. godine; Sud BiH, predmet *Radovan Stanković*, drugostepena presuda od 28. marta 2007. godine; Sud BiH, predmet *Nedo Sarmadžić*, drugostepena presuda od 13. decembra 2006. godine.

sistematičnog napada na Bošnjake civile, koji je započeo na području Foče 8. aprila 1992. godine i nadalje<sup>38</sup> – znači, u isto vrijeme i na istom mjestu na kojem je gospodin Radanović počinio predmetne radnje. Međutim, tužilac i Vrhovni sud u predmetu Radanović nisu imali alternativu da bi njegove radnje okvalificirali kao zločin protiv čovječnosti, s obzirom na to da je primijenjen preuzeti Krivični zakon SFRJ.

## ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANA 147<sup>39</sup> ČETVIRTE ŽENEVSKE KONVENCIJE

Koristeći svoje ovlasti iz člana 286(2) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Vrhovni sud je, po službenoj dužnosti, razmotrio da li se radnje optuženog mogu smatrati teškom povredom Ženevskih konvencija, a posebno člana 147 Četvrtre ženevske konvencije, koji zabranjuje – između ostalog – protivzakonito zatvaranje osoba koje Konvencija štiti. Vrhovni sud našao je da se optuženi ne može smatrati odgovornim za takvu povredu zato što je bio običan vojnik, čija je dužnost bila da izvršava naređenja svojih pretpostavljenih, te se, zbog toga, nije od njega moglo očekivati da procjenjuje protivpravnost zatvaranja medicinskog osoblja ili da se takvim naređenjima usprotivi. Sud je propustio navesti na kojoj zakonskoj odredbi zasniva svoj stav, te je tako otežao procjenu da li su takve osnove za oslobađanje primijenjene samo na ovaj predmet ili da li, ustvari, uopće postoje. Izgleda da obrazloženje Suda počiva na odbrani „naređenja pretpostavljenog” koju neke jurisdikcije priznaju, prema kojoj se potčinjeni ne može smatrati odgovornim za izvršenje ratnog zločina ako je on počinjen kao rezultat izvršenja naređenja. Naređenje ne bi smjelo biti očito nezakonito, odnosno, potčinjeni ne smije imati saznanja o tome da je naređenje nezakonito.<sup>40</sup> Međutim, preuzeti Krivični zakon SFRJ, koji je Sud primijenio u ovom predmetu, ne priznaje takvu odbranu kada je naređenje bilo upravljeno na izvršenje ratnog zločina.<sup>41</sup> Nju također izričito isključu-

38 Vidi: Sud BiH, predmet *Gojko Janković*, navod, str. 19 i 35. Apelaciono vijeće Suda BiH je, 19. novembra 2007. godine, potvrdilo presudu kojom se optuženi proglašava krivim.

39 Ova odredba glasi: „Teške povrede koje se imaju u vidu u prethodnom članu jesu povrede koje obuhvataju jedno od sljedećih djela, ako su ona izvršena protiv osoba ili dobara koje štiti Konvencija: ubistvo izvršeno s namjerom, mučenje ili nečovječno postupanje, podrazumijevajući tu medicinske eksperimente, namjerno prouzrokovanje velikih patnji ili nanošenje ozbiljnih povreda tijelu ili zdravlju, nezakonita progonstva i preseljenja, protuzakonita zatvaranja, prisiljavanje zaštićene osobe da služi u oružanim snagama neprijateljske sile, ili njeno lišavanje prava da joj se propisno i nepristrasno sudi prema odredbama ove Konvencije, uzimanje talaca, uništavanje i prisvajanje imovine, koje nije opravdano vojnim potrebama i koje se vrši u velikom obimu na nedopušten i samovoljan način.”

40 Ovakvu odbranu priznaju, naprimjer, relevantni zakoni u Holandiji, Njemačkoj, Švicarskoj, SAD-u, Izraelu i Italiji.

41 Član 239 Krivičnog zakona SFRJ predviđa u tom pogledu da se „neće (se) kazniti potčinjeni ako učini krivično djelo po naređenju pretpostavljenog, a to se naređenje tiče službene dužnosti, osim ako je naređenje bilo upravljeno na izvršenje ratnog zločina ili kakvog drugog teškog krivičnog djela, ili ako je znao da izvršenja naređenja predstavlja krivično djelo”.

ju relevantni međunarodni instrumenti,<sup>42</sup> kao i Krivični zakon Bosne i Hercegovine.<sup>43</sup> U odnosu na ovakve činjenice, ostaje nejasan pravni osnov prema kojem je Vrhovni sud prihvatio odbranu koja se poziva na postupanje po naređenju pretpostavljenog.

Štaviše, čak i kada bi takva odbrana bila predviđena Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine, Sud nije adekvatno obrazložio zašto je ona prihvaćena u ovom konkretnom predmetu, niti je objasnio zašto je došao do zaključka da se od optuženog nije moglo očekivati da procijeni protivpravnost zatvaranja. Sud jeste naveo jednu odluku Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u prilog obrazloženju svoga stava.<sup>44</sup> Međutim, navedeni odlomak ne odnosi se na odbranu pozivanjem na postupanje po naređenju pretpostavljenog, koju Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju isključuje, već prije na vrstu ponašanja i stepen krivične odgovornosti, neophodan da bi neka osoba bila smatrana krivom za protivzakonito zatvaranje. U istom odlomku na koji se Vrhovni sud pozvao, jasno se navodi da je takvu odgovornost „primjerenije pripisati onima koji su za zatočenje odgovorni na direktniji i potpuniji način, kao što su oni koji optuženog stvarno smjeste u pritvor.”<sup>45</sup>

Na osnovu činjenica utvrđenih u predmetu Radanović, izgleda nesumnjivo da je optuženi lično učestvovao u zatvaranju medicinskog osoblja. Odredbe humanitarnog prava koje se odnose na poštivanje i zaštitu medicinskog osoblja i bolnica tako su općepriznate od mnogo država da su stekle status međunarodnog običajnog prava.<sup>46</sup> Zbog toga je, čini se, teško prihvatiti kao validno pravno obrazloženje stav da bi optuženog trebalo osloboditi na osnovu toga što nije mogao imati saznanja o protivpravnosti zatvaranja medicinskog osoblja Doma zdravlja u Foči, za koje se – kako je tokom samog postupka utvrđeno – nije smatralo da predstavlja ikakvu prijetnju sigurnosti.

42 Vidi: član 6 Sporazuma o osnivanju Međunarodnog vojnog suda u Nirnbegu; član 6 Tokijske povelje o Međunarodnom vojnom sudu za Daleki istok; član 7(4) Statuta Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju; i član 6(4) Statuta Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu. Izuzetak predstavlja član 33 Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, koji dopušta odbranu pozivanjem na postupanje po naređenju pretpostavljenih u predmetima ratnih zločina.

43 Prema članu 180(3) Krivičnog zakona BiH, postupanje po naređenju pretpostavljenih ne isključuje krivičnu odgovornost, ali se može uzeti kao olakšavajuća okolnost.

44 Vrhovni sud Republike Srpske je u presudi naveo sljedeći odlomak iz stava 342 presude Žalbenog vijeća Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Delalić i drugi* („Čelebići”), od 20. februara 2001. godine: „Prema mišljenju Žalbenog vijeća, sama činjenica da neko ima neku ulogu u nekom svojstvu, koliko god neznatnu, u radu zatvora u kojem su protupravno zatočeni civili, nije dovoljna osnova za nalaz o primarnoj krivičnoj odgovornosti takve prirode kakvu podrazumijeva nalaz da je neko počinio zločin. Takvu odgovornost je primjerenije pripisati onima koji su za zatočenje odgovorni na direktniji i potpuniji način, naprimjer, onima koji optuženog stvarno smjeste u pritvor, bez razumnog osnova da on predstavlja sigurnosni rizik... Žalbeno vijeće, međutim, ne prihvata da je propust stražara da poduzme mjere za koje nije ovlašten da bi oslobodio zatvorenike dovoljan da bi se smatrao izvršenjem zločina protupravnog zatočenja.”

