

Odluke Evropskog suda za ljudska prava u vezi s oružanim sukobima



Ova publikacija je pripremljena i objavljena u okviru projekta „Unapređenje tranzicione pravde u Crnoj Gori“, koji Akcija za ljudska prava sprovodi uz podršku Nacionalne zadužbine za demokratiju (National Endowment for Democracy – NED). Njen sadržaj ne odražava nužno stavove donatora i za njega je isključivo odgovorna Akcija za ljudska prava.

Izvodi iz odluka Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *Jorgić protiv Njemačke* preuzeti su iz prevoda Savjeta Evrope, koji su realizovani uz pomoć Fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund).

Izvodi iz odluka u slučajevima *Palić, Šimšić i Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* preuzeti su iz prevoda Ureda zastupnika Vijeća ministara Bosne i Hercegovine pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Izvodi iz odluka u slučajevima *Milanković i Marguš protiv Hrvatske* preuzeti su iz prevoda Ureda zastupnika Republike Hrvatske pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Izvode iz odluka u slučajevima *Kipar protiv Turske*, *Turluyeva protiv Rusije* i *Vasiliauskas protiv Litvanije* prevela je Alisa Rodić za potrebe objavljivanja ove publikacije.

Zbirku je uredio i uvod napisao Žarko Marković, pravni savjetnik u Misiji OEBS-a u Srbiji (zarko.markovic@osce.org). Stavovi iznijeti u uvodu pripadaju isključivo autoru i ne predstavljaju nužno zvanične stavove Misije OEBS-a u Srbiji.



Odluke Evropskog suda za ljudska prava u vezi s oružanim sukobima

Sadržaj

Uvod	5
<i>Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva</i> (o procesnom aspektu člana 2).....	14
<i>Kipar protiv Turske</i> (o procesnom aspektu člana 2 u kontekstu prisilnih nestanaka, članu 3 i 5 u istom kontekstu).....	22
<i>Turluyeva protiv Rusije</i> (o materijalnom i procesnom aspektu člana 2 i o povredama članova 3 i 5 u kontekstu lišavanja slobode i nestanka sina podnositeljke predstavke)	31
<i>Palić protiv protiv Bosne i Hercegovine</i> (o procesnom aspektu člana 2, povredi materijalnog aspekta člana 3 i povredi procesnog aspekta člana 5 u kontekstu nestanka supruga podnositeljke predstavke)	45
<i>Jorgić protiv Njemačke</i> (o primjeni članova 6 i 5, te člana 7 u slučaju suđenja za genocid izvršen u Bosni i Hercegovini pred njemačkim sudom)	52
<i>Vasiliauskas protiv Litvanije</i> (o primjeni člana 7 u vezi sa suđenjem za genocid u kojem je na akte iz 1953. primijenjena definicija genocida iz 1998, šira od one iz Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948)	71
<i>Šimšić protiv Bosne i Hercegovine</i> (o primjeni člana 7 u kontekstu krivičnog gonjenja za zločin protiv čovječnosti koji u vrijeme izvršenja nacionalnim zakonima nije bio propisan kao krivično djelo)	87
<i>Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine</i> (o primjeni člana 7 u pogledu retroaktivne primjene krivičnog zakonika i, posljedično, određivanja teže sankcije).....	92
<i>Milanković protiv Hrvatske</i> (o primjeni člana 7 u slučaju osude na osnovu komandne odgovornosti).....	103
<i>Marguš protiv Hrvatske</i> (o primjenjivosti člana 4 Protokola br. 7 u slučaju amnestije za ratne zločine date prije stupanja na snagu Konvencije)	111

Uvod

PRIMJENA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA U KONTEKSTU ORUŽANOG SUKOB I KRIVIČNIH POSTUPAKA PROTIV OKRIVLJENIH ZA RATNE ZLOČINE, ZLOČINE PROTIV ČOVJEČNOSTI I GENOCID

Konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1950. godine (ili Evropska konvencija o ljudskim pravima; u nastavku „Konvencija“) nije pisana s ciljem da uspostavi pravila ratovanja (u tu svrhu nastale su četiri Ženevske konvencije iz 1949, pisane gotovo u isto vrijeme, koje su osnova modernog međunarodnog humanitarnog prava) niti da odredi kakvo kršenje tih pravila treba da predstavlja međunarodno krivično djelo. Ipak, kako ne prestaje da se primjenjuje ni tokom oružanog sukoba (mada u određenoj mjeri može biti derogirana¹), Konvencija, zajedno sa pravilima i običajima ratovanja, uređuje postupanje države u kontekstu oružanog sukoba, kako u pogledu oružanih dejstava i mjera koje se preduzimaju u vezi s njima, tako i u pogledu eventualnih sudskih postupaka koji se vode protiv pojedinaca optuženih za ozbiljne povrede pravila i običaja ratovanja – ratne zločine – ili za druga međunarodna krivična djela, poput zločina protiv čovječnosti ili genocida, te postupaka koje pokreću osobe pogođene nezakonitim aktima izvršenim u ovom kontekstu.

Pošto je tako, Evropski sud za ljudska prava (u nastavku „Sud“) se u brojnim predmetima bavio primjenom Konvencije u kontekstu oružanih sukoba, odnosno u vezi sa njima. Među te sukobe spadaju, na primjer, rat u Ukrajini (od 2014. do danas), sukob između Rusije i Gruzije (2008), sukobi u Iraku (počeo 2003), Avganistanu (od 2001), Saveznoj Republici Jugoslaviji (1999), na prostoru bivše SFRJ (1991-1995), između Azerbejdžana i Jermenije u Nagorno-Karabahu (otprilike od 1988. do 2020), sukob u Čečeniji (čija je

¹ Prema članu 15 Konvencije, u doba rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mjere koje odstupaju od njenih obaveza po Konvenciji, i to u najnužnijoj mjeri koju iziskuje hitnost situacije, s tim da takve mjere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Međutim, nijesu dopuštena odstupanja od člana 2 (parvo na život), osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3 (zabrana zlostavljanja), 4, stav 1 (zabrana ropstva) i 7 (načelo zakonitosti).

istorija vrlo duga, a Sud se bavio događajima od sredine 1990-ih godina), intervencija vojnih snaga Turske u Iraku (počela 1983. i traje do danas), sukob između Turske i Kipra (1974) i turska okupacija sjevernog dijela Kipra koja traje do danas. Sud je čak bio pozvan da se izjasni i o nesprovođenju istrage u vezi sa masakrima nad Poljacima koje su tokom Drugog svjetskog rata, 1940. godine, izvršile snage Sovjetskog saveza (u Katinskoj šumi u Poljskoj i na drugim lokacijama). On se, primjera radi, bavio i krivičnim postupcima koji su vođeni zbog zločina izvršenih tokom Drugog svjetskog rata u Letoniji, u sukobu između vlasti SSSR i litvanskih partizana 1950-ih godina i tokom ratova u Hrvatskoj (1991-1995) i Bosni i Hercegovini (1992-1995).

TERITORIJALNA NADLEŽNOST ZA PRIMJENU KONVENCIJE

Neki od ovih sukoba odvijali su se van teritorija država potpisnica Konvencije, pa je Sud u značajnom broju slučajeva morao da se izjasni o tome da li se, odnosno kada se ona primjenjuje ekstrateritorijalno, i kako. Njegovi stavovi o ovom pitanju su evoluirali, a oni važeći su elaborirani u presudi Velikog vijeća u slučaju *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 2011. godine i nalaze se u ovom priručniku. U najkraćem, Sud smatra da je nadležnost država potpisnica za primjenu Konvencije prvenstveno teritorijalna, tj. da su one dužne da je primjenjuju na svojoj teritoriji. Međutim, u izuzetnim okolnostima države mogu biti dužne da je primjenjuju i van svoje teritorije. Takve okolnosti postoje kada jedna država ima efektivnu opštu kontrolu nad teritorijom druge države ili kada agenti države imaju kontrolu nad određenim licem. Na primjer, Turska je odgovarala za povrede Konvencije u sjevernom dijelu Kipra koji drži pod okupacijom, kao i Ujedinjeno Kraljevstvo za povrede do kojih je došlo u zoni koju je kontrolisalo u Iraku i Rusija za kršenja Konvencije do kojih je došlo u područjima pod njenom kontrolom u Gruziji i Ukrajini. S druge strane, od država koje nemaju efektivnu opštu kontrolu nad nekim dijelom svoje teritorije ne može se očekivati da tamo ispunjavaju obaveze iz Konvencije pa primjera radi, u načelu, Kipar ne odgovara za povrede ljudskih prava u svom sjevernom dijelu, kao ni Ukrajina u svojim dijelovima pod ruskom okupacijom niti Srbija na Kosovu. Kad je u pitanju kontrola nad određenim licima, nije sporno da se Konvencija primjenjuje na lica koja su lišena slobode i u rukama su agenata države potpisnice. Ovdje spomenimo i to da je sud u slučaju *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, koji se odnosio na stradanje radnika Radio-televizije

Srbije u njenoj zgradi u Beogradu tokom bombardovanja koje su sprovele snage NATO 1999. godine, zaključio da zemlje članice NATO nisu imale nadležnost nad žrtvama te intervencije, između ostalog zbog toga što nisu imale kontrolu nad teritorijom. Sama nadmoć u vazdušnom prostoru i mogućnost da se mete na tlu pogode nije dovoljna da osobe koje budu pogođene potpadnu pod nadležnost države potpisnice Konvencije. Uz to, Sud je zauzeo i stav da države ne mogu odgovarati za postupke svojih snaga koje djeluju u okviru mirovnih misija uspostavljenih u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija, pošto je smatrao da u tim konkretnim slučajevima za akte ovih snaga ne odgovaraju države koje su ih u mirovnu misiju poslale već Ujedinjene nacije, a ove, međutim, u skladu sa međunarodnim pravom uživaju imunitet i nisu strana potpisnica Konvencije. Ovakav stav sud je zauzeo u slučajevima *Behrami i Behrami protiv Francuske* i *Saramati protiv Njemačke*, u kojima su se predstavke odnosile na postupanje snaga raspoređenih na Kosovu, te u slučaju *Majke Srebrenice protiv Holandije*, koji se ticao postupanja holandskih vojnika u misiji u Bosni i Hercegovini.

VREMENSKA NADLEŽNOST ZA PRIMJENU KONVENCIJE

Sledeće važno pitanje kojim se Sud bavio u više slučajeva je vremenska nadležnost (*ratione temporis*), pošto je trebalo utvrditi kakve obaveze države potpisnice imaju u vezi sa povredama ljudskih prava do kojih je došlo u kontekstu oružanih sukoba koji su se odvijali prije nego što su ratifikovale Konvenciju. Naravno, ovo je pitanje posebno relevantno za države nastale raspadom SFRJ, koje su Konvenciji pristupile poslije oružanih sukoba u kojima su učestvovala. One, razumije se, ne mogu pred Sudom odgovarati za povrede ljudskih prava do kojih je došlo tokom oružanih sukoba 1990-ih i prije stupanja Konvencije na snagu u odnosu na njih, kao što su, na primjer, ubistva, mučenje i nečovječno ili ponižavajuće postupanje, protjerivanje ili arbitrarno lišavanje slobode, ali mogu imati izvjesne obaveze u vezi sa takvim događajima.

Naime, ovakvi akti, koji u odgovarajućem kontekstu (oružanog sukoba ili sistematskog i rasprostranjenog napada na civilno stanovništvo) mogu biti kvalifikovani kao ratni zločini ili zločini protiv čovječnosti, sigurno predstavljaju povrede prava na život (iz člana 2 Konvencije), zabrane zlostavljanja (iz člana 3) ili prava na slobodu i bezbjednost (iz člana 5), a ova prava osim materijalnog aspekta, koji od država zahtjeva da se uzdrže od arbitrarnog lišavanja života

i slobode, kao i od bilo kojeg oblika zlostavljanja, imaju i procesni (ili proceduralni) aspekt, koji nalaže sprovođenje djelotvorne istrage u situaciji kada postoji ozbiljna tvrdnja ili druge dovoljno jasne indicije da je došlo do neke povrede ovih prava. Pri tome, ova dva aspekta postoje nezavisno jedan od drugog, tako da procesni može biti povrijeđen čak i kada nema dovoljno dokaza da je povrijeđen i materijalni. Drugim riječima, Crna Gora, recimo, ne može pred Sudom odgovarati zbog samih akata ubistava, mučenja i drugih oblika zlostavljanja ili arbitrarnog lišenja slobode iz perioda sukoba 1990-ih (kao, na primjer, u slučaju nezakonite deportacije izbjeglica 1992. godine), čak ni kada je dokazivo da su ih učinila njena službena lica ili osobe pod kontrolom države, pošto u tom periodu nije bila potpisnica Konvencije, ali može biti odgovorna za to što povodom njih nije sprovela djelotvornu istragu, jer je obaveza sprovođenja takve istrage nastavila da postoji i poslije tih događaja, obuhvatajući i period od stupanja Konvencije na snagu u odnosu na Crnu Goru (od 3. marta 2004. nadalje). Osim toga, ako su žrtve akata izvršenih tokom sukoba 1990-ih u Crnoj Gori pokrenule neki postupak za zaštitu svojih prava, takav postupak nije podlijegao zaštiti iz Konvencije do trenutka njenog stupanja na snagu, ali od tada jeste i na njega se primjenjuju njene odredbe.