45 Žalbeno vijeće Međunarodnoga krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Delalić i drugi*, navod, stav 342.

46 Ovakav zaključak donio je Međunarodni komitet Crvenog križa u svojoj nedavnoj studiji o međunarodnom običajnom humanitarnom pravu. Vidi: ICRC, HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, ICRC and Cambridge Press, 2005, str. 79, pravilo 25: „Medicinsko osoblje koje je isključivo angažirano na ljekarskim dužnostima mora se poštivati i zaštititi u svim okolnostima.”



**o s c e**

Mission to Bosnia and Herzegovina

**Na putu ka  
usklađenoj  
provedbi  
važićega  
zakona**

u predmetima ratnih  
zločina pred sudovima  
u Bosni i Hercegovini

**Hrvatski jezik**

August 2008. godine



## Uvod

U suđenjima u predmetima ratnih zločina u Bosni i Hercegovini uglavnom se primjenjuju dva različita kaznena zakona: Kazneni zakon Bosne i Hercegovine koji je stupio na snagu u ožujku 2003. godine i preuzeti Kazneni zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) koji je bio na snazi u vrijeme oružanoga sukoba. Prvi zakon primjenjuje se u postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, dok se drugi primjenjuje pred sudovima u Republici Srpskoj i Distriktu Brčko, kao i u većini predmeta pred sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine. U ograničenom broju predmeta, sudovi u Federaciji BiH su, također, primijenili i Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine iz 1998. godine. Ova tri kaznena zakona znatno se razlikuju. Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, na primjer, pruža potpuniju definiciju ratnih zločina od drugih dvaju zakona. Samo Kazneni zakon Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o zločinima protiv čovječnosti i jedino on definira zapovjednu odgovornost i isključuje „naređenje pretpostavljenoga“ kao obranu. Ovi se kazneni zakoni, također, razlikuju i prema visini propisane kazne.

U odluci u predmetu *Maktouf* iz ožujka 2007. godine,<sup>1</sup> Ustavni sud Bosne i Hercegovine ustanovio je da primjena različitih kaznenih zakona na državnoj i entitetskoj razini ozbiljno narušava vladavinu prava i načelo jednakosti pred zakonom. Ustavni sud smatra da sudovi u entitetima, kada sude za kaznena djela ratnih zločina,

---

1 *Abduladhima Maktoufa* je, 4. travnja 2006. godine, Žalbeni odjel Suda Bosne i Hercegovine osudio na kaznu zatvora u trajanju od pet godina za počinjeni ratni zločin protiv civilnoga stanovništva iz članka 173. Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine. U svojoj apelaciji Ustavnome sudu Bosne i Hercegovine, Maktouf je tvrdio da retroaktivna primjena Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine u predmetnom kaznenom postupku predstavlja povredu članka 7 Europske konvencije o ljudskim pravima, tvrdeći da je, umjesto toga, trebalo primijeniti Kazneni zakon SFRJ. Ustavni sud je, 30. ožujka 2007. godine, odbio apelaciju, smatrajući da je primjena Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine, kako bi bila kažnjena djela koja su izvršena tijekom oružanoga sukoba, dozvoljena po članku 7 stavkom 2 zbog toga što su ova djela, u vrijeme izvršenja predstavljala kaznena djela prema „općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.“

trebaju primjenjivati Kazneni zakon Bosne i Hercegovine. Visoki predstavnik<sup>2</sup> i Parlamentarna skupština Vijeća Europe<sup>3</sup> su, također, izrazili zabrinutost zbog neusklađene primjene važećih zakona u predmetima ratnih zločina. Usprkos tomu, Sud Bosne i Hercegovine i sudovi u entitetima nastavljaju s primjenom različitih zakona.

U ovome izvješću zastupa se gledište da bi primjena Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine u svakom postupku u predmetima ratnih zločina dovela do dosljednijega i djelotvornijega pravosudnog sustava. Također se vidi odgovarajuće mjesto u tome sustavu za novu pravosudnu instituciju na državnoj razini koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni relevantnoga zakona pred svim sudovima u državi. Takva institucija bi, isto tako, pomogla da se osigura dosljednost u tumačenju zakona i zajamči jednakost svih osoba pred zakonom.

## Ka učinkovitijem i pravičnom procesuiranju predmeta ratnih zločina

Primjena Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine u svakom postupku u predmetima ratnih zločina u državi doprinijela bi, vjerojatno, učinkovitosti pravosudnoga sustava. Primjena ovog zakona bi, isto tako, vodila ka ujednačavanju kaznene politike u cijeloj državi. U usporedbi s drugim kaznenim zakonima u primjeni, Kazneni zakon Bosne i Hercegovine najadekvatnije definira ozbiljna kršenja međunarodnoga humanitarnog prava i ljudskih prava koja su se dogodila tijekom nedavnog oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini, te kaznenu odgovornost pojedinaca koji su počinili ta kršenja. Kazneni zakon predstavlja napredak u procesuiranju takvih zločina, prihvaća moderna dostignuća međunarodnoga kaznenog prava usvojena u Statutu i praksi Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, kao i u Statutu Međunarodnoga

---

2 Vidi: BIRN, Justice Report Interview, *Miroslav Lajčak: Bosnia Needs Justice (Bosni je potrebna pravda)*, 6. kolovoza 2007. godine, postavljen na internet stranici: <http://www.bim.ba/en/75/10/3795/>.

3 Vidi: Parlamentarna skupština Vijeća Europe, *Rezolucija 1564 (2007.)*, *Vodenje kaznenoga postupka za djela iz nadležnosti Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju* (Prosecution of offences falling within the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)) u kojoj se, u stavku 21.2.1, vlasti Bosne i Hercegovine pozivaju da „osiguraju ujednačavanje sudske prakse, razmotre osnivanje državnoga vrhovnog suda ili daju nadležnosti vrhovnoga suda postojećem sudu kako bi, na taj način, omogućile pravnu sigurnost.”



kaznenog suda. Kazneni zakon BiH sadrži odredbe o *zločinima protiv čovječnosti*, kao pojam običajnog prava, i pruža detaljnu definiciju *zapovjedne odgovornosti*.<sup>4</sup>

Kazneno gonjenje zločina protiv čovječnosti važno je zbog toga što u obzir uzima širi kontekst u kojemu su takvi zločini počinjeni i politiku koja ih je potakla. Prema službenom komentaru na Nacrt kodeksa Ujedinjenih naroda o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva, „težina zločina proizlazi iz okolnosti pod kojima je počinjen i osjećanja koja su vodila počinitelja.”<sup>5</sup> Zločini protiv čovječnosti nisu nikada izolirana ili nasumična djela nasilja, kao što to može biti slučaj s ratnim zločinima, jer se po definiciji moraju počinuti kao dio širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnoga stanovništva. Prema praksi Međunarodnoga suda za bivšu Jugoslaviju, pojam „širokog“ dalje se može definirati kao združena akcija velikih razmjera i znatne ozbiljnosti usmjerena protiv mnoštva žrtava. Pojam „sustavnog“ može se definirati kao „temeljito organiziran“ i koji se odvija prema utvrđenom obrascu, zasnovanom na zajedničkoj politici koja uključuje znatne javne ili privatne resurse.