Kada se govori o obavezi sprovođenja djelotvorne istrage, neminovno se nameće pitanje njenih granica, tj. koliko daleko u prošlost su države dužne da idu istražujući navodne povrede prava iz Konvencije. Te granice Sud je postavio u presudi Velikog veća u slučaju *Janowiec i drugi protiv Rusije* iz 2013. godine, koji se ticao izostanka djelotvorne istrage povodom strijeljanja skoro 22.000 zarobljenih Poljaka koje su 1940. godine izvršile snage Sovjetskog saveza u Katinskoj šumi u Poljskoj i na drugim lokacijama u Ukrajini, Bjelorusiji i Rusiji. Kriterijumi koje je Sud za ocjenu svoje nadležnosti *ratione temporis* u vezi sa povredama procesnog aspekta člana 2 pojasnio u ovom slučaju prilično su složeni i nije ih jednostavno ukratko objasniti, ali na ovom mjestu recimo da Sud smatra da najviše razloga za istrage koje sežu u period prije stupanja na snagu Konvencije, pa i daleko unazad (više od deset godina), ima u slučajevima ozbiljnih krivičnih djela koja imaju uporište u međunarodnom pravu, kao što su ratni zločini, genocid i zločini protiv čovječnosti. Sud se, obrazlažući svoje stavove, pozvao i na Konvenciju o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti iz 1968, kojom je obuhvaćen i genocid. Crna Gora je ovoj Konvenciji pristupila 23. oktobra 2006, a SFRJ ju je ratifikovala među prvima,

još 1970. godine. (U slučaju *Janowiec i drugi* ipak nije prihvatio nadležnost u vezi sa članom 2 obrazlažući to prevelikim periodom između izvršenja zločina i pristupanja Rusije Konvenciji i činjenicom da su se oni odigrali više od deset godina prije nastanka Konvencije.)

Treba spomenuti da je bilo pokušaja članova porodica žrtava zločina izvršenih tokom sukoba 1990-ih na prostoru bivše SFRJ da pred Sudom pokažu da nadležne države nisu izvršile svoju dužnost sprovođenja djelotvorne istrage u vezi sa stradanjem njihovih najbližih, ali Sud nijednu od njihovih predstavlki nije smatrao dopuštenom. Recimo, u slučajevima *Kamenica i drugi protiv Srbije* i *Fejzić i drugi protiv Srbije*, koji su se ticali događaja tokom sukoba u Bosni i Hercegovini, predstavke su odbačene kao nedopuštene jer je Sud smatrao da su podnijete prekasno (Sud je naveo da je podnosiocima moralo biti jasno da tužilaštvo u Srbiji neće sprovesti djelotvornu istragu mnogo prije podnošenja predstavlki). I predstavke u slučajevima *Orić protiv Hrvatske* i *Bogdanović protiv Hrvatske*, koje su podnijete u vezi s ubistvima civila Srba u Hrvatskoj 1991. i 1992. godine, odbačene su iz istog razloga. Drugim riječima, ispostavilo se da Sud ove predstavke nije uzeo u razmatranje u meritumu jer su njihovi podnosioci, po njegovom sudu, predugo vjerovali da će nadležne države sprovesti djelotvornu istragu.

U slučaju *Krdžalija i drugi protiv Crne Gore* predstavka je bila podnijeta u vezi sa hapšenjem i deportacijom bosansko-hercegovačkih izbjeglica u Crnoj Gori 1992. godine, koje su bile predate snagama bosanskih Srba i zatim ubijene ili nestale, a odbačena je: a) jer je država prethodno, u parničnom postupku za naknadu štete i krivičnom, koji je bio vođen protiv devet osoba umiješanih u hapšenje i deportacije, a okrivljenih za ratni zločin protiv civila, prihvatila odgovornost za povredu prava na život; b) jer su podnosioci prethodno u Crnoj Gori prihvatili poravnanje (koje su strane u postupku pred Sudom tumačile na različite načine) i dobili određeni novčani iznos na ime naknade štete; i c) jer su i u parničnom i u krivičnom postupku rasvijetljavane okolnosti u vezi sa hapšenjem i deportacijom žrtava i njihovom predajom u ruke snagama bosanskih Srba, čime je, prema mišljenju Suda, ispunjena procesna obaveza na osnovu člana 2 Konvencije, tj. sprovedena djelotvorna istraga (uprkos tome što su svi okrivljeni bili oslobođeni, što je, prema tvrdnjama podnosilaca, u postupku u njihovu korist pogrešno primjenjivano materijalno krivično pravo,

što istragom nisu bili obuhvaćeni svi odgovorni za zločin i što do danas niko za njega nije odgovarao).²

Mada su sve ove predstavke odbačene, Sud nikada nije rekao da izostanak djelotvorne istrage u vezi sa zločinima izvršenim tokom oružanih sukoba na prostoru bivše SFRJ ne može dospjeti u njegovu nadležnost *ratione temporis*. Spomenimo ovdje da je on već utvrđivao odgovornost Srbije za povrede procesnog aspekta člana 2 u vezi sa smrtnima koje su nastupile 1992. (u slučaju *Mladenović*), 1995. (*Mučibabić i drugi*) i 2002. godine (*Petrović*), mada nijedna od njih nije nastupila u kontekstu oružanih sukoba. U svim ovim slučajevima se pred sudovima u Srbiji neki postupak u vezi sa njima vodio i u periodu od stupanja na snagu Konvencije (3. marta 2004), što je za Sud bitan faktor kada određuje da li ima nadležnost *ratione temporis*.

DUŽNOST SPROVOĐENJA DJELOTVORNE ISTRAGE POVODOM NAVODNIH POVREDA KONVENCIJE

Kada utvrdi da je nadležan, Sud djelotvornost istraga u vezi s povredama članova 2 i 3 (pa i 5) cijeni primjenjujući kriterijume koji važe i u odnosu na događaje van konteksta oružanog sukoba: istraga mora biti *de facto* nezavisna (u njoj ne smiju učestvovati osobe koje su umiješane u događaj, niti osobe koje se s njima nalaze u institucionalnoj ili hijerarhijskoj vezi) i nepristrasna, hitna, adekvatna, što znači temeljna i sveobuhvatna, u njoj mora učestvovati oštećeni (u mjeri potrebnoj da bi zaštitio svoje legitimne interese) i mora biti javna, što znači da njen rezultat ne smije ostati tajna. Kada istraga dovede do otkrivanja osoba odgovornih za kršenje prava žrtava, oni moraju biti sankcionisani na odgovarajući način. Djelotvornom se može smatrati samo istraga koja je vođena tako da može dovesti do rasvjetljavanja događaja, utvrđivanja individualne odgovornosti i sankcionisanja odgovornih. Naravno, dužnost sprovođenja djelotvorne istrage može biti ispunjena čak i ako ona do toga ne dovede, pod uslovom da su nadležni organi preduzeli sve razumne mjere koje su im stajale na raspolaganju. Kako Sud cijeni djelotvornost istraga sprovedenih u vezi s

² Komentar odluke Suda dostupan u saopštenju HRA: Evropski sud za ljudska prava odbacio predstavku žrtava Deportacije zbog nenadležnosti: nemaju status žrtve jer je država dovoljno priznala kršenje njihovih prava i bez kažnjavanja odgovornih od 6. 4. 2023: <https://www.hraction.org/2023/04/06/evropski-sud-za-ljudska-prava-odbacio-predstavku-zrtava-deportacije-zbog-nenadleznosti-nisu-zrtve-je-je-drzava-dovoljno-priznala-kršenje-njihovih-prava-i-bez-kaznjavanja-odgovornih/>

zločinima izvršenim u kontekstu oružanog sukoba možete vidjeti u presudama u slučajevima *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *Kipar protiv Turske*, *Turluyeva protiv Rusije* i *Palić protiv Bosne i Hercegovine*, čiji izvodi se nalaze u ovom priručniku. Iz nekih od tih odluka može se vidjeti da je Sud spreman da svoje kriterijume primjeni manje strogo u situacijama u kojima istragu treba sprovesti u ekstrateritorijalnom kontekstu, dok sukob traje (kao u *Al-Skeini*, gdje je Sud prihvatio da je britanskim vlastima bilo teško da u Iraku obezbijede da u istrazi ne učestvuje niko iz vojnih struktura, čiji pripadnici su bili ti čije akte je trebalo istražiti), ili u situaciji u kojoj, sa ograničenim resursima, treba istražiti sudbinu prijeko 30.000 nestalih, što je bio u slučaj u Bosni i Hercegovini poslije rata vođenog od 1992. do 1995. godine (vidi slučaj *Palić*).³

PRIMJENA KONVENCIJE NA POSTUPKE PROTIV OKRIVLJENIH ZA RATNE ZLOČINE, ZLOČINE PROTIV ČOVJEČNOSTI I GENOCID

Na krivične postupke koji se vode protiv okrivljenih za ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid, kao i na sve druge, primjenjuju se sve garancije iz Konvencije – suđenje mora biti pravično, u skladu sa standardima koje je Sud razvio tumačeći član 6, a eventualni pritvor tokom postupka mora biti određen u skladu sa članom 5. Osim toga, takvi postupci moraju biti vođeni u skladu sa načelom zakonitosti iz člana 7 i načelom *ne bis in idem* iz člana 4 Protokola br. 7 uz Konvenciju.⁴ Nema mnogo odluka u kojima se Sud bavio krivičnim postupcima vođenim zbog krivičnih djela predviđenih međunarodnim pravom, ali u onim malobrojnim jeste zauzeo važne stavove, uglavnom u vezi sa članom 7, od kojih neke izdvajamo u ovom priručniku.

U slučaju *Jorgić protiv Njemačke* podnosilac predstavke je, između ostalog, (neuspješno) osporavao univerzalnu nadležnost njemačkih sudova da sude za genocid izvršen u Bosni i Hercegovini i tvrdio da je tumačenje pojma genocida u njemačkom pravu tako široko da krši načelo zakonitosti. Primjenom načela

³ O dužnosti sprovođenja djelotvorne istrage u vezi sa povredama članova 2 i 3 vidi detaljnije u vodičima Evropskog suda za ljudska prava (<https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/all-case-law-guides>) i Generalnog direktorata za ljudska prava i vladavinu prava Savjeta Evrope (<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-handbooks>).

⁴ Detaljno o primjeni odredaba Konvencije pomenutih u ovom odjeljku vidi u vodičima dostupnim na gore navedenim internet stranicama Evropskog suda za ljudska prava i Direktorata za ljudska prava i vladavinu prava Savjeta Evrope.

zakonitosti iz člana 7 u vezi sa zločinom genocida Sud se bavio i u kontekstu postupaka koji su u Litvaniji poslije 2000. godine vođeni protiv bivših agenata sovjetskih službi bezbjednosti zbog njihovog učešća u operacijama čiji je cilj bilo uništenje litvanskih partizana, koji su pružali oružani otpor vlastima SSSR boreći se za nezavisnost Litvanije u periodu od 1944. do sredine 1950-ih godina. U tim postupcima okrivljenima za akte izvršene 1953, odnosno 1956. godine na teret je stavljen zločin genocida, na osnovu definicije tog krivičnog djela koja je u litvansko zakonodavstvo uvedena tek 1998, a šira je od one iz Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine utoliko što predviđa da genocid za cilj može imati uništenje ne samo nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe, kako je njome predviđeno, već i društvene (socijalne) ili političke grupe, a litvanski sudovi su litvanske partizane vidjeli kao prvenstveno političku, ali i nacionalnu i etničku grupu. Veliko vijeće Suda je u jednom slučaju utvrdilo da je osudom za genocid podnosiocu predstavke bilo povrijeđeno pravo iz člana 7 Konvencije (*Vasiliauskas protiv Litvanije*), dok je u sledećem vijeće od sedam sudija presudilo drugačije, obrazlažući svoju odluku pojašnjenjima koja je u tom slučaju i u svojoj novijoj sudskoj praksi u međuvremenu dao Vrhovni sud Litvanije, obrazlažući zašto litvanske partizane smatra nacionalnom i etničkom grupom zaštićenom i nacionalnim krivičnim pravom i Konvencijom o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (*Drėlingas protiv Litvanije*).