Zločini protiv čovječnosti, također, zabranjuju gruba i teška kršenja ljudskih prava, bez obzira na to je li oružani sukob, po svome karakteru, nemeđunarodni ili međunarodni. Ovo se suštinski razlikuje od jurisprudencije o ratnim zločinima, koja obično pruža veći stupanj zaštite civilima u oružanome sukobu međunarodnog karaktera, nego nemeđunarodnog. Međutim, praksa Međunarodnoga suda za bivšu Jugoslaviju ukazuje na to da tužiteljima nije uvijek lako utvrditi karakter sukoba koji su se vodili u Bosni i Hercegovini. Ova nesigurnost izazvala je probleme i u suđenjima u predmetima ratnih zločina pred sudovima u entitetima.<sup>6</sup> Zaštita ljudskoga života i dostojanstva tijekom oružanoga sukoba ne bi se trebala razlikovati u odnosu na karakter sukoba; pojam zločina protiv čovječnosti uspješno prevladava takve probleme. Kako je već rečeno, samo Kazneni zakon Bosne i Hercegovine sadrži odredbe o kaznenim djelima zločina protiv čovječnosti. Prema tome, jedino on pruža učinkovitu zakonsku osnovu za suđenja u predmetima zločina protiv čovječnosti pred sudovima u entitetima. Primjena drugih kaznenih zakona, umjesto Kaznenoga

4 Vidi: Kazneni zakon BiH, članci 172 i 180. Kazneno gonjenje zločina protiv čovječnosti čvrsto je utemeljeno na običajnom pravu barem od Nirnberškog procesa. Glavna skupština UN-a je, 1946. godine, usvojila Načela ustanovljena Poveljom Nirnberškog suda (*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, iz 1946. godine), uključujući kriminalizaciju zločina protiv čovječnosti. Osim toga, u „Načelima o suradnji“ (*Principles of Cooperation*) koje je Glavna skupština UN-a usvojila 1973. godine, propisuje se da će „zločini protiv čovječnosti, bez obzira na to gdje su počinjeni, biti podložni istrazi, a za osobama za koje bude postojao dokaz da su počinile takve zločine će se tragati, one će biti uhićene, te podvrgnute suđenju i, ako se dokaže njihova krivnja, bit će kažnjene.“ (*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 Međunarodno pravno povjerenstvo, Nacrt kodeksa o zločinima protiv mira i sigurnosti čovječanstva, komentar (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Commentary).

6 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske, presuda u predmetu *Dragoje Radanović*, od 22. ožujka 2007. godine. O analizi ove presude vidi dodatak izvješću.

zakona Bosne i Hercegovine, spriječila bi sudove da neko djelo kvalificiraju kao zločin protiv čovječnosti.

Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, također, sadrži detaljnu definiciju zapovjedne odgovornosti. Međunarodni sud za bivšu Jugoslaviju zauzeo je gledište da je zapovjedna odgovornost bila općeprihvaćeno pravilo običajnog prava u vrijeme kada je započeo oružani sukob u bivšoj Jugoslaviji.<sup>7</sup> Međutim, u presudi koju je nedavno izrekao jedan kantonalni sud, optuženi je oslobođen od optužbe da je, kao upravnik zatvora, propustio spriječiti stražare da fizički zlostavljaju ratne zarobljenike, te pokrenuti disciplinski ili kazneni postupak protiv njih. Kao temelj za oslobađanje od optužbe, sud je naveo u obrazloženju da takva radnja nije kazneno djelo iz članka 144 Kaznenog zakona SFRJ.<sup>8</sup> Da je u postupku prema optuženome primijenjen Kazneni zakon BiH, navedene radnje ne bi bile upitne, jer ovaj zakon jasno definira zapovjednu odgovornost kao kaznenu odgovornost pretpostavljenih za propuštanje da spriječe ili kazne kaznena djela podređenih osoba.

Primjena različitih kaznenih zakona dovodi i do izrazitih razlika u visini kazna koje za ratne zločine izriču sudovi u entitetima u odnosu na Sud Bosne i Hercegovine. Ovo proizilazi iz velikih razlika glede visine kazne koju propisuju ti zakoni.<sup>9</sup> Na primjer, jedan od sudova u entitetima je optuženome, koji je oglašen krivim zato što je surovo postupao prema zatvorenicima, izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i osam mjeseci, premda je Sud Bosne i Hercegovine drugoj optuženoj osobi, koja je oglašena krivom zbog sličnog djela, izrekao kaznu zatvora u trajanju od deset i pol godina.<sup>10</sup> U prosjeku, kazne zatvora koje izriče Sud Bosne i Hercegovine u predmetima ratnih zločina gotovo su dvostruko duže nego one koje izriču sudovi

7 Žalbeno vijeće Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, *Hadžihasanović i drugi*; Odluka o interlokatornoj žalbi kojom se osporava nadležnost s obzirom na zapovjednu odgovornost, 16. srpnja 2003. godine, stavak 32 do 36.

8 Vidi: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Čupina i drugi* od 24. siječnja 2007. godine.

9 Prema Kaznenom zakonu SFRJ, za ratne zločine mogla je biti izrečena kazna zatvora u trajanju od najviše 15 godina ili smrtna kazna, s alternativno propisanom kaznom zatvora od 20 godina. Stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine u prosincu 1995. godine nije više mogla biti izrečena smrtna kazna jer bi to predstavljalo povredu Protokola br. 6 Europske konvencije o ljudskim pravima; stoga je maksimalna kazna zatvora, koja se može izreći prema ovom zakonu, 20 godina. Kaznenim zakonom FBiH iz 1998. godine formalno je ukinuta smrtna kazna, a umjesto nje uvedena kazna zatvora u trajanju od 40 godina. S druge strane, Kazneni zakon BiH propisuje maksimalnu kaznu zatvora u trajanju od 45 godina za ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid.

10 Vidi: Kantonalni sud Novi Travnik, presuda u predmetu *Mato Đerek* od 21. lipnja 2005. godine, u kojoj je optuženi bio osuđen na kaznu zatvora od jedne godine i osam mjeseci za surovo postupanje prema šestorici zatvorenika (surovo premlaćivanje, udaranje, zlostavljanje, ponižavanje i zastrašivanje). Vrhovni sud FBiH presudu je potvrdio 3. kolovoza 2006. godine. S druge strane, Sud BiH je u predmetu *Goran i Zoran Damjanović*, u lipnju 2007. godine, donio presudu kojom, za slično kazneno djelo, jednog od optuženih u prvostupajskom postupku osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od deset godina i šest mjeseci.

u entitetima.<sup>11</sup> Takva razlika u visini kazna ne samo da utječe na dojam o pravičnosti pravosudnoga sustava u cjelini, već, također, ostavlja prostora za spekulacije o tome da li se u pozadini takve nesrazmjere nalazi pristrasnost iz političkih ili nacionalnih pobuda. Štoviše, prosječna kazna zatvora koju izriču sudovi i u Republici Srpskoj i Federaciji BiH za ubojstvo civila kao ratni zločin, iznosi oko sedam godina; u nekim predmetima izrečene su i kazne zatvora u trajanju od samo četiri ili pet godina.<sup>12</sup> Takva kazna zatvora može se porediti s kaznama koje domaći sudovi izriču za kaznena djela protiv imovine, kao što su razbojništvo ili teška krađa. Ovo tada ostavlja dojam da su zločini počinjeni tijekom oružanoga sukoba manje ozbiljni od onih počinjenih u doba mira. To, također, podriva vrijednost kazne kao sredstva odvraćanja mogućih budućih počinitelja od izvršenja sličnih kaznenih djela. Zbog toga je važno da se u predmetima ratnih zločina ne sudi manje strogo nego u takozvanim običnim kaznenim djelima.

## Usklađivanje tumačenja zakona pomoću institucije na državnoj razini

U svojoj odluci u predmetu *Maktouf*,<sup>13</sup> Ustavni sud Bosne i Hercegovine smatra da retroaktivna primjena Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine u predmetima ratnih zločina ne predstavlja povredu članka 7(1) Europske konvencije o ljudskim pravima.<sup>14</sup> Čini se da je ovo gledište u skladu s najnovijom praksom Europskoga suda za ljudska prava.<sup>15</sup> Premda je Ustavni sud, također, tražio da sudovi u entitetima u postupku

11 Prema informacijama kojima raspolaže Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, od stupanja na snagu Kaznenog zakona BiH, Sud Bosne i Hercegovine je dvanaest osoba oglasio krivima za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti i izrekao kazne zatvora u prosječnom trajanju od 17 godina. U istom periodu, sudovi u dva entiteta i Distriktu Brčko oglasili su 47 osoba krivima za ratne zločine i izrekli prosječnu kaznu zatvora u trajanju od devet godina.

12 Vidi, na primjer: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Omanović* od 20. siječnja 2006. godine (koju je potom potvrdio Vrhovni sud FBiH) kojom je optuženi osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četrnaest godina zbog ubojstva troje civila; također i: Kantonalni sud u Novom Travniku, presuda u predmetu *Pravdić* od 12. lipnja 2006. godine kojom je optuženi osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četiri godine za ubojstvo jednog civila. Kaznu je Vrhovni sud FBiH naknadno povećao na kaznu zatvora u trajanju od šest godina.

13 Vidi fusnotu 1.

14 *Ibid*, stavak 79.

15 Vidi: Europski sud za ljudska prava, predmet *Karmo protiv Bugarske (Karmo v. Bulgaria)*, Odluka o dopustivosti, 9. veljače 2006. godine. Prema ovoj odluci, Europski sud smatra da retroaktivno izricanje doživotne kazne zatvora nakon ukidanja smrtno kazne nije povreda članka 7(1) Europske konvencije jer „izmjena vrste kazne predviđene Kaznenim zakonom za najteže djelo za koje je ustanovljeno da je aplikant kriv ide u korist aplikanta, kome je određena blaža kazna od one koja je predviđena za dano kazneno djelo u vrijeme kada je počinjeno.” Sud Bosne i Hercegovine se na ovaj predmet pozvao u više svojih odluka kako bi argumentirao da je retroaktivna primjena Kaznenog zakona BiH u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima. Vidi, na primjer: prvostupanjska presuda u predmetu *Radmilo Vuković*, 16. travnja 2007. godine, str.16.

primjenjuju Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, ovi sudovi, u predmetima ratnih zločina, nastavljaju primjenjivati stare zakone – kako Kazneni zakon SFRJ, tako i Kazneni zakon Federacije BiH iz 1998. godine.<sup>16</sup> Različiti pristup koji je usvojio Sud Bosne i Hercegovine, odnosno sudovi u entitetima, izgleda da je motiviran različitim tumačenjem „instituta blažeg zakona“ koji predviđa da, ukoliko je zakon izmijenjen ili dopunjen poslije činjenja kaznenoga djela, onda treba primijeniti onaj zakon koji je blaži za počinitelja.<sup>17</sup>

Propust sudova u entitetima da poštuju odluku Ustavnoga suda možda je posljedica činjenice da predmetna apelacija pred Ustavnim sudom nije bila izravno u svezi s predmetima ratnih zločina pred sudovima u entitetima. Kako je sam Sud pojasnio, predmet razmatranja bila je primjena prava iz Europske konvencije u predmetu protiv Maktoufa pred Sudom Bosne i Hercegovine, a ne „zakonska rješenja na razini entiteta i praksa u primjeni na entitetskoj razini.“<sup>18</sup> Različita praksa u postupanju pred sudovima u entitetima, kako obrazlaže Ustavni sud, jeste vjerojatno „posljedica nepostojanja suda na razini Bosne i Hercegovine koji bi mogao vršiti usklađivanje sudske prakse svih sudova u Bosni i Hercegovini.“<sup>19</sup> Jedna takva institucija bi, vjerojatno, poslužila kao najučinkovitiji i najracionalniji način da se uskladi primjena zakona u procesuiranju predmeta ratnih zločina.<sup>20</sup> Pretpostavka je da bi institucija, isto tako, donosila konačnu odluku glede tumačenja i primjene materijalnoga i procesnoga kaznenog prava pred svim sudovima u Bosni i Hercegovini u predmetima ratnih zločina.

Bez jednoga takvog suda, razlike u tumačenju zakona koji se primjenjuju na predmete ratnih zločina mogu i dalje ugrožavati načelo pravne sigurnosti<sup>21</sup> i jednakosti pred zakonom. Na primjer, Vrhovni sud Federacije BiH, odnosno Republike Srpske, zauzeli su različita gledišta u svezi s pitanjem je li nužno ustanoviti karakter oružanoga

16 Okružno tužiteljstvo u Doboju, nedavno je podiglo tri optužnice u skladu s Kaznenim zakonom BiH. Međutim, Okružni sud u Doboju odbio je potvrditi optužnice i predmete je uputio Sudu BiH, na temelju toga što je, prema Zakonu o Sudu BiH (članak 13), jedino Sud BiH nadležan da presuđuje u predmetima zločina propisanih u Kaznenom zakonu BiH.

17 Ove kaznene odredbe sadržane su u člancima 4 i 4a Kaznenoga zakona BiH.

18 Ustavni sud BiH, *Abduladhim Maktouf*, navod, stavak 87.

19 *Ibid.* stavak 90.

20 Ustavni sud BiH ne može preuzeti ovu ulogu iz sljedećih razloga: njegova nadležnost iz članka IV(3)b Ustava BiH, kao apelacijske instance po presudama svakog suda u Bosni i Hercegovini, ograničena je na sporove po Ustavu; njegova nadležnost iz članka IV(3)c Ustava BiH ograničena je na sporove o pitanjima usklađenosti zakona koje primjenjuju sudovi prilikom donošenja odluka s Ustavom, Europskom konvencijom i drugim zakonima BiH, ili o pitanjima postojanja ili obima nekog općeg pravila javnog međunarodnog prava. Nijedna od ovih nadležnosti ne pokriva pitanja usko vezana za zakonitost tumačenja i primjene kaznenog i kazneno-procesnog prava.

21 Prema definiciji Europskoga suda za ljudska prava, načelo pravne sigurnosti znači da: „Odredba se ne može smatrati „zakonom“ ukoliko nije dovoljno precizno formulirana kako bi osobi omogućila usklađivanje svoga ponašanja: osoba mora biti u stanju predvidjeti, u razumnoj mjeri pod danim okolnostima, posljedice koje može izazvati određeni postupak“ (*Busuioc v. Moldova*, presuda, 21. prosinca 2004. godine, stavak 52).

sukoba kako bi se utvrdila povreda međunarodnoga humanitarnog prava. Vrhovni sud Federacije BiH zauzeo je gledište kako to nije nužno da bi osoba bila smatrana odgovornom za ratne zločine prema domaćem zakonu<sup>22</sup> pri primjeni Ženevskih konvencija iz 1949. godine; dok je Vrhovni sud Republike Srpske, zalažući se za striktno tumačenje Konvencija, smatrao da se mora ustanoviti međunarodni karakter oružanoga sukoba pri navođenju takvih teških kršenja.<sup>23</sup> Definiranje karaktera oružanoga sukoba, nasuprot ovome, ima sporedan značaj prilikom utvrđivanja kaznene odgovornosti optuženih pred Sudom Bosne i Hercegovine. Ovo je upravo zbog toga što se većina osoba tereti za zločine protiv čovječnosti.