U odluci u slučaju *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* Sud je zauzeo stav da nema povrede načela zakonitosti u situaciji u kojoj je okrivljenom suđeno za zločine protiv čovječnosti izvršene 1992. godine iako oni u to vrijeme nisu nacionalnim zakonodavstvom bili određeni kao krivično djelo, pošto nema spora da su bili zabranjeni međunarodnim pravom. Kakvi akti se ne mogu podvesti pod pojam zločina protiv čovječnosti iz međunarodnog prava može se vidjeti u presudi Velikog veća u slučaju *Korbely protiv Mađarske*, u kojem je podnosiocu predstavke bilo suđeno zbog učešća u suzbijanju Mađarske revolucije 1956. godine.

U slučaju *Kononov protiv Letonije* Sud je utvrdio da su ratni zločini bili zabranjeni međunarodnim pravom još u periodu Drugog svjetskog rata i da samo međunarodno pravo predstavlja dovoljan i odgovarajući pravni osnov za

krivično gonjenje podnosioca predstavke, kojem se sudilo za zločine izvršene 1944. godine, bez obzira na to što u vrijeme izvršenja konkretnog djela ratni zločini nisu bili određeni nacionalnim krivičnim pravom.

Presuda u slučaju *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* tiče se retroaktivne primjene krivičnog zakona na zločine izvršene 1990-ih i posljedične primjene teže sankcije.

U slučaju *Milanković protiv Hrvatske* Sud je potvrdio stav nacionalnih sudova da je osuda na osnovu komandne odgovornosti dopuštena čak i ako ona u vrijeme izvršenja krivičnih djela 1990-ih nije bila izričito predviđena nacionalnim krivičnim zakonima, pošto je nesumnjivo bila prihvaćena u međunarodnom pravu.

Konačno, u slučaju *Marguš protiv Hrvatske* Sud se bavio (ne)spojivošću amnestije sa teškim kršenjima prava na život i zabrane mučenja i drugih oblika zlostavljanja, kakva su ratni zločini i zločini protiv čovječnosti, i sumirao stavove različitih međunarodnih tijela o ovom pitanju.

Spomenimo i da je Sud u više svojih odluka istakao da vojnici kao pojedinci ne smiju pokazivati potpunu, slijepu poslušnost prema naredbama kojima se flagrantno krše međunarodno priznata ljudska prava, naročito pravo na život, koje zauzima najviše mjesto u hijerarhiji ljudskih prava. Osim toga, to što država u jednom trenutku toleriše ili ohrabruje akte koji se prema nacionalnom ili međunarodnom pravu smatraju krivičnim djelima i time kod njihovih učinilaca stvara osjećaj nekažnjivosti ne znači da oni ne mogu biti izvedeni pred sud i kažnjeni (ovo se, naravno, odnosi i na akte učinjene tokom oružanog sukoba i van njega, kao npr. u nekoliko slučajeva u kojima se Sud bavio krivičnim postupcima vođenim zbog djela koja su tokom „Hladnog rata“ izvršili vojnici tadašnje Istočne Njemačke (*K.-H.W i Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*)).

U ovom priručniku dajemo izvode iz odluka Evropskog suda za ljudska prava u nama najzanimljivijim od gore pomenutih slučajeva, uz napomenu da su sve odluke Suda dostupne u njegovoj elektronskoj bazi (HUDOC), a da su mnoge od njih u cjelosti prevedene ili bar prepričane za čitaoce u Crnoj Gori, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj i Srbiji, i tako dostupne na istom mjestu.

AL-SKEINI I DRUGI protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

Predstavka br. 55721/07, presuda Velikog vijeća od 7. jula 2011. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Predstavku su podnijeli članovi porodica šestoro ljudi nastradalih u Iraku, u Basri, u zoni koja je bila pod britanskom kontrolom. Njih troje ubijeno je kada su britanski vojnici otvorili vatru navodno vjerujući da su napadnuti ili ugroženi. Četvrta osoba je ubijena navodno u razmijeni vatre između britanske patrole i nepoznatih osoba. Peta osoba se utopila u rijeci pošto su je britanski vojnici u nju natjerali, a prethodno je pretukli sumnjičeći je za pljačku. Šesta osoba umrla je u britanskoj vojnoj bazi, sa više tjelesnih povreda. Podnosioci predstavke nisu isticali da je Ujedinjeno Kraljevstvo odgovorno za smrt ovih ljudi (nisu pokušavali da dokažu povredu materijalnog aspekta člana 2) već su tvrdili da ono tim povodom nije sprovelo djelotvornu istragu i da je tako došlo do povrede procesnog aspekta prava na život. Pošto je Sud utvrdio da je Ujedinjeno Kraljevstvo imalo efektivnu opštu kontrolu nad jednim područjem u Iraku i time obavezu da osobama koje se na njemu nalaze garantuje prava predviđena Konvencijom (drugim riječima, da postoji nadležnost iz člana 1 Konvencije), zaključio je da istrage koje su britanske vlasti sprovele, osim one u vezi sa smrću šeste stradale osobe, nisu zadovoljile kriterijume djelotvorne istrage, iako je bio spreman da prihvati da ti kriterijumi u datom, ekstrateritorijalnom kontekstu mogu biti nešto niži nego kada vlasti djeluju na svojoj teritoriji, u mirnodopskim uslovima.

Izvodi iz presude
(...)

(b) Ocjena Suda

(i) Opšti principi

161. Sud je svjestan da su se smrtni slučajevi u ovom predmetu desili u gradu Basri u jugoistočnom dijelu Iraka neposredno nakon invazije, u periodu kada su kriminal i nasilje bili rasprostranjeni. Iako su se glavne borbene operacije okončale 1. maja 2003. godine, koalicijske snage u jugoistočnom dijelu Iraka, uključujući britanske vojnike i vojnu policiju, bile su meta preko hiljadu nasilnih napada u narednih 13 mjeseci. Zajedno sa sigurnosnim problemima, civilna struktura je imala ozbiljne nedostatke, uključujući policiju i krivično pravosuđe (vidi, st. 22-23 gore; vidi takođe, zaključak Apelacionog suda u stavu 80. gore).

162. Dok je u potpunosti svjestan ovog konteksta, pristup Suda mora biti vođen znanjem da predmet i cilj Konvencije, koja je instrument za zaštitu ljudskih bića, iziskuju da se njene odredbe tumače i primjenjuju na način da njene garancije budu praktične i djelotvorne. Član 2, koji štiti pravo na život i predočava okolnosti u kojima lišavanje života može biti opravdano, je smješten među najfundamentalije odredbe Konvencije. Član 15 ne omogućava odstupanja od člana 2, "osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima". Članom 2 su obuhvaćeni ne samo slučajevi ubistava s namjerom nego i situacije u kojima je dozvoljena upotreba sile koja može dovesti do nenamjernog lišavanja života. Bilo koja upotreba sile ne smije biti više od "apsolutno nužne" da bi se postigao jedan ili više ciljeva iz tačaka (a) do (c) (vidi, *McCann i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, od 27. septembra 1995, st. 146148, Serija A broj 324).

163. Da bi se opšta pravna zabrana samovoljnog ubijanja koja se odnosi na predstavnike države pokazala efikasnom u praksi, potrebno je da postoji postupak za preispitivanje zakonitosti upotrebe smrtonosne sile koju su koristile državne vlasti. Obaveza da se zaštiti pravo na život na osnovu te odredbe, u vezi sa opštom obavezom države u smislu člana 1 Konvencije da "jamči svim licima pod svojom jurisdikcijom prava i slobode utvrđene u (...) Konvenciji",

implicitno zahtijeva postojanje oblika djelotvorne službene istrage kada su pojedinci ubijeni uslijed upotrebe sile, *inter alios*, službenih lica države (vidi, *McCann*, citirana gore, stav 161). Osnovna svrha takve istrage je da se osigura djelotvorna primjena domaćih zakona koji štite pravo na život i, u predmetima u koje su umiješana državna službena lica ili organi, da garantira da će oni odgovarati za smrtnu slučajevu koji su se desili pod njihovom odgovornošću (vidi, *Nachova i ostali protiv Bugarske* [VV], br. 43577/98 i 43579/98, stav 110, ECHR 2005-VII). Međutim, istraga mora biti i dovoljno široka da bi omogućila istražnim vlastima da uzmu u razmatranje ne samo djela službenih lica države koji su direktno upotrijebili smrtonosnu silu nego i ukupne okolnosti, uključujući pitanja kao što je planiranje i kontrola predmetnih operacija, kada je to potrebno da bi se odlučilo da li se država povinovala obavezama iz člana 2. da bi zaštitila život (vidi, implicitno, *McCann i ostali*, citirana gore, st. 150 i 162; *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 24746/94, stav 128, ECHR2001III (izvodi); *McKerr*, citirana gore, st. 143. i 151; *Shanaghan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 37715/97, st. 100-125, od 4. maja 2001; *Finucane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 29178/95, st. 77-78, ECHR 2003VIII; *Nachova*, citirana gore, st. 114-115; i također, *mutatis mutandis*, *Tzekov protiv Bugarske*, broj 45500/99, stav 71, od 23. februara 2006).

164. Sud je već presudio da se proceduralna obaveza koja proizilazi iz člana 2 i dalje primjenjuje u teškim sigurnosnim uslovima, uključujući kontekst oružanog sukoba (vidi, među ostalim primjerima, *Güleç protiv Turske*, od 27. jula 1998, stav 81, *Reports of Judgments and Decisions* 1998IV; *Ergi protiv Turske*, od 28. jula 1998, st. 79 i 82, *Reports* 1998IV; *Ahmet Özkan i ostali protiv Turske*, broj 21689/93, st. 85-90 i 309-320 i 326-330, od 6. aprila 2004; *Isayeva protiv Rusije*, broj 57950/00, st. 180. i 210, od 24. februara 2005; *Kanlibaş protiv Turske*, broj 32444/96, st. 39-51, od 8. decembra 2005). Jasno je da, ako se smrtni slučaj u pogledu kojeg član 2 nameće istragu desio u okolnostima opšteg nasilja, oružanog sukoba ili pobune, istražitelji mogu naići na prepreke i, kao što je zapazio specijalni izvjestitelj Ujedinjenih nacija (vidi, stav 93. gore), precizna ograničenja mogu nametati upotrebu istražnih mjera koje su manje efikasne ili uzrokuju kašnjenje istrage (vidi, na primjer, *Bazorkina protiv Rusije*, broj 69481/01, stav 121, od 27. jula 2006). Ipak, obaveza iz člana 2. da se zaštititi život implicira usvajanje, čak i u teškim sigurnosnim uslovima, svih

razumnih mjera da bi se osigurala djelotvorna, nezavisna istraga o navodnim povredama prava na život (vidi, između ostalih primjera, *Kaya protiv Turske*, od 19. februara 1998, st. 8692, *Reports of Judgments and Decisions* 1998I; *Ergi*, citirana gore, st. 82-85; *Tanrikulu protiv Turske* [VV], broj 23763/94, st. 101-110, ECHR 1999IV; *Khashiyev i Akayeva protiv Rusije*, br. 57942/00 i 57945/00, st. 156-166, od 24. februara 2005; *Isayeva*, citirana gore, st. 215224; *Musayev i ostali protiv Rusije*, br. 57941/00, 58699/00 i 60403/00, st. 158-165, od 26. jula 2007).