Vrhovni sud Republike Srpske i Sud Bosne i Hercegovine su, također, zauzeli različite stavove u svezi s pitanjem bi li „naređenja pretpostavljenoga“ trebalo smatrati temeljem za oslobođanje od kaznene odgovornosti. Sud BiH do sada nije prihvatio takvu obranu jer je ona izričito isključena Kaznenim zakonom Bosne i Hercegovine.<sup>24</sup> Vrhovni sud Republike Srpske se, u barem dvije posljednje oslobađajuće presude, pozvao na pojam „naređenja pretpostavljenoga“ kao temelj za isključenje kaznene odgovornosti za ratne zločine.<sup>25</sup>

Osim toga, očito je da sudovi različito tumače i pozitivne odredbe kaznenoga postupka. Ovo je značajna pojava zbog toga što su, za razliku od materijalnog kaznenog prava, zakoni o kaznenom postupku u osnovi isti u svim predmetima ratnih zločina. Na primjer, svi zakoni o kaznenom postupku, koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, sadrže načelo da sud može, po službenoj dužnosti, prekvalificirati kazneno djelo tako što će utvrditi predstavlja li radnja optuženog kazneno djelo različito od onoga za koje ga tereti tužitelj. Međutim, neki sudovi to načelo različito primjenjuju, što ponekad dovodi do suprotnog ishoda u sličnim okolnostima. Na

22 Vidi: Vrhovni sud FBiH, presuda u predmetu *Fikret Smajlović* od 16. ožujka 2006. godine. Vidi isto tako presudu istog Suda u predmetu *Dragan Stanković* od 20. ožujka 2002. godine, u kojoj je Vrhovni sud FBiH odbio navode iz žalbe da je prvostupanjski sud propustio utvrditi je li sukob bio međunarodnog ili nemeđunarodnog karaktera, navodeći da se u to vrijeme na teritoriju Bosne i Hercegovine vodio međunarodni oružani sukob, izazvan agresijom Srbije i Crne Gore. Štoviše, Vrhovni sud FBiH naveo je kako je ovo notorna činjenica koju Sud nije bio obavezan ustanoviti.

23 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske, presuda u predmetu *Dragoje Radanović* od 22. ožujka 2007. godine. O analizi ove presude vidi dodatak ovome izvješću.

24 Vidi: Kazneni zakon BiH, članak 180.3 koji glasi: „Činjenica da je neka osoba postupala po naređenju vlade ili neke njoj nadređene osobe, ne oslobađa je od kaznene odgovornosti, ali može utjecati na ublažavanje kazne kada sud smatra da to interesi pravičnosti zahtijevaju.“

25 Vidi: Vrhovni sud Republike Srpske u predmetu *Ranko Jakovljević i drugi i Dragoje Radanović*, gdje je Sud ustanovio da optuženi, kao običan vojnik čija je dužnost bila izvršavati naređenja svojih pretpostavljenih, nije mogao biti svjestan nezakonitosti svojih postupaka, te da se od njega nije moglo očekivati da procjenjuje protupravnost zatvaranja medicinskog osoblja. Njegov propust da poduzme korake kako bi omogućio oslobađanje osoblja može se opravdati, našao je Sud, zato što optuženi nije imao naredbodavni kapacitet da mijenja naređenja svojih pretpostavljenih. U jednoj drugoj odluci, Sud je slično presudio, našavši da optuženoga ne bi trebalo smatrati odgovornim za naređenje koje je izdao njegov pretpostavljeni, a koje on nije mogao izmijeniti. O analizi presude u predmetu *Radanović* vidi dodatak ovom izvješću.

primjer, dok je Kantonalni sud u Mostaru<sup>26</sup> iskoristio svoje ovlasti da po službenoj dužnosti optuženoga osudi za nečovječno postupanje prema civilima, a tužitelj je radnju okvalificirao kao mučenje, premda tužitelj prema mišljenju Suda nije uspio dokazati elemente mučenja, Kantonalni sud u Zenici je, neke od optuženih u jednom predmetu ratnih zločina, oslobodio, zato što tužitelj nije uspio dokazati da se njihovo postupanje prema civilima može okvalificirati kao mučenje.<sup>27</sup> Za razliku od Suda u Mostaru, Sud u Zenici nije iskoristio svoje ovlasti da utvrdi je li se navedena radnja mogla okvalificirati kao neko drugo kazneno djelo (na primjer, nečovječno postupanje). Mada su različita tumačenja zakona u okviru nekog pravosudnog sustava do određene granice prirodna i legitimna, raznolikost prakse ilustrirana ovim primjerima ugrožava načelo jednakosti pred zakonom. Pravosudna institucija na državnoj razini imala bi autoritet da ispravi ovakve nedosljednosti. Njezino osnivanje bi, također, dovelo do racionalnije strukture pravosuđa koja, u većoj mjeri, sličići mnogim saveznm europskim državama.

---

26 Vidi: Kantonalni sud u Mostaru, presuda u predmetu *Niko Obradović* od 29. svibnja 2006. godine.

27 Vidi: Kantonalni sud u Zenici, presuda od 5. lipnja 2007. godine u predmetu *Sabahudin Operta i drugi*. U tijeku je postupak po žalbi na ovu presudu.

## Zaključak

Misija OSSE-a u Bosni i Hercegovini preporučuje:

- Tužiteljstva i sudovi u entitetima i Distriktu Brčko trebala bi, ubuduće, u predmetima ratnih zločina primjenjivati Kazneni zakon Bosne i Hercegovine na što upućuje i Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj odluci u predmetu *Maktouf*.
- Sudovima i tužiteljstvima u entitetima, koji procesuiraju ratne zločine, treba osigurati sveobuhvatnu edukaciju iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava i sudske prakse Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, Suda BiH i drugih država. Centri za edukaciju sudaca i tužitelja Federacije BiH i Republike Srpske bi, zbog toga, trebali revidirati i unaprijediti svoj tekući program edukacije iz oblasti humanitarnoga prava.
- Kako bi se promoviralo ujednačavanje sudske prakse u čitavoj državi, Bosna i Hercegovina bi trebala razmotriti mogućnost osnivanja pravosudne institucije na državnoj razini koja bi imala konačnu riječ u tumačenju i primjeni zakona koji se odnose na predmete ratnih zločina svih sudova u državi.

# Dodatak

## Problemi u primjeni zakona u predmetima ratnih zločina

### Analiza predmeta *Radanović*

#### Uvod

Vrhovni sud Republike Srpske (u daljem tekstu: „Vrhovni sud“) donio je, 22. ožujka 2007. godine, pravosnažnu presudu u predmetu protiv Dragoja Radanovića kojom ga oslobađa od optužbe za ratni zločin protiv civilnoga stanovništva. Konkretno, Sud je smatrao da se sudjelovanje optuženoga u nezakonitom zatvaranju četiri zdravstvena radnika u Domu zdravlja Foča, 11. travnja 1992. godine, i prisiljavanju jednoga od liječnika da pozove uglednije Bošnjake u Foči na predaju oružja, ne može smatrati ratnim zločinom iz članka 142(1) Kaznenoga zakona Republike Srpske (preuzeti Kazneni zakon SFRJ)<sup>28</sup>. Ova je presuda djelomično rezultat očiglednih propusta u tumačenju Zakona koji se primjenjuje na predmete ratnih zločina, kao i u tumačenju međunarodnoga humanitarnog prava, kako tužitelja tako i Vrhovnoga suda. Predmet *Radanović* ilustrira probleme prouzročene neusklađenošću domaćih zakona i neujednačene sudske prakse u predmetima ratnih zločina.

#### Historijat predmeta

Okružni sud u Trebinju je 9. prosinca 2005. godine oglosio Dragoja Radanovića krivim za sudjelovanje u protuzakonitom zatvaranju civila, čime je počinio kazneno djelo ratnog zločina protiv civilnoga stanovništva iz članka 142(1) Kaznenoga zakona SFRJ. Smatrajući da navedena radnja izvršenja kaznenoga djela predstavlja ratni zločin protiv civilnoga stanovništva, Sud ga je osudio na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Okružni sud utvrdio je da je optuženi, kao pripadnik paravojskih srpskih snaga, zajedno s drugim osobama, zauzeo Dom zdravlja u Foči, nezakonito zatvorio medicinsko osoblje pod prijetnjom sile, te naredio liječniku civilu da iz bolnice



pozove na predaju „uglednije Bošnjake“<sup>29</sup>. Optuženi je čuvao liječnika, uperivši na njega pušku, a ostalom medicinskom osoblju nije dozvolio napuštanje bolnice, nakon čega su prebačeni u logor Livade. Okružni sud je, kao otežavajuću okolnost, uzeo u obzir činjenicu da je, kao posljedica radnja optuženog, jedan od liječnika proveo duži vremenski period u logoru Livade, premda je na kraju oslobođen, dok je drugi liječnik nestao, te se i dalje smatra nestalim.

Dana 20. travnja 2006. godine Vrhovni je sud uvažio žalbu obrane i ukinuo presudu, uz obrazloženje da presudom nije objašnjeno zašto se radnje optuženoga smatraju ratnim zločinom. Shodno tomu, određeno je održavanje pretresa pred Vrhovnim sudom.<sup>30</sup> Vrhovni sud je, 22. ožujka 2007. godine, donio pravosnažnu presudu, oslobodivši optuženoga od optužbe za ratne zločine. Vrhovni sud nije osporio činjenice koje je utvrdio prvostupanjski sud; međutim, utvrdio je da se te činjenice ne mogu podvesti pod ratni zločin protiv civilnoga stanovništva, te da radnje optuženoga ne predstavljaju kršenje članka 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama iz 1949. godine, te članaka 20, 31 i 147 Četvrte ženevske konvencije.

## Osnove po kojima je Vrhovni sud oslobodio optuženoga

### ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANKA 3<sup>31</sup>ZAJEDNIČKOGA ŽENEVSKIM KONVENCIJAMA IZ 1949. GODINE

29 Iz dijela presude Okružnog suda u Trebinju koji glasi: „...naredili doktoru ... uperujući puške u njega da se popne na prozor dječijeg dispanzera i glasno doziva na predaju uglednije Bošnjake čije su se kuće nalazile u neposrednoj blizini...“

30 Vrhovni je sud svoju odluku zasnovao na članku 303(1) Zakona o kaznenom postupku Republike Srpske, prema kojemu: „...ako je izreka presude nerazumljiva, proturječna sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučujućim činjenicama,“ je došlo do bitne povrede kaznenoga postupka.

31 Zajednički članak 3 glasi: U slučaju oružanoga sukoba koji nema karakter međunarodnoga sukoba i koji izbije na teritoriju jedne od visokih strana ugovornica, svaka od strana u sukobu bit će dužna primjenjivati bar sljedeće odredbe: (1) Prema osobama koje ne sudjeluju neposredno u neprijateljstvima, podrazumijevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe onesposobljene za borbu uslijed bolesti, rana, lišenja slobode, ili iz bilo kojeg drugog razloga, postupat će se, u svakoj prilici, čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili uvjerenju, spolu, rođenju ili imovnom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju. U tom cilju, zabranjeni su i zabranjuju se, u svako doba i na svakome mjestu, prema osobama navedenim u gornjem dijelu teksta sljedeći postupci: (a) nasilje koje se nanosi životu i tjelesnom integritetu, naročito sve vrste ubojstava, osakaćenja, svireposti i mučenja; (b) uzimanje talaca; (c) povrede dostojanstva osobe, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci; (d) izricanje i izvršavanje kazna bez prethodnog suđenja od strane redovno ustanovljenog suda i popraćenog svim sudskim jamstvima koje civilizirani narodi priznaju za prijeko potrebne.

Tužitelj se pozvao na odredbe iz članka 3 zajedničkoga Ženevskim konvencijama iz 1949. godine, tvrdeći da je optuženi kriv za protuzakonito zatvaranje civila, što predstavlja ratni zločin protiv civilnoga stanovništva iz članka 142(1) Kaznenoga zakona SFRJ. Zajednički članak 3 propisuje skup ključnih odredaba koje se primjenjuju na oružane sukobe nemeđunarodnoga karaktera i kojima je cilj zaštititi osobu koja neposredno ne sudjeluje u neprijateljstvima. Prvostupanjski sud smatrao je da je došlo do kršenja zajedničkoga članka 3. Vrhovni sud odstupio je od ovoga gledišta. Sud je ispravno primijetio da nezakonito zatvaranje civila nije predviđeno kao zabranjena radnja iz zajedničkoga članka 3, te da, samim time, ne može predstavljati ratni zločin iz članka 3.

Tužitelj u predmetu *Radanović* je, drugim riječima, pokušao optužnicu protiv optuženoga zasnovati na predmetnom kršenju, odnosno na nezakonitom zatvaranju koje nije sadržano u samoj odredbi članka 3. Teško je razumjeti zašto tužitelj nije, umjesto toga, pokušao dokazati da je optuženi prekršio zajednički članak 3 počinivši neku od radnja koje ta odredba zaista zabranjuje. Tužitelj je, na primjer, mogao tvrditi da radnje optuženoga predstavljaju kazneno djelo uzimanja talaca,<sup>32</sup> što je zabranjeno i po zajedničkom članku 3 i po članku 142(1) Kaznenoga zakona SFRJ.

Vrhovni sud, sa svoje strane, nije izvršio temeljnu procjenu da li se radnje koje je počinio optuženi mogu podvesti pod druga djela zabranjena ovim odredbama.<sup>33</sup> Ustvari, osim kratke tvrdnje da se radnje optuženoga ne mogu smatrati „ponižavajućim i uvrjedljivim postupanjem“, Sud nije dao nikakvo daljnje obrazloženje svoga stava da nije došlo do kršenja. Presuda, umjesto toga, glasi da „niti jedna od radnja opisanih u predmetnoj optužnici po ocjeni ovoga suda ne predstavlja radnju koja bi označavala kršenje članka 3 Konvencije.“ Konkretno, Sud je propustio razmotriti je li spomenuto kazneno djelo uzimanja talaca doista počinjeno.

## ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANAKA 20 I 31<sup>34</sup> ČETVRTE ŽENEVSKE KONVENCIJE

32 Sudeći prema praksi Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, elementi koji čine ratni zločin uzimanja talaca su sljedeći: 1) protupravno lišavanje slobode ili zatočenje civila; 2) iznošenje uvjetovane prijetnje po fizičko i mentalno zdravlje zarobljenika, poput produženog zatočenja ili nanošenje povrede ili uzrokovanje smrti; 3) prijetnja služi kao mjera iznude kojom se postiže ispunjenje uvjeta (vidi: *Tužiteljstvo protiv Kordića i Čerkeza (Prosecutor v Kordić and Čerkez)*, IT-95-14/2-T, Pretresno vijeće, 26. veljače 2001. godine, stavak 312-313). Izgleda da ovi elementi odgovaraju utvrđenim činjenicama da je optuženi iznosio prijetnje zajedno s drugima po sigurnost civilnog medicinskog osoblja, kao i drugih osoba, kako bi naveo bošnjačke civile na predaju.

33 Zapravo, prema članku 286(2) Zakona o kaznenom postupku Republike Srpske, koji odražava načelo *iura novit curia*, „Sud nije vezan za prijedloge glede pravne ocjene djela“, te je tako slobodan odlučiti može li se ponašanje optuženoga okvalificirati kao kazneno djelo na koje se tužitelj nije pozvao.