165. Pitanje, kojom formom će istraga postići cilj člana 2, može varirati u zavisnosti od okolnosti. Međutim, kakvi god bili modaliteti koji se upotrijebe, vlasti moraju djelovati *ex officio* čim im predmet bude predložen. Vlasti ne mogu ostaviti najbližim srođnicima preminule osobe inicijativu da dostave formalnu prijavu ili da preuzmu odgovornost za pokretanje istražnog postupka (vidi, *Ahmet Özkan i ostali*, citirana gore, stav 310; *Isayeva*, citirana gore, stav 210). Građanski postupak, koji se pokreće na inicijativu najbližeg srođnika, ne vlasti, i koji ne obuhvata identifikaciju ili kažnjavanje bilo kojeg navodnog počinitelja, se ne može uzeti u obzir prilikom procjene da li je država poštivala svoju proceduralnu obavezu u smislu člana 2. Konvencije (vidi, na primjer, *Hugh Jordan*, citirana gore, stav 141). Osim toga, proceduralna obaveza države, u smislu člana 2, ne može biti ispunjena samom dodjelom odštete (vidi, *McKerr*, citirana gore, stav 121; *Bazorkina*, citirana gore, stav 117).

166. Kao što je navedeno gore, istraga mora biti djelotvorna u smislu da se može odrediti da li je upotrijebljena sila bila opravdana ili nije u okolnostima, te identifikovati i sankcionisati one koji su odgovorni. Ne radi se o obavezi koja se odnosi na rezultat, nego na sredstva. Vlasti moraju poduzeti razumne mjere koje su im na raspolaganju da bi osigurale dokaze koji se odnose na incident, uključujući, *inter alia*, izjave svjedoka očevidaca, forenzičke dokaze te, ako je potrebno, autopsiju koja pruža kompletan i precizan nalaz o povredama i objektivnu analizu kliničkih nalaza, uključujući uzrok smrti. Bilo koji nedostatak u istrazi koji ugrožava njen kapacitet u smislu ustanovljavanja uzroka smrti, ili osobe ili osoba koje su odgovorne, dovodi do rizika da se zaključi da ona ne odgovara standardima iziskivane djelotvornosti (vidi, *Ahmet Özkan i ostali*, citirana gore, stav 312; *Isayeva*, citirana gore, stav 212. i predmeti koji su tu citirani).

167. Da bi istraga o nezakonitim ubistvima koja su navodno počinila državna službena lica bila djelotvorna, potrebno je da osobe koje su odgovorne za istragu i koje vode istragu bude nezavisne od osoba koje su umiješane u događaje. To znači ne samo da ne postoji hijerarhijska ili institucionalna veza nego i praktična nezavisnost (vidi, na primjer, *Shanaghan*, citirana gore, stav 104). Zahtijevanje brzine i razumne revnosti je implicitno u ovom kontekstu. Iako mogu postojati prepreke ili poteškoće koje onemogućavaju napredovanje istrage u nekim situacijama, brzo reagiranje vlasti pri istraživanju upotrebe smrtonosne sile se generalno može smatrati osnovnim u održanju povjerenja javnosti u poštivanje principa vladavine prava i sprečavanju pojave saučesništva ili tolerisanja nezakonitih djela. Zbog istih razloga, javnost mora imati dovoljno uvida u istragu ili njene rezultate kako bi se osigurala odgovornost u praksi a i u teoriji. Iziskivani stepen uvida javnosti može varirati od predmeta do predmeta. Međutim, u svakom predmetu, najbliži srodnik žrtve mora biti uključen u postupak do stepena koji je potreban da bi njegovi legitimni interesi bili zaštićeni (vidi, *Ahmet Özkan i ostali*, citirana gore, st. 311314; *Isayeva*, citirana gore, st. 211-214 i predmeti citirani u tom predmetu).

(ii) Primjena tih principa na činjenice u ovom predmetu

168. Početna tačka od koje je Sud krenuo su praktični problemi sa kojima su se istražne vlasti suočile zbog činjenice da je Ujedinjeno Kraljevstvo bila okupaciona sila u jednoj stranoj i neprijateljskoj regiji neposredno nakon invazije i rata. Ti praktični problemi su uključivali rušenje civilne infrastrukture, što je dovelo do, *inter alia*, nedostatka lokalnih patologa i resursa za autopsiju; opseg jezičkog i kulturološkog nerazumijevanja između okupatora i lokalnog stanovništva; i opasnost koja je svojstvena bilo kojoj aktivnosti u Iraku u to vrijeme. Kao što je rečeno gore, Sud smatra da se proceduralna obaveza u smislu člana 2, u okolnostima kao što su navedene okolnosti, mora primijeniti realistično da bi se vodilo računa o specifičnim problemima sa kojima su se suočili istražitelji.

169. Ipak, činjenica da je Ujedinjeno Kraljevstvo bilo okupator čini posebno važnim, s ciljem garantovanja bilo koje istrage o činjenicama koje se pripisuju britanskim vojnicima, to da je istražna vlast bila, i da je percipirana kao takva, operativno nezavisna o vojnom zapovjednom lancu.

170. Nije sporno da su srodnike prvog, drugog i četvrtog podnosioca predstavke ubili britanski vojnici čiji je identitet poznat. Pitanje koje je trebalo istražiti je da li u svakom predmetu vojnik pucao u skladu sa Pravilima o otvaranju vatre. U vezi sa trećim podnosiocem predstavke, član 2 iziskuje istragu o okolnostima otvaranja vatre, uključujući istragu o pitanju da li su preduzete odgovarajuće mjere da bi se zaštitili civili u neposrednoj blizini. U vezi sa sinom petog podnosioca predstavke, premda Sudu nisu dostavljeni dokumenti koji se odnose na postupak pred vojnim sudom, čini se da je prihvaćeno da je on umro tako što se utopio. Bilo je potrebno odrediti da li su britanski vojnici, kao što je navedeno, pretukli dječaka i prisilili ga da skoči u vodu. Svjedočenje očevidaca je bilo krucijalno u svakom predmetu. Prema tome, osnovno je bilo da ekspert i potpuno nezavisan istražitelj ispita, što je moguće brže nakon događaja, vojnike svjedoke, a naročito navodne počiniocce. Slično tome, sve mjere su trebale biti preduzete da bi se identifikovali irački očevici koje bi trebalo ubijediti da neće biti izloženi riziku ako se pojave i pruže informacije, te da će njihovi dokazi biti tretirani ozbiljno i da će se djelovati u vezi sa njima bez odlaganja.

171. Jasno je da istrage o smrtnim slučajevima srodnika prvog, drugog i trećeg srodnika nisu bile u skladu sa zahtjevima iz člana 2. budući da je istražni postupak u potpunosti ostao pod kontrolom vojnog zapovjednog lanca i da je bio ograničen na uzimanje izjava od umiješanih vojnika. Osim toga, Vlada prihvata taj zaključak.

172. U vezi sa ostalim podnosiocima predstavke, premda je Specijalno odjeljenje za istrage sprovedo istragu o smrtnim slučajevima brata četvrtog podnosioca predstavke i sina petog podnosioca predstavke, Sud ne smatra da je ona bila dovoljna da bi ispoštovala zahtjeve iz člana 2. Tačno je da je Kraljevska vojna policija, uključujući Specijalno odjeljenje za istrage, imala odvojen zapovjedni lanac od vojnika na borbenoj dužnosti u pogledu kojih je zatražena istraga. Međutim, kao što je zapazio domaći sud (vidi, st. 77. i 82. gore), Specijalno odjeljenje za istrage nije bilo, u relevantnom periodu, nezavisno od vojnog zapovjednog lanca. Obično je na komandujućem oficiru jedinice koji je umiješan u incident da odluči da li bi se trebalo obratiti Specijalnom odjeljenju za istrage. Ako Specijalno odjeljenje za istrage odluči, na sopstvenu inicijativu, da će pokrenuti istragu, ta istraga može biti obustavljena na zahtjev

vojnog zapovjednog lanca, kao što je to pokazao predmet četvrtog podnosioca predstavke. Po zaključku Specijalnog odjeljenja za istrage, izvještaj se šalje komandujućem oficiru koji odlučuje da li će se predmet proslijediti tužiteljstvu. Sud smatra, poput sudije Brooka (vidi, stav 82. gore), da Specijalno odjeljenje za istrage nije imalo “slobodu da samo odlučuje kada će pokrenuti i kada će okončati istragu” i da ne podnosi izvještaj “prije svega, [Vojnom tužilaštvu]”, nego vojnom zapovjednom lancu, te se može smatrati dovoljno nezavisnim od vojnika koji su umiješani u događaje i da ne može zadovoljiti uslove iz člana 2.

173. Slijedi da je prvobitnoj istrazi o smrtnom slučaju brata četvrtog podnosioca predstavke nedostajala nezavisnost oficira Specijalnog odjeljenja za istrage. Za vrijeme početne faze istrage, prikupljeni su dokazi sa lica mjesta smrtnog slučaja i izjave koje su dali vojnici koji su bili prisutni za vrijeme incidenta. Međutim, u toj početnoj fazi istrage, istražitelji Specijalnog odjeljenja za istrage nisu ispitali razvodnika S, vojnika koji je ubio brata podnosioca predstavke. Čini se da je Specijalno odjeljenje za istrage ispitalo četiri iračka svjedoka, od kojih su neki možda bili susjedi koji su, prema podnosiocu predstavke, bili svjedoci otvaranja vatre, ali Specijalno odjeljenje za istrage nije uzelo njihove izjave. U svakom slučaju, rezultat nedostatka nezavisnosti je bio taj da se istraga okončala, a da nije bila dovršena. Nekoliko mjeseci kasnije, istraga je ponovo otvorena i čini se da je kriminalistička ekspertiza obavljena na osnovu materijala prikupljenog na licu mjesta, uključujući djeliće metka i vozilo. Izvještaj Specijalnog odjeljenja za istrage je poslat komandujućem oficiru, koji je odlučio da predmet prosljedi Vojnom tužilaštvu. Tužioci su uzeli izjave od vojnika koji su bili svjedoci incidenta i odlučili, nakon što su dobili nezavisan pravni savjet, da nema dokaza da razvodnik S. nije djelovao u granicama legitimne samoodbrane. Kao što je već rečeno, svjedočenje očevidaca je bilo osnovno u ovom predmetu budući da uzrok smrti nije sporan. Sud smatra da je dugotrajan period prije nego što je razvodnik S. ispitan o incidentu, zajedno sa dugotrajnim periodom koji je bio potreban da bi potpuno nezavisan istražitelj ispitao druge vojnike svjedoke, doveo do visokog rizika da dokazi budu nepouzdati zbog proteka vremena do momenta kada je Vojno tužilaštvo trebalo da ih ispita. Osim toga, čini se da nijedan nezavisan istražitelj nije prikupio dokaze od susjeda Iračana koji su bili, prema tvrdnji četvrtog podnosioca predstavke, svjedoci otvaranja vatre.

174. Dok ne postoje dokazi da je vojni zapovjedni lanac pokušao da interveniše u istrazi o smrti sina petog podnosioca predstavke, Sud smatra da istražitelji Specijalnog odjeljenja za istrage nisu bili nezavisni zbog razloga koji su navedeni gore. Osim toga, Vlada nije pružila objašnjenje o velikom vremenskom razmaku između smrtnog slučaja i postupka pred vojnim sudom. Čini se da je to kašnjenje ozbiljno ugrozilo djelotvornost istrage, povrh svega zbog toga što je svaki trag nekih od vojnika optuženih za umješnost u incident potpuno izgubljen (vidi, u tom pogledu, komentare u izvještaju Aitken, stav 61. gore). Osim toga, Sud smatra da uzak okvir krivičnog postupka protiv optuženih vojnika nije mogao adekvatno zadovoljiti zahtjeve iz člana 2, imajući u vidu posebne okolnosti ovog predmeta. Čini se da su postojali barem *prima facie* dokazi da su britanski vojnici, koji su pomagali iračkoj policiji u borbi protiv pljačkanja, uhapsili sina petog podnosioca predstavke, koji je bio maloljetan, i da se on utopio nakon što su ga oni maltetirali. Imajući u vidu te okolnosti, Sud smatra da član 2 iziskuje nezavisno ispitivanje, koje je pristupačno porodici žrtve i javnosti, širih pitanja u vezi sa odgovornošću države za smrt, naročito u vezi sa uputstvima koja su data vojnicima zaduženim za misiju kao što je bila ona neposredno nakon invazije, te edukacijom i supervizijom.