34 Članak 20(1) glasi: „Bit će poštivano i uživati će zaštitu osoblje koje je uredno i jedino zaposleno na radu ili u upravama civilnih bolnica, podrazumijevajući tu i ono osoblje čija je dužnost da pronalazi, prikuplja, prenosi i njeguje civilne ranjene i bolesne osobe, nemoćne i porodilje.“ Članak 31 glasi: „Nikakva fizička, niti moralna prinuda, ne može se vršiti prema zaštićenim osobama, naročito da bi se od njih, ili od trećih osoba, dobila obavještenja.“

Tužitelj je, također, tvrdio da postupci optuženoga predstavljaju kršenje članaka 20 i 31 Četvrte ženevske konvencije. Ova dva članka jamče poštivanje i zaštitu medicinskoga osoblja civilnih bolnica i zabranjuju vršenje fizičke ili moralne prinude nad ovako zaštićenim osobama. U svojoj presudi, Vrhovni je sud istaknuo kako je jedan od nužnih elemenata pri utvrđivanju kršenja ovih odredaba to da se dokaže da su se kršenja dogodila u kontekstu međunarodnoga oružanog sukoba. Stječe se dojam da tužitelj nije uložio napor da dokaže kako je oružani sukob bio međunarodnoga karaktera. U prilog svojim navodima, tužitelj je kao dokaz priložio jednu od presuda Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju. Međutim, on je izabrao predmet *Kunarac i drugi*, presudu koja je utvrdila samo da je „Dana 8. travnja 1992. u Foči izbio oružani sukob između srpskih i muslimanskih snaga”<sup>35</sup> i da je trajao bar do veljače 1993. godine; presuda nije donijela nikakav zaključak u svezi s karakterom ovoga sukoba. Ipak, postoje neke druge odluke Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju koje bi ukazivale na to da je sukob u okolini Foče lako mogao biti međunarodnoga karaktera.<sup>36</sup> Vrhovni sud zaključio je da, s obzirom na to da nisu predočeni dokazi iz kojih proistječe da je sukob, koji je izbio u Foči u travnju 1992. godine, bio međunarodnoga karaktera, nije bilo moguće utvrditi kršenje članaka 20 i 31.

Vrhovni sud je, osim toga, zauzeo gledište da, čak i da je dokazan međunarodni karakter sukoba, radnje optuženoga i dalje ne bi predstavljale kršenje članaka 20 i 31. U obrazloženju se iznosi da, s obzirom da se Dom zdravlja u Foči našao na crti razdvajanja sukobljenih stranaka, ulazak vojnih snaga u Dom zdravlja ne bi se mogao smatrati kršenjem humanitarnog prava uopće ili konkretno članaka 20 i 31. Takvo obrazloženje, bez daljnjeg razjašnjenja, kao da implicira da sama lokacija Doma zdravlja usred bojnoga polja predstavlja dostatan razlog da njegovo medicinsko osoblje ostane bez pravne zaštite od fizičke ili moralne prinude, kako je definirano u međunarodnom humanitarnom pravu.

Nasuprot tome, u predmetima pred Sudom Bosne i Hercegovine u svezi sa zločinima počinjenima u Foči i okolini,<sup>37</sup> definiranje karaktera sukoba nije imalo nikakvu ulogu prilikom utvrđivanja kaznene odgovornosti optuženih. To je stoga što su svim spomenutim optuženim osobama na teret stavljali zločini protiv čovječnosti, iz

35 Vidi: Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, predmet *Kunarac i drugi*, presuda od 12. lipnja 2002. godine, stavak 567.

36 Vidi: Pretresno vijeće Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Tadić*, Mišljenje i presuda, 7. svibnja 1997. godine, stavak 569: „...jasno je, na temelju dokaza pred Pretresnim vijećem, da je od početka 1992. godine do 19. svibnja 1992. godine postojalo stanje međunarodnoga oružanog sukoba, barem na jednom dijelu teritorija Bosne i Hercegovine“; Pretresno vijeće Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Delalić*, presuda od 16. studenoga 1998. godine, stavak 234: „...Pretresno vijeće uopće ne sumnja u to da je međunarodni oružani sukob, koji se vodio u Bosni i Hercegovini barem od travnja 1992. godine, nastavljen tijekom cijele te godine i da mu se priroda nije suštinski mijenjala.“

37 Vidi: Sud BiH, predmet *Gojko Janković*, prvostupanjska presuda od 16. veljača 2007. godine; Sud BiH, predmet *Radovan Stanković*, drugostupanjska presuda od 28. ožujka 2007. godine; Sud BiH, predmet *Nedo Samardžić*, drugostupanjska presuda od 13. prosinca 2006. godine.

članka 172 Kaznenoga zakona Bosne i Hercegovine, koji inkriminira grube i teške povrede ljudskih prava, bez obzira na karakter oružanoga sukoba. U predmetu protiv *Gojka Jankovića*, Sud Bosne i Hercegovine optuženog je oglasio krivim za zločin protiv čovječnosti – zatvaranje civila, počinjen 14. travnja 1992. godine – kao dio širokog i sustavnog napada na Bošnjake civile, koji je započeo na području Foče 8. travnja 1992. godine i nadalje<sup>38</sup> – znači, u isto vrijeme i na istom mjestu na kojem je gospodin Radanović počinio predmetne radnje. Međutim, tužitelj i Vrhovni sud u predmetu Radanović nisu imali alternativu kako bi njegove radnje okvalificirali kao zločin protiv čovječnosti, s obzirom na to da je primijenjen preuzeti Kazneni zakon SFRJ.

### ČINJENICE NE UKAZUJU NA KRŠENJE ČLANKA 147<sup>39</sup> ČETVIRTE ŽENEVSKE KONVENCIJE

Koristeći svoje ovlasti iz članka 286(2) Zakona o kaznenom postupku Republike Srpske, Vrhovni sud je, po službenoj dužnosti, razmotrio mogu li se radnje optuženoga smatrati teškom povredom Ženevskih konvencija, a posebno članka 147 Četvrtе ženevske konvencije, koji zabranjuje, između ostaloga, protuzakonito zatvaranje osoba koje Konvencija štiti. Vrhovni je sud našao da se optuženi ne može smatrati odgovornim za takvu povredu, zato što je bio običan vojnik čija je dužnost bila izvršavati naređenja svojih pretpostavljenih, te se, zbog toga, nije od njega moglo očekivati da procjenjuje protupravnost zatvaranja medicinskoga osoblja ili da se takvim naređenjima usprotivi. Sud je propustio navesti na kojoj zakonskoj odredbi zasniva svoj stav, te je tako otežao procjenu jesu li takve osnove za oslobađanje primijenjene samo na ovaj predmet, ustvari, postoje li uopće. Izgleda da obrazloženje Suda počiva na obrani „naređenja pretpostavljenoga“ koju neke jurisdikcije priznaju, prema kojoj se potčinjeni ne može smatrati odgovornim za izvršenje ratnog zločina, ako je on počinjen kao rezultat izvršenja naređenja. Naređenje ne bi smjelo biti očito nezakonito, odnosno, potčinjeni ne smije imati saznanja o tome da je naređenje nezakonito.<sup>40</sup> Međutim, preuzeti Kazneni zakon SFRJ, koji je Sud primijenio u ovom predmetu, ne priznaje takvu obranu kada je naređenje bilo upravljeno na

38 Vidi: Sud BiH, predmet *Gojko Janković*, navod, str. 19 i 35. Apelacijsko vijeće Suda BiH je 19. studenoga 2007. godine potvrdilo presudu kojom se optuženi oglašava krivim.

39 Ova odredba glasi: „Teške povrede koje se imaju u vidu u prethodnome članku jesu povrede koje obuhvaćaju jedno od sljedećih djela, ako su ona izvršena protiv osoba ili dobara koje štiti Konvencija: ubojstvo izvršeno s namjerom, mučenje ili nečovječno postupanje, podrazumijevajući tu medicinske eksperimente, namjerno prouzrokovanje velikih patnja ili nanošenje ozbiljnih povreda tijelu ili zdravlju, nezakonita progonstva i preseljenja, protuzakonita zatvaranja, prisiljavanje zaštićene osobe da služi u oružanim snagama neprijateljske sile ili njezino lišavanje prava da joj se propisno i nepristrasno sudi prema odredbama ove Konvencije, uzimanje talaca, uništavanje i prisvajanje imovine, koje nije opravdano vojnim potrebama i koje se vrši u velikom obimu na nedopušten i samovoljan način.“

40 Ovakvu obranu priznaju, na primjer, relevantni zakoni u Nizozemskoj, Njemačkoj, Švicarskoj, SAD-u, Izraelu i Italiji.

izvršenje ratnog zločina.<sup>41</sup> Nju, također, izričito isključuju relevantni međunarodni instrumenti,<sup>42</sup> kao i Kazneni zakon Bosne i Hercegovine.<sup>43</sup> U odnosu na ovakve činjenice, ostaje nejasna pravna osnova prema kojoj je Vrhovni sud prihvatio obranu koja se poziva na postupanje po naređenju pretpostavljenoga.