175. U svjetlu navedenog, Sud smatra da proceduralna obaveza koja proizilazi iz člana 2 nije ispunjena u pogledu petog podnosioca predstavke. Premda je primio visoki iznos po okončanju građanskog postupka koji je pokrenuo, uključujući prihvatanje odgovornosti armije, istrage o okolnostima smrti njegovog sina (vidi, stav 165. gore) nikada nije bilo. Slijedi da peti podnosilac predstavke još uvijek može tvrditi da je žrtva u smislu člana 34. i da prethodni prigovor Vlade u pogledu nedostatka njegovog statusa žrtve mora biti odbačen.

176. Nasuprot tome, Sud ističe da je javna i potpuna istraga o okolnostima smrti sina šestog podnosioca predstavke blizu okončanja. U svjetlu te istrage, Sud ističe da šesti podnosilac predstavke prihvata da nije više žrtva povrede proceduralne obaveze u smislu člana 2. Prema tome, Sud prihvata prigovor Vlade u pogledu šestog podnosioca predstavke.

177. *In conclusio*, Sud zaključuje da je proceduralna obaveza koja proizilazi iz člana 2 Konvencije u pogledu prvog, drugog, trećeg, četvrtog i petog podnosioca predstavke prekršena.

KIPAR protiv TURSKE

Predstavka br. 25781/94, presuda Velikog vijeća od 10. maja 2001. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Predstavka se odnosi na situaciju na Kipru od početka vojnih operacija koje je od jula 1974. godine u njegovom sjevernom djelu vodila vojska Turske, odnosno tokom okupacije te teritorije koja je uslijedila. Kipar je tvrdio da je Turska odgovorna za veliki broj povreda različitih članova Konvencije, u različitim kontekstima. Ovdje izdvajamo dijelove presude u kojima se Sud bavio povredama procesnog aspekta članova 2 i 5 koje su posljedica propusta turskih vlasti da sprovedu djelotvornu istragu u vezi sa prisilnim nestancima kiparskih državljana grčkog porijekla, te dio presude u kojem je utvrđena povreda člana 3 u odnosu na srodnike nestalih osoba, pošto je Sud zauzeo stav da takvo nečinjenje turskih vlasti kod njih izaziva nivo patnje dovoljan da se kaže da su žrtve povrede člana 3.

Izvodi iz presude

(...)

2. Što se tiče osnovanosti pritužbi Države koja je podnosilac predstavke

(a) Član 2 Konvencije

123. Država koja je podnosilac predstavke tražila je od Suda da utvrdi da su prezentovane činjenice otkrile kontinuiranu povredu člana 2, sa stanovišta kako procesnih tako i materijalnih obaveza sadržanih u toj odredbi. U članu 2 se, kao relevantno, navodi sledeće:

„1. Svačije pravo na život je zaštićeno zakonom...”

124. Prema tvrdnjama Države koja je podnosilac predstavke, navodna povreda postupka učinjena je kao stvar administrativne prakse, imajući u vidu

kontinuirani propust organa tužene države da sprovedu bilo kakvu istragu o sudbini nestalih lica. Konkretno, nije bilo dokaza da su organi tužene države tragali za mrtvima ili ranjenima, a kamoli da su se bavili sahranjivanjem mrtvih. Nadalje, zahvaljujući prisustvu svojih oružanih snaga, tužena država je direktno nastavila da sprečava sprovođenje istraga na okupiranom području u cilju ulaženja u trag licima koje su se još uvek smatrala nestalim, kao i da odbija da saopšti šta se sa njima desilo.

125. Država koja je podnosilac predstavke dalje je naglasila da procesna obaveza zaštite prava na život koji se prenosi na tuženu državu primenom člana 2 nije mogla da se ispuni u kontekstu tekućeg rada CMP-a (vidjeti stav 16. gore), imajući u vidu ograničen obim mandata tog tela i karakteristike „efikasne istrage“, kako je definisano u sudskoj praksi Suda u kontekstu odredbe Konvencije o kojoj je reč.

126. Sa stanovišta materijalne obaveze sadržane u članu 2, Država koja je podnosilac predstavke je zatražila od Suda da utvrdi i proglasi, u skladu sa zaključkom Komisije, da tužena država nije preduzela neophodne operativne mere kako bi zaštitila pravo na život nestalih lica koja su sva nestala u okolnostima koje se smatraju opasnim po život, a za koje je tužena država znala, odnosno koje je ta država sama izazvala.

127. Komisija je konstatovala da su nestala lica nestala pod okolnostima koje su bile opasne po život, imajući u vidu, između ostalog, i činjenicu da je do njihovog nestanka došlo u vreme kada je bilo jasnih dokaza o ubistvima velikih razmera, pa i kao rezultat kriminalnog ponašanja van zona borbenih dejstava. Po mišljenju Komisije, a u vezi sa sudskom praksom Suda, organi tužene države imali su pozitivnu obavezu, prema članu 2, da sprovedu efikasne istrage o okolnostima pod kojima je došlo do nestanaka. Štaviše, ova obaveza se morala smatrati trajnom s obzirom na to da su nestala lica život mogla da izgube i usled zločina koji ne podležu zastarevanju.

128. Komisija je shodno tome zaključila da je član 2 prekršen zbog nepostojanja efikasne istrage od strane organa tužene države, i da taj propust ne može da se nadoknadi doprinosom tužene države radu CMP-a.

129. Sud konstatuje da Država koja je podnosilac predstavke pre svega tvrdi da se mora pretpostaviti da su nestala lica još uvek živa, osim ako ne postoje jasni dokazi koji bi govorili suprotno (vidjeti stav 119. gore). Iako dokazi koji su izvedeni pred Komisijom potvrđuju vrlo visoku učestalost vojnih i civilnih smrtnih slučajeva tokom vojnih operacija u julu i avgustu 1974. godine, Sud ponavlja da se ne može spekulirati o tome da li su neka od nestalih lica zaista ubile Turske snage ili paravojne formacije kiparskih Turaka kojima su ta lica možda bila dopala šaka. Istina je da je šef „TRNC-a“, g. Denкташ, 1. marta 1996. godine dao izjavu u kojoj je priznao da je turska vojska predala zarobljenike, kiparske Grke, borcima odnosno kiparskim Turcima koji su bili pod turskom komandom, i da su ti zarobljenici tada ubijeni (vidjeti stav 25 gore). Jednako je tačno da je u februaru 1998. profesor Yalçın Küçük, koji je 1974. godine služio kao turski oficir, tvrdio da je turska vojska učestvovala u rasprostranjenim ubistvima civila (vidjeti stav 25 gore). Iako su sve ove izjave izazvale nesumnjivu zabrinutost, posebno među srodnicima nestalih lica, Sud smatra da su one nedovoljne da se utvrdi odgovornost tužene države za smrt bilo kog od nestalih lica. To da je bilo koje od ovih lica ubijeno pod okolnostima koje su navedene u ovim izjavama, isključivo je spekulacija.

130. Sud konstatuje da se izvedeni dokazi o ubistvima koja su izvršili direktno turski vojnici, ili uz njihovo dopuštenje, odnose na period koji izlazi iz okvira ovog podneska. Uz to, treba napomenuti i da Komisija nije bila u mogućnosti da utvrdi, na osnovu činjenica, da li je neko od nestalih lica ubijeno pod okolnostima za koje se tužena država može smatrati odgovornom prema materijalnom delu člana 2 Konvencije. Sud stoga zaključuje da ne može da prihvati navode Države koja je podnosilac predstavke da činjenice otkrivaju suštinsku povredu člana 2 Konvencije kada je reč o bilo kom od nestalih lica.

131. Po mišljenju Suda, navodi Države koja je podnosilac predstavke moraju da se ispituju u kontekstu procesne obaveze države ugovornice prema članu 2 da štiti pravo na život. S tim u vezi, Sud podseća da obaveza zaštite prava na život prema članu 2 Konvencije, a koja se tumači u vezi sa opštom dužnošću države po osnovu člana 1 da „obezbedi svakome u okviru [njene] nadležnosti prava i slobode koje su definisane Konvencijom“, zahteva, putem implikacije, da postoji neki oblik efikasne službene istrage kada su pojedinci

ubijeni kao rezultat upotrebe sile od strane državnih službenika (vidjeti, *mutatis mutandis*, predmet *McCann i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 27. septembra 1995. godine, Serija A br. 324, str. 49, § 161, i *Kaya v. Turkey*, presuda od 19. februara 1998, *Izveštaji* 1998-I, p. 329, § 105) ili od strane lica koja to nisu (vidjeti, *mutatis mutandis*, predmet *Ergi protiv Turske*, presuda od 28. jula 1998. godine, *Izveštaji* 1998-IV, str. 1778, § 82; *Yaşa protiv Turske*, presuda od 2. septembra 1998. godine, *Izveštaji* 1998-VI, str. 2438, § 100; i *Tanrikulu protiv Turske* [VV], br. 23763/94, § 103, ESLJP 1999-IV).

132. Sud podseća da nema dokaza da je ijedno od nestalih lica protivzakonito ubijeno. Međutim, po njegovom mišljenju, a što je relevantno za ovaj predmet, gore navedena procesna obaveza takođe proizlazi iz dokazane argumentovane tvrdnje da je pojedinac koji je poslednji put viđen u pritvoru državnih službenika, nakon toga nestao u kontekstu koji može da se smatra opasnim po život.

133. S obzirom na ovo, Sud konstatuje da dokazi potvrđuju tvrdnju Države koja je podnosilac predstavke da su mnoga lica koja se sada vode kao nestala bile zarobljena od strane turskih ili kiparsko-turskih snaga. Njihovo pritvaranje dogodilo se u vreme kada su sprovođenje vojnih operacija pratila brojna hapšenja i ubistva. Komisija je tu situaciju ispravno opisala kao opasnu po život. Gore pomenuta emitovana izjava g. Denktaša i kasniji izveštaj profesora Küçüka, iako ne dovode do zaključka o odgovornosti tužene države za smrt nestalih lica, u najmanju ruku jasno pokazuju postojanje klime rizika i straha koja je postojala u dato vreme, kao i stvarne opasnosti kojima su zatvorenici bili izloženi.

134. Ne može se poreći da su nestala lica nestala u gore opisanoj atmosferi. Sud ne može a da ne primeti da organi tužene države nikada nisu sprovedi nikakvu istragu o tvrdnjama rođaka nestalih lica - da su ova nestala nakon što su zatvorena pod okolnostima u kojima je postojao stvarni razlog za strah za njihovu bezbednost. S tim u vezi, mora se napomenuti i to da alarmantna izjava g. Denktaša nije službeno dalje istraživana. Nije bilo nikakvih pokušaja da se utvrde imena lica koja su navodno puštena iz turskog pritvora u ruke paravojnih formacija kiparskih Turaka, niti da se ispita gde su mesta na kojima su sahranjena tela. Takođe se ne čini da je vođena bilo kakva zvanična istraga o tvrdnji da su zarobljeni kiparski Grci prebačeni u Tursku.

135. Sud se slaže sa Državom koja je podnosilac predstavke da se sporna procesna obaveza tužene države ne može ispuniti njenim doprinosom istražnom radu CMP-a. Kao i Komisija, i Sud konstatuje da, iako su procedure CMP-a nesumnjivo korisne u humanitarne svrhe, zbog kojih su i osnovane, one same po sebi nisu dovoljne da zadovolje standard efikasne istrage koji se zahteva članom 2 Konvencije, posebno s obzirom na uzak obim istraga koje to telo sprovodi (vidjeti stav 27 gore).

136. Uzimajući u obzir sve što je gore navedeno, Sud zaključuje da je postojalo kontinuirano kršenje člana 2 usled propusta organa tužene države da sprovedu efikasnu istragu sa ciljem da se razjasni mesto boravka i sudbina nestalih lica, kiparskih Grka koji su nestali pod okolnostima koje se smatraju opasnim po život.

(...)

(c) Član 5. Konvencije

142. Država koja je podnosilac predstavke je tvrdi da je tužena država prekršila član 5 Konvencije kao stvar administrativne prakse. U članu 5 se, kao relevantno, navodi sledeće:

„1. Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:

...“

143. Prema navodima Države koja je podnosilac predstavke, činjenica da organi tužene države nisu sprovedi brzu i efikasnu istragu o dobro dokumentovanim okolnostima u vezi sa pritvaranjem i naknadnim nestankom velikog ali neodređenog broja nestalih lica, kiparskih Grka, dovela je do povrede procesnih obaveza iz člana 5. Država koja je podnosilac predstavke je ponovila svoju tvrdnju da tuženu državu smatra odgovornom za sudbinu nestalih lica, budući da je dokazima jasno utvrđeno da su oni poslednji put viđeni pod kontrolom i u pritvoru turske vojske ili njihovih pripadnika.