Štoviše, čak i kada bi takva obrana bila predviđena Kaznenim zakonom Bosne i Hercegovine, Sud nije adekvatno obrazložio zašto je ona prihvaćena u ovom konkretnom predmetu, niti je objasnio zašto je došao do zaključka da se od optuženoga nije moglo očekivati da procijeni protupravnost zatvaranja. Sud jeste naveo jednu odluku Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u prilog obrazloženju svoga stava.<sup>44</sup> Međutim, navedeni odlomak ne odnosi se na obranu pozivanjem na postupanje po naređenju pretpostavljenoga koju Statut Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju isključuje, već prije na vrstu ponašanja i stupanj kaznene odgovornosti, nužan da bi neka osoba bila smatrana krivom za protuzakonito zatvaranje. U istom odlomku, na koji se Vrhovni sud pozvao, jasno se navodi da je takvu odgovornost „primjerenije pripisati onima koji su za zatočenje odgovorni na izravniji i potpuniji način, kao što su oni koji optuženoga stvarno smjeste u pritvor.“<sup>45</sup>

Na temelju činjenica utvrđenih u predmetu *Radanović*, izgleda, nesumnjivo, da je optuženi osobno sudjelovao u zatvaranju medicinskoga osoblja. Odredbe humanitarnoga prava, koje se odnose na poštivanje i zaštitu medicinskog osoblja i bolnica, tako su općepriznate od strane država, da su stekle status međunarodnoga

41 Članak 239 Kaznenoga zakona SFRJ predviđa u tom pogledu da „Neće se kazniti potčinjeni ako učini kazneno djelo po naređenju pretpostavljenoga, a to se naređenje tiče službene dužnosti, osim ako je naređenje bilo upravljeno na izvršenje ratnoga zločina ili kakvog drugog teškog kaznenog djela ili ako je znao da izvršenje naređenja predstavlja kazneno djelo.“

42 Vidi: Članak 6 Sporazuma o osnivanju Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu; članak 6 Tokijske povelje o Međunarodnom vojnom sudu za Daleki istok; članak 7(4) Statuta Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju; i članak 6(4) Statuta Međunarodnoga kaznenog suda za Ruandu. Iznimku predstavlja članak 33 Rimskoga statuta Međunarodnog kaznenog suda, koji dopušta obranu pozivanjem na postupanje po naređenju pretpostavljenih u predmetima ratnih zločina.

43 Prema članku 180(3) Kaznenoga zakona BiH, postupanje po naređenju pretpostavljenih ne isključuje kaznenu odgovornost, ali se može uzeti kao olakšavajuća okolnost.

44 Vrhovni sud Republike Srpske je u presudi naveo sljedeći odlomak iz stavka 342 presude Žalbenoga vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Delalić i drugi* („Čelebići“) od 20. veljače 2001. godine: „Prema mišljenju Žalbenoga vijeća, sama činjenica da netko ima neku ulogu u nekom svojstvu, koliko god neznatnu, u radu zatvora u kojem su protupravno zatočeni civili, nije dostatna osnova za nalaz o primarnoj kaznenoj odgovornosti takve prirode kakvu podrazumijeva nalaz da je netko počinio zločin. Takvu odgovornost je primjerenije pripisati onima koji su za zatočenje odgovorni na izravniji i potpuniji način, na primjer, onima koji optuženoga stvarno smjeste u pritvor, bez razumne osnove da on predstavlja sigurnosni rizik...Žalbeno vijeće, međutim, ne prihvaća da je propust stražara da poduzme mjere za koje nije ovlašten kako bi oslobodio zatvorenike dostatan da bi se smatrao izvršenjem zločina protupravnog zatočenja.“

45 Žalbeno vijeće Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, predmet *Delalić i drugi*, navod, stavak 342.

običajnog prava.<sup>46</sup> Zbog toga je, čini se, teško prihvatiti kao validno pravno obrazloženje stav da bi optuženoga trebalo osloboditi na temelju toga što nije mogao imati saznanja o protupravnosti zatvaranja medicinskog osoblja Doma zdravlja u Foči za koje se, kako je tijekom samoga postupka utvrđeno, nije smatralo da predstavljaju nikakvu prijetnju sigurnosti.

---

46 Ovakav zaključak donio je Međunarodni komitet Crvenog križa u svojoj nedavnoj studiji o međunarodnom običajnom humanitarnom pravu. Vidi: ICRC, HENCKAERTS and DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, ICRC and Cambridge Press, 2005., str. 79, pravilo 25: „Medicinsko osoblje, koje je angažirano isključivo na liječničkim dužnostima, mora se poštivati i zaštititi u svim okolnostima.“

The logo for the OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina, consisting of the letters 'o', 's', 'c', and 'e' each in a separate black square.

Mission to Bosnia and Herzegovina

A faint, stylized map of Bosnia and Herzegovina is visible in the background, showing major roads and geographical features.

# На путу ка усаглашеном провођењу важећег закона

у предметима  
ратних злочина  
пред судовима  
у Босни и  
Херцеговини

Српски језик

Август 2008. године





## 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. године<sup>1</sup> 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 представник<sup>2</sup> и Парламентарна скупштина Савјета Европе<sup>3</sup> 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 прошле*

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 „обезбиједе 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.<sup>4</sup>

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.”<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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 Повелој Нирнбершког суда (*Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal*, G.A. Res. 95(I), 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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*<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Чини се да је ово становиште у складу са најновијом праксом Европског суда за људска права.<sup>15</sup> 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 изrekli 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 допуствости, 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 овој 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.<sup>16</sup> 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 последије учињења кривичног дјела, онда треба примијенити онај закон који је блажи за починиоца.<sup>17</sup>

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.“<sup>18</sup> 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.“<sup>19</sup> Једна таква институција би, вјероватно, послужила као најефикаснији и најрационалнији начин да се усклади примјена закона у процесуирању предмета ратних злочина.<sup>20</sup> 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 безбједности<sup>21</sup> 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 сљедећих 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 закону<sup>22</sup> при примијени 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> Врховни суд Републике Српске се, у барем двије посљедње ослобађајуће пресуде, позвао на појам „наређења претпостављеног“ као основ за искључење кривичне одговорности за ратне злочине.<sup>25</sup>

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 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 Мостару<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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 *Радановић*

#### Увод

Врховни суд Републике Српске (у даљњем тексту: „Врховни суд“) донио је 22. марта 2007. године правоснажну пресуду у предмету против Драгоја Радановића, 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)<sup>28</sup>. 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 *Радановић* 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 Радановића 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“<sup>29</sup>. 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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 разлозима 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 сљедеће одредбе: (1) Према лицима која не учествују непосредно у непријатељствима, подразумевајући ту и припаднике оружаних снага који су положили оружје и лица онеспособљена за борбу усљед 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 сљедећи поступци: (а) насиље које се наноси животу и тјелесном интегритету, нарочито све врсте убистава, 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,<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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 следећи: 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 28б.(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.<sup>34</sup> 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”<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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 запослено 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 *Тадих*, 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 *Делаалић*, 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,<sup>37</sup> 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 надаље<sup>38</sup> – 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.<sup>39</sup> 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 сљедећих 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 доношење 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> Њу такође изричито искључују релевантни међународни инструменти,<sup>42</sup> као и Кривични закон Босне и Херцеговине.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.“<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup> 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 I: 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”.