144. Štaviše, pritvaranje nestalih lica nije se moglo opravdati pozivanjem na uslove iz člana 5 i trebalo se smatrati nezakonitim. Država koja je podnosilac predstavke je u vezi sa tim tvrdila da tužena država nije vodila nikakvu tačnu ili pouzdanu evidenciju o licima koja su njeni organi i službenici pritvorili, niti je preduzela bilo koje druge efikasne mere koje bi služile zaštiti od rizika od nestanka.

145. Komisija je zaključila da tužena država nije ispunila svoju obavezu da sprovede brzu i efikasnu istragu u vezi sa tvrdnjom da su kiparski Grci koji su 1974. godine bili zatvoreni od strane turskih snaga ili njihovih pripadnika nakon toga nestali. Po mišljenju Komisije, kršenje obaveze iz člana 5 moralo se protumačiti kao kontinuirana povreda, s obzirom na to da je Komisija već bila utvrdila, u svom izveštaju iz 1983. godine o prijavi br. 8007/77, da tužena država nije dostavila nikakve informacije o sudbini nestalih kiparskih Grka koji su nestali u turskom pritvoru. Komisija je naglasila da ne može postojati vremensko ograničenje u pogledu obaveze sprovođenja istrage i obaveštavanja, posebno jer ne može da se isključi da su zatvorena lica koja su nestala možda bila žrtve najtežih zločina, uključujući ratne zločine ili zločine protiv čovečnosti.

146. Komisija je, s druge strane, utvrdila da, što se tiče samog pritvora nestalih kiparskih Grka, nije bilo povrede člana 5. U vezi sa tim, Komisija je konstatovala da nema dokaza kojima bi se potkrepila pretpostavka da je, tokom razmatranog perioda, bilo ko od nestalih kiparskih Grka još uvek bio u pritvoru turskih ili kiparsko-turskih vlasti.

147. Sud je već na početku naglasio da tajno lišavanje pojedinca slobode predstavlja potpunu negaciju garancija lične slobode i bezbednosti sadržanih u članu 5 Konvencije i najtežu povredu tog člana. Pošto preuzmu kontrolu nad određenim licem, vlasti su dužne da izveste o tome gde se to lice nalazi. Iz tog razloga, mora se smatrati da član 5 nalaže vlastima da preduzmu efikasne mere kako bi lice zaštitile od rizika od nestanka, i da sprovedu brzu i efikasnu istragu u vezi sa tvrdnjom da je neko lice privedeno i da mu se od tada gubi svaki trag (vidjeti presudu u predmetu *Kurt protiv Turske* od 25. maja 1998. godine, *Izveštaji* 1998-III, str. 1185, § 124).

148. Sud se poziva na nepobitne dokaze da su kiparske Grke držale turske snage ili snage kiparskih Turaka. Nema naznaka da je vođena ikakva evidencija o identitetu pritvorenih ili o datumima ili mestu njihovog hapšenja. Sa humanitarne tačke gledišta, ovaj propust se ne može opravdati ni borbama koje su se vodile u dato vreme, kao ni sveukupno konfuznim i napetim stanjem stvari u tom trenutku. Posmatrano u smislu člana 5 Konvencije, nedostatak takvih informacija je onemogućio da se otkloni zabrinutost rođaka nestalih lica za njihovu sudbinu. Bez obzira na nemogućnost da se utvrde imena onih koji su privedeni, tužena država je trebalo da sprovede druge istrage, u cilju utvrđivanja razloga za nestanke. Kao što je već navedeno, nije bilo zvanične reakcije na nove dokaze da su nestali kiparski Grci odvedeni u turski pritvor (vidjeti stav 134. gore).

149. Sud je razmotrio ovaj navod iz ugla procesnih zahteva sadržanih u članu 5 Konvencije i obaveza koje se prenose na tuženu državu kao njenu potpisnicu. Poput Komisije, i ne dovodeći u pitanje vrednost humanitarnog rada koji obavlja CMP, Sud ponavlja da te obaveze nije moguće ispuniti s obzirom na prirodu istraga koje CMP sprovodi (vidjeti stav 135. gore).

150. Sud zaključuje da je, tokom perioda koji se razmatra, postojalo kontinuirano kršenje člana 5 Konvencije, zbog propusta organa tužene države da sprovedu efikasnu istragu o tome gde se nalaze i kakva je sudbina nestalih kiparskih Grka za koje je postojala argumentovana tvrdnja da su, u trenutku kada su nestali, bili u pritvoru.

151. Sud, s druge strane, nalazi, kao i Komisija, da nije utvrđeno da je tokom razmatranog perioda bilo ko od nestalih kiparskih Grka zapravo bio zatočen od strane vlasti kiparskih Turaka.

(...)

B. Rođaci nestalih kiparskih Grka

1. Član 3. Konvencije

154. Iz razloga koje je Komisija navela, država koja je podnosilac predstavke je zatražila od Suda da odluči da nastavak patnje porodica nestalih lica

predstavlja ne samo kontinuiranu, već i tešku povredu člana 3 Konvencije, koji glasi:

„Niko ne sme da bude podvrgnut mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.“

155. Po mišljenju Komisije, okolnosti na koje se poziva Država koja je podnosilac predstavke otkrivaju kontinuiranu povredu člana 3 kada su u pitanju rođaci nestalih lica. Po mišljenju Komisije, s obzirom na okolnosti pod kojima su članovi njihovih porodica nestali nakon vojne intervencije tokom koje su mnoge osobe ubijene ili zarobljene, i da je oblast naknadno bila zapečaćena čime je postala nedostupna za rodbinu, potonji su nesumnjivo morali da osećaju izuzetno bolnu nesigurnost i anksioznost. Štaviše, njihova duševna patnja nije nestala ni protokom vremena. Komisija je utvrdila da se postupanje kojem su bili izloženi rođaci nestalih lica može ispravno okarakterisati kao nečovečno u smislu člana 3.

156. Sud podseća da će pitanje da li je član porodice „nestalog lica“ žrtva postupanja suprotnog članu 3 zavisiti od postojanja posebnih faktora koji patnji dotične osobe daju dimenziju i karakter koji je različit od emocionalnog stresa koji se može smatrati neizbežno nanetim rođacima žrtve ozbiljnog kršenja ljudskih prava. Relevantni elementi će uključivati bliskost porodične veze (u tom kontekstu, posebna težina će se pridavati vezi između roditelja i dece), posebne okolnosti veze, stepen u kojem je član porodice bio svedok događaja o kojima je reč, umešanost člana porodice u pokušaje da se pribave informacije o nestaloj osobi, i načina na koji su nadležni reagovali na te upite. Sud dalje podseća da suština ove povrede ne leži toliko u činjenici da je član porodice „nestao“, već više u reakcijama i ponašanju vlasti u situacijama kada im se na to ukazivalo. Posebno u vezi sa ovim poslednjim, rođak može direktno da tvrdi da je žrtva ponašanja vlasti (vidjeti predmet *Çakici protiv Turske* [VV] br. 23657/94, stav 98, ESLJP 1999-IV).

157. Sud konstatuje da organi tužene države nisu preduzeli nikakvu istragu o okolnostima nestanka nestalih lica. U nedostatku bilo kakvih informacija o njihovoj sudbini, rođaci lica koja su nestala tokom događaja u julu i avgustu 1974. godine osuđeni su da žive u produženom stanju akutne anksioznosti,

za koju se ne može reći da je protekom vremena nestala. Sud ne smatra, u okolnostima ovog slučaja, da činjenica da određeni rođaci možda nisu bili svedoci pritvaranja članova porodice, ili se na to žalili vlastima tužene države, te rođake lišava statusa žrtve prema članu 3. Sud podseća da je vojna operacija rezultirala gubitkom brojnih života, kao i brojnim hapšenjima, pritvaranjima i prisilnim razdvajanjem porodica. Sveukupni kontekst mora da je i dalje živ u glavama rođaka lica čiju sudbinu vlasti nikada nisu objasnile. Oni trpe agoniju neznanja da li su im članovi porodice ubijeni u sukobu ili su još uvek u pritvoru, ili su, ako su zatvoreni, od sada umrli. Činjenica da je veoma veliki broj kiparskih Grka morao da potraži utočište na jugu se, zajedno sa trajnom podelom Kipra, mora smatrati veoma ozbiljnom preprekom njihovoj potrazi za informacijama. Davanje ove vrste informacija je dužnost organa tužene države. Ta dužnost nije ispunjena. Po mišljenju Suda, ćutanje vlasti tužene države po pitanju istinske zabrinutosti rođaka nestalih lica dostiže nivo ozbiljnosti koji se može kategorisati samo kao nečovečno postupanje u smislu člana 3.

158. Iz gore navedenih razloga, Sud zaključuje da je, tokom razmatranog perioda, postojalo kontinuirano kršenje člana 3 Konvencije u pogledu rođaka nestalih kiparskih Grka.

TURLUYEVA protiv RUSIJE

Predstavka br. 63638/09, presuda od 20. juna 2013. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnositeljka predstavke je majka devetnaestogodišnjaka kog su ruske vlasti uhapsile za vrijeme vojnih operacija u Čečeniji u oktobru 2009, od kada nije viđen. Pošto je zaključio da se može pretpostaviti da je on mrtav, Sud je utvrdio odgovornost Rusije za povredu materijalnog aspekta člana 2 jer nije preduzela odgovarajuće mjere da zaštiti njegov život, a zatim i za povredu procesnog aspekta istog člana, jer nije sprovela djelotvornu istragu u vezi sa njegovim nestankom. Sud je utvrdio da je povrijeđen i član 5 Konvencije jer izgleda da je sin podnositeljke predstavke uhapšen bez ikakvog pravnog osnova i bez ikakvih garancija koje treba da prate lišenje slobode, kao i da je ona sama žrtva povrede člana 3, imajući u vidu bol i patnju koju je trpjela i trpi zbog nemogućnosti da sazna sudbinu svoga sina i zbog načina na koji su ruske vlasti postupale kada im se obraćala. Na kraju, Sud je zaključio da je povrijeđen i član 13, koji garantuje pravo na djelotvoran pravni lijek, u vezi sa članom 2, jer podnositeljki predstavke na raspolaganju nije stajalo djelotvorno pravno sredstvo koje bi mogla koristiti u vezi sa izostankom djelotvorne istrage povodom nestanka sina.

Izvodi iz presude

(…)

Osnovanost*1. Navodna povreda suštinskog aspekta prava na život***(a) Podnesci strana u postupku**

78. Prigovor podnositeljke predstavke po osnovu materijalnog aspekta člana 2 bio je dvojak. Ona je, kao prvo, tvrdila da su njenog sina ubili državni službenici, kršeći član 2. Navela je da joj je sin poslednji put viđen u sedištu puka spoljne straže, u noći između 21. i 22. oktobra 2009. godine. Bio je osumnjičen za ozbiljan zločin, odnosno za pružanje pomoći pripadnicima ilegalnih oružanih grupa koji su ubili i ranili više policajaca. Bio je uplašen i pokazivao je znake zlostavljanja. Viši službenici policije su nedvosmisleno pretili da će ga, ako ne bude sarađivao, ubiti u znak odmazde za žrtve koje je puk pretrpeo. Njegovo pritvaranje ili ispitivanje nisu nigde evidentirani. Od tog dana Sayd-Saleha više niko nije video; nema informacija o tome šta se sa njim dogodilo, niti gde se nalazi. Država nije bila u stanju da pruži nikakvo objašnjenje o tome šta mu se dogodilo kasnije. Stoga se mora pretpostaviti da su ga ubile ista ona lica koja su ga 21. oktobra 2009. godine pritvorila.

79. Drugo, podnositeljka predstavke je tvrdila da Ruska Federacija nije ispunila svoje pozitivne obaveze prema članu 2 da zaštiti život Sayda Salekh Ibragimova. Podnositeljka predstavke je ukazala na niz ozbiljnih propusta, kako opšte tako i specifične prirode, koji su doveli do mogućnosti da njen sin nakon pritvaranja „nestane“. Uprkos velikom broju „nestanaka“ do kojih je u Čečeniji došlo tokom proteklih godina, vlasti nisu uspele da uspostave sistem kojim bi takvi incidenti mogli da se spreče, i omogućiti da se na njih brzo reaguje kada se dogode. Stoga je podnositeljka predstavke naglasila da odgovornost za specijalne operacije tokom kojih bi lica mogla da budu pritvorena nije jasna, posebno kada je reč o lokalnim organima za sprovođenje zakona. Spisak službenika koji su učestvovali u ovakvim akcijama nije bio dostupan, iako su ga istražni organi tražili mesecima nakon akcije. Istražni organi nisu bili u mogućnosti da obezbede saradnju komandnih oficira, što ilustruju dokumenti

koji se odnose na g. Delimkhanova. Nisu preduzete nikakve disciplinske ili druge mere protiv službenika višeg ranga zaduženih za sprovođenje zakona, koji su bili zaduženi za operacije koje su rezultirale nestancima, kao ni protiv viših tužilaca i istražitelja zbog nepreduzimanja blagovremenih mera kako bi se nestanci sprečili i istražili. To je dovelo do nekažnjivosti, kako počinilaca tako i službenika istražnih agencija. Konačno, podnositeljka predstavke smatra da je njen sin mogao biti spašen od „nestanka“ da je, po njenom zahtevu, sprovedena brza i sveobuhvatna istraga.

80. Stav Države bio je ograničen na ukazivanje na to da do sada nisu probavljene nikakve proverljive informacije o smrti Sayd-Saleha.

(b) Ocena suda

(i) Da li se Sayd-Salekh Ibragimov može smatrati mrtvim, i utvrđivanje odgovornosti za njegovu pretpostavljenu smrt

81. Sud konstatuje da je u svojoj opsežnoj sudskoj praksi uspostavio niz opštih principa koji se odnose na utvrđivanje spornih stvari, posebno kada se suoči sa navodima o kršenju osnovnih prava (za najnoviji sažetak te sudske prakse, vidjeti predmet *El Masri protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* [VV] br. 39630/09, st. 151-53, od 13. decembra 2012. godine).

82. Osvrćući se na okolnosti ovog predmeta, Sud nalazi da je, na osnovu podnesaka strana u postupku i dokumenata koji su mu dostavljeni, u dovoljnoj meri utvrđeno da su vojnici spoljne straže oko ponoći 21. oktobra 2009. godine odveli Sayd-Salekh Ibragimova u štab puka u Groznom (vidjeti, na primer, stavove 42-44 i 50 gore). Dvojica njegovih rođaka, Adnan I. i Magomed I., takođe su odvedeni u štab puka, gde su ga videli. Pritvor Sayd-Salekh Ibragimova bio je zasnovan na sumnji da je počinio krivično delo, odnosno da je pružio pomoć navodnom članu kriminalne grupe, iako protiv njega nije bila podignuta nikakva zvanična optužnica. Policijski službenici su ga tokom pritvora ispitivali, verovatno o kriminalnoj delatnosti za koju je bio osumnjičen. Međutim, u vezi sa njegovim pritvorom ili ispitivanjem nije sačinjen nikakav formalni zapisnik. Njegov ujak i rođak videli na Sayd-Salekh Ibragimovu jasne znake zlostavljanja; bio je uplašen i pod punom kontrolom svojih otmičara. Stavljeno im je na znanje da njegov život zavisi od stepena njegove „saradnje“

sa policajcima koji su ga smatrali odgovornim za smrt i ranjavanje kolega. Iako su neki oficiri naftnog puka tvrdili da je pušten, zajedno sa svoja dva rođaka, on od tada više nije viđen i njegova porodica o njemu nema nikakvih vesti. Adnan I. i Magomed I. odlučno su negirali da je on pušten zajedno sa njima, kako pred Sudom tako i domaćoj istrazi (vidjeti stavove 16, 17, 24 i 36 gore). Ni istraga nije prikupila nikakve dokaze o njegovom navodnom puštanju na slobodu. Ne postoji nijedno uverljivo objašnjenje o tome šta se sa njim desilo nakon privođenja.

83. Sud ponavlja da je u situacijama kao što je ova, kada je moguće utvrditi da je neko lice ušlo u mesto koje je pod kontrolom vlasti i da od tada više nije viđeno, odgovornost na državi da obezbedi uverljivo i zadovoljavajuće objašnjenje o tome šta se na tom mestu desilo i da pokaže da dotična osoba nije bila pritvorena od strane vlasti, već je napustila prostorije jer nije bila lišena slobode (vidjeti predmet *Taniş i drugi protiv Turske*, br. 65899/ 01, st. 160, ESLJP 2005–VIII, i *Magomadov protiv Rusije*, br. 68004/01, § 97, od 12. jula 2007. godine). Država se pozvala na nezavršenu krivičnu istragu i nedostatak dokaza o smrti sina podnositeljke predstavke. Međutim, Sud je mišljenja da to što istraga nije napredovala dalje od utvrđivanja osnovnih činjenica koje je navela podnositeljka predstavke nije štetna kada je u pitanju njen argument da je država odgovorna za pritvaranje Sayd-Salekh Ibragimova. Sud smatra da Država nije pružila uverljivo objašnjenje o tome šta se sa Sayd-Salekh Ibragimovim desilo nakon njegovog dovođenja u štab spoljne straže, niti je na uverljiv način pokazala da je pušten na slobodu.

84. Ostaje da se vidi da li, kako podnositeljka predstavke navodi, Sayd Salekh Ibragimov može da se smatra mrtvim nakon svog nepriznatog/tajnog pritvaranja. Sud ponavlja da pretpostavka smrti nije automatska, i da se do nje dolazi samo ispitivanjem okolnosti predmeta, gde protok vremena od kada je osoba posljednji put viđena živa ili se od nje čuo kakav glas predstavlja relevantan element (vidjeti predmet *Varnava i drugi protiv Turske* [VV], br. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 143, ESLJP 2009).

85. U brojnim predmetima nestanaka na ruskom severnom Kavkazu, Sud je smatrao da se, kada je lice zadržano od strane neidentifikovanih državnih

agenata bez naknadnog priznanja pritvora, to može smatrati situacijom koja je opasna po život. Ovakav stav je ponovljen u situacijama kada su, kao u ovom slučaju, pojedinci nestali sa mesta i iz zgrada koje su bile pod punom kontrolom vlasti (vidjeti, na primer, predmet *Yusupova i Zaurbekov protiv Rusije*, br. 22057/02, stav 55, od 9. oktobra 2008. godine, *Magomadov*, navedeno gore, § 98; *Asadulayeva i drugi protiv Rusije*, br. 15569/06, § 94, od 17. septembra 2009. godine; i *Matayeva i Dadayeva protiv Rusije*, br. 49076/06, § 85, od 19. aprila 2011. godine). U ovom predmetu, Sud konstatuje prisustvo istih elemenata koji su ga ranije već naveli da smatra da je pritvor opasan po život. Štaviše, ovo je redak primer da su svedoci imali priliku da izveste o eksplicitnim pretnjama po život dotične osobe.

86. Mora se prihvatiti da što više vremena prođe bez ikakvih vesti o pritvorenoj osobi, veća je verovatnoća da ta osoba više nije živa. Protok vremena stoga može u određenoj meri da utiče na težinu koja se pridaje drugim elementima posrednih dokaza pre nego što se zaključi da se dotična osoba može smatrati mrtvom (vidjeti predmet *Taniş i drugi*, navedeno gore, § 201). U kontekstu nestanaka do kojih je dolazilo na Severnom Kavkazu, Sud je, u odsustvu bilo kakvih pouzdanih vesti o nestalim osobama za periode od četiri i po godine (vidjeti predmet *Imakayeva protiv Rusije*, br. 7615/02, st. 155, ESLjP 2006 XIII (izvodi), i *Medova protiv Rusije*, br. 25385/04, § 90, od 15. januara 2009. godine) do više od deset godina, pošao od pretpostavke da lica više nisu među živima.

87. U trenutku donošenja presude u ovom predmetu, bilo je prošlo već više od tri godine bez ikakvih vesti o Sayd-Salekh Ibragimovu. S obzirom na mnoge slične nalaze u prošlosti, Sud ponavlja da po život opasan kontekst nepriznatog/tajnog pritvora u ovom regionu postoji. Upravo je taj kontekst najrelevantniji za odluku o tome da li se osoba može smatrati mrtvom ili ne. U takvim okolnostima ne bi bilo prirodno nametati određeni rok za razmatranje tužbe prema članu 2; iako treba uzeti u obzir sve elemente slučaja, ima dovoljno dokaza koji ukazuju na to da žrtve nestanaka često ne požive dugo nakon otmice (vidjeti, na primer, predmet *Luluyev i drugi protiv Rusije*, br. 69480/01, § 83, ESLjP 2006-XIII (izvodi); *Akhmadova i Sadulayeva protiv Rusije*, br. 40464/02, §§ 91-92, od 10. maja 2007. godine; kao i *Dzhabrailovy protiv Rusije*, br. 3678/06, § 65, od 20. maja 2010. godine).

88. U svetlu gore navedenog, Sud pretpostavlja da je Sayd Salekh Ibragimov mrtav. Shodno tome, odgovornost tužene države postoji. Napominjući da se vlasti nisu oslonile ni na jedan izuzetak od prava na život naveden u članu 2 stav 2, proizilazi da se odgovornost za pretpostavljenu smrt Ibragimova pripisuje Državi. Shodno tome, došlo je do povrede člana 2. Konvencije u tom pogledu.

(ii) Navodni propust da se preduzmu mere za zaštitu od rizika po život

89. Sud će dalje razmotriti navod podnositeljke predstavke da država nije ispunila svoje pozitivne obaveze da zaštititi život njenog sina.

90. Jasno je da se članom 2 državi nalaže ne samo da se suzdrži od namernog i nezakonitog oduzimanja života, već i da preduzme odgovarajuće korake kako bi zaštitila živote onih koji su pod njenom jurisdikcijom (vidjeti predmet *L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 9. juna 1998, § 36, *Izveštaji* 1998 III, i *Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 46477/99, § 54, ESLJP 2002 II). Obaveza države se u ovom pogledu proteže dalje od njene primarne dužnosti da obezbedi pravo na život uvođenjem delotvornih krivičnopravnih odredbi za odvracanje od činenja krivičnih dela protiv ličnosti, uz podršku mehanizama za sprovođenje zakona radi sprečavanja, suzbijanja i kažnjavanja kršenja tih odredbi. Član 2 Konvencije takođe može da podrazumeva pozitivnu obavezu vlasti da preduzmu preventivne operativne mere kako bi zaštitile pojedinca čiji je život ugrožen od nekog krivičnog dela počinjenog od strane drugog pojedinca (vidjeti predmet *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. oktobra 1998. godine, § 115, *Izveštaji* 1998-VIII).

91. Sud ponavlja da se obim svake pozitivne obaveze mora tumačiti na način koji vlastima ne nameće nemoguć ili nesrazmeran teret, imajući u vidu poteškoće u radu policije u modernim društvima, nepredvidivost ljudskog ponašanja i operativne izbore u smislu prioriteta i resursa. Ne može sve za šta se tvrdi da predstavlja rizik po život da po vlasti podrazumeva konvencijske zahteve da se preduzmu operativne mere kako bi sprečilo da se taj rizik materijalizuje. Da bi Sud utvrdio povredu pozitivne obaveze zaštite života, mora da se utvrdi da su vlasti znale, ili da su u to vreme morale da znaju za postojanje stvarnog i neposrednog rizika po život identifikovane osobe od krivičnog dela počinjenog od strane trećeg lica, i da su propustili da preduzmu

mere iz okvira svojih ovlašćenja za koje se, razumno ocenjeno, moglo očekivati da bi njima taj rizik bio izbegnut (vidjeti *Osman*, navedeno gore, § 116; *Paul i Audrey Edwards*, navedeno gore, § 55, *Medova*, navedeno gore § 96; *Rantsev protiv Kipra i Rusije*, br. 25965/04, § 222, ESLJP 2010 ... (izvodi); i *Tsechoyev protiv Rusije*, br. 39358/05, § 136, od 15 marta 2011. godine).

92. Shodno tome, u ovom predmetu Sud mora da razmotri da li su vlasti u relevantno vreme mogle da predvide da je život Sayd-Salekh Ibragimova bio u stvarnoj i neposrednoj opasnosti, i da li su preduzele mere u okviru svojih ovlašćenja za koje je, razumno ocenjeno, moglo da se očekuje da će se njihovom primenom taj rizik izbeći.

93. Prvo, Sud ponavlja da su, po ruskom zakonu, kidnapovanje i protivpravno lišavanje slobode teška krivična dela (vidjeti stav 59. gore). Sud dalje zaključuje da je problem prisilnih nestanaka i njihove implikacije opasnosti po život za pritvorene osobe svakako poznat organima za sprovođenje zakona u regionu, s obzirom na njihovu učestalost i relativno ograničenu veličinu teritorije. Zapravo, kao što se čini iz gore sažetih informacija (vidjeti stavove 65-74 u tekstu iznad), ruske vlasti su toga bile u dovoljnoj meri svesne, te su u posljednje vreme preduzele niz konkretnih radnji kako bi istrage ove vrste zločina bile efikasnije, između ostalog i stvaranjem posebne jedinice u okviru Istražnog komiteta Čečenske Republike. Sud takođe uzima u obzir gornji nalaz životne ugroženosti u kontekstu preovlađujućeg nepriznatog/tajnog pritvaranja u ovom regionu, što je potvrđeno brojnim prethodnim presudama (vidjeti stavove 66. i 87. gore).

94. Potom, Sud smatra da je, nakon događaja od 21. oktobra 2009. godine, podnositeljka predstavke vlastima skrenula pažnju na situaciju u kojoj joj se sin nalazi. Tako su 1. novembra 2009. godine ona i njen rođak obavestili okružno tužilaštvo u Ačhoj-Martanu o odsustvu vesti o njenom sinu nakon njegovog hapšenja. Međutim, stiče se utisak da, u toj fazi, njihove pritužbe nisu ni konstatovane ni razmatrane (vidjeti stav 20. gore). Zatim je 2. decembra 2009. godine podnositeljka predstavke uložila pisanu žalbu okružnom istražnom komitetu u Achkhoy-Martanu (vidjeti stav 22. gore). Nekoliko dana kasnije, istražitelj je pribavio dodatne dokaze da je 21. oktobra 2009. godine Sayd-Salekh Ibragimov viđen pod kontrolom svojih otmičara i da je pokazivao

jasne znake zlostavljanja, da mu je prećeno, i da od tada više nije viđen (vidjeti stavove 24 26 i 30 gore). Istovremeno, postalo je jasno da o njegovom pritvoru ili ispitivanju nije sačinjena nikakva zvanična evidencija.

95. U svetlu gore navedenog, Sud zaključuje da su nadležni organi najkasnije do 2. decembra 2009. godine znali da je Sayd-Salekh Ibragimov protivpravno lišen slobode i da se nalazi u životnoj opasnosti.

96. Sud će sada da ispita da li je država preduzela operativne mere za zaštitu prava na život nestalog lica, onako kako to zahteva pozitivna obaveza inherentna članu 2 Konvencije (vidjeti predmet *Koku protiv Turske*, br. 27305/95, § 132 od 31. maja 2005. godine, *Osmanoğlu protiv Turske*, br. 48804/99, § 72, od 24. januara 2008. godine, i *Medova*, navedeno gore, § 99).

97. U tom kontekstu, po prijemu uverljivih informacija koje ukazuju na stvarnu i neposrednu opasnost po život nekog lica, ova obaveza zahteva hitnu i odgovarajuću reakciju organa za sprovođenje zakona. Mere koje je trebalo preduzeti mogle su da obuhvate hitnu inspekciju prostorija, primenu stručnih metoda u cilju prikupljanja pojedinačnih tragova koji su mogli da budu ostavljeni prisustvom ili zlostavljanjem nestale osobe, identifikovanje i ispitivanje uključenih vojnika/policajaca, kao i prikupljanje drugih kvarljivih tragova kao što su npr. snimci unutrašnjih kamera. Ove mere je trebalo preduzeti čim su vlasti saznale za situaciju životne ugroženosti u kojoj je lice poslednji put viđeno.

98. Međutim, takve mere nisu preduzete u cilju spasavanja života Sayda Salekh Ibragimova. U danima nakon pritužbe podnositeljke predstavke, istražitelj se zadovoljio time da prikupi nekoliko izjava i razmeni zahteve za dostavljanje informacija sa nizom institucija, uključujući zdravstvene i obrazovne. Ovo je očigledno bio neadekvatan odgovor na dobro utemeljenu tvrdnju o zločinu koji je izuzetno ozbiljan i izuzetno prisutan u regionu.

99. Sud nije u mogućnosti da spekulise o tačnom datumu pretpostavljene smrti Sayda Saleha. Međutim, kao što je gore navedeno, što više vremena prođe, manje su šanse da je oteta osoba još uvek živa. Ovo važi za svaku kriminalnu otmicu i nestanak, a posebno u kontekstu relativno rasprostranjenih nerazjašnjenih nestanaka poput onih koji se dešavaju u Čečenskoj Republici.

Efikan i brz odgovor vlasti je u ovakvim okolnostima od apsolutno vitalnog značaja, te bi se s razlogom moglo očekivati da bi, s obzirom na brojne prethodne slične zločine u regionu, adekvatan sistem već bio uspostavljen pre događaja o kojima je reč. Međutim, stiče se utisak da to nije bio slučaj. Sud posebno žali zbog izostanka ikakvog operativnog odgovora u ovom predmetu, gde su vlasti bile obaveštene ne samo o nepriznatom/tajnom pritvoru, već i o tačnoj lokaciji i identitetima onih koji su delo izvršili. Teško je pomiriti njihov više nego popustljiv stav sa očiglednom ozbiljnošću koju podrazumeva ugroženost života identifikovane osobe, i obavezom da se taj život zaštititi od nezakonitih pretnji.

100. Sud je već utvrdio da nemar koji su pokazali istražni ili nadzorni organi pred stvarnim i neposrednim pretnjama po život identifikovane osobe od strane državnih službenika kao što su npr. policajci koji su delovali očigledno van svojih zakonskih ovlašćenja, može da se smatra kršenjem pozitivne obaveze zaštite života (vidjeti predmet *Gongadze protiv Ukrajine* br. 34056/02, § 170, ESLJP 2005 XI). Osvrćući se na ovaj slučaj, Sud potvrđuje da činjenica da su osumnjičeni počinio bili policijski službenici ne oslobađa nadležne istražne i nadzorne organe - tužilaštvo i istražni odbor - ove obaveze.

101. Shodno tome, Sud ne može a da ne zaključi da, svojim propustom da reaguju brzo i odlučno, nadležni organi nisu poduzeli operativne mere u okviru svojih ovlašćenja za koje je, razumno ocenjeno, moglo da se očekuje da će se njihovom primenom izbeći rizikovanje života nestalog čoveka.

102. Prema tome, došlo je do povrede člana 2 Konvencije i zbog propusta da se zaštititi život Sayd-Salekh Ibragimova.

2. Navodna neadekvatnost istrage

103. Podnositeljka predstavke je tvrdila da je tužena država propustila da istraži i pretpostavljenu smrt njenog sina, iako joj je to bila proceduralna obaveza. Država je taj navod osporila.

104. Sud je u više navrata naveo da obaveza zaštite prava na život prema članu 2 Konvencije takođe implicira da, kada se pojedinac ubije kao rezultat upotrebe sile, mora da postoji neki oblik efikasne službene istrage. Sud je uspostavio niz principa koje treba slediti kako bi istraga bila sprovedena u

skladu sa zahtevima Konvencije (za nedavno objavljen sažetak, vidjeti *Rantsev*, navedeno gore, §§ 232-33).

105. Sud konstatuje da istraga nije ispunila zahtev hitnosti, jer je preduzimanje najznačajnijih koraka odlagano nedeljama i mesecima. Kao potpuno nerazumljivo, Sud konstatuje da je uprkos dokazima koji potkrepljuju izjave podnositeljke predstavke, istražitelj 17. decembra 2009. godine doneo odluku da ne otvori krivičnu istragu, navodeći kao razlog za to nedostatak dokaza o počinjenom krivičnom delu (vidjeti stav 31. gore). Iz dokumentacije sadržane u istražnom spisu proizilazi da su izjave policijskih službenika puka date tek 18. decembra 2009. godine (vidjeti stav 44. gore), odnosno nakon donošenja odluke da se sa krivičnim postupkom ne započinje. Iako je istraga zvanično otvorena 28. decembra 2009. godine, tek je u februaru 2010. godine podnosiocu predstavke priznat status žrtve i ispitani su i drugi svedoci (vidjeti stavove 34-35 gore), dok su dvojica službenika koje je direktno identifikovao Adnan I. ispitani tek u junu 2010. godine (vidi stavove 42 i 43 gore).

106. Prenošnje istrage sa jednog na drugi ogranak organa za sprovođenje zakona (vidjeti stavove 22 i 32 gore) doprinelo je kašnjenju, jer se moglo očekivati da će prijava tako teškog krivičnog dela odmah biti poverena nadležnoj kancelariji. Ova kašnjenja su rezultirala neizbežnim gubitkom kvarljivih dokaza, kao što su pojedinačni otisci žrtve i počinitelja i, u ovom slučaju, snimci unutrašnjih kamera (vidjeti stav 38. gore). S obzirom na značaj ove vrste dokaza u predmetu koji se odnosi na protivpravnu otmicu u okolnostima opasnim po život, kao i na kasniji nestanak, već je sam ovaj aspekt mogao da opravda nalaz da se radi o povredi postupka iz člana 2.

107. Kašnjenja kada je reč o ispitivanju potencijalnih počinilaca zločina predstavljaju još jedan ozbiljan problem kada se radi o efikasnosti istrage. U prošlosti, Sud je utvrđivao kršenje kada nisu preduzeti odgovarajući koraci da se smanji rizik od dosluha između lica koja su potencijalno uključena u zločin, što je predstavljalo značajan nedostatak kada je reč o adekvatnosti istrage (vidjeti predmet *Ramsahai i drugi protiv Holandije* [VV] br. 52391/99, § 330, ESLJP 2007 VI). U ovom konkretnom slučaju, prošlo je nekoliko meseci pre nego što su ispitana ključna lica koje su identifikovali svedoci, a što je u velikoj meri povećalo rizik od ove vrste dosluha.

108. Sud konstatuje i druge aspekte istrage koji dovode u pitanje njenu efikasnost. Sud je posebno zapanjen očiglednim oklevanjem istražnih organa da utvrde okolnosti i pravne osnove isporučivanja Sayd-Salekh Ibragimova u puk, gde je poslednji put viđen živ, njegovog ispitivanja i navodnog puštanja na slobodu. Izjave oficira puka u tom pogledu su kontradiktorne, kako međusobno tako i u odnosu na ostale dokaze koji su prikupljeni tokom istrage (vidjeti stavove 42-44 gore). Ovo je bilo očigledno barem nekim članovima istražnog tima, koji su pokušali da ostvare viši stepen saradnje sa visokim zvaničnicima koji su navodno bili umešani u zločin, uključujući tu i g. Delimkhanova. Stiče se utisak da su ova nastojanja bila osujećena, i da je istražitelj prekinuo rad u Istražnom odboru u roku od nekoliko dana od kada je, u ime policije, podneo izveštaj o nepostojanju saradnje (vidjeti stavove 45-46 gore).

109. Sud dalje konstatuje da, uprkos uverljivim pritužbama o umešanosti viših službenika policije u teško krivično delo, ništa u dokumentima koje je pregledao ne ukazuje na to da su preduzeti ikakvi posebni koraci kako bi se obezbedila nezavisnost i objektivnost istrage u svim okolnostima, i bez obzira na to da li se radilo o javnim ličnostima (vidjeti *Kolevi protiv Bugarske*, br. 1108/02, stav 208, od 5. novembra 2009. godine). Stoga se ne čini da je istraga imala ikakvog uticaja na njihov nastavak službe i njihovu, barem potencijalnu, sposobnost da izvrše pritisak na svedoke, žrtvu, pa čak i na samog istražitelja. Sud sa posebnom zabrinutošću konstatuje navode o pretnjama koje su upućene Adnanu I., o kojima je ovaj obavestio istražitelja, kao i druge relevantne pritužbe (vidjeti stavove 37, 53-55 gore). S obzirom na visoke činove i uticaj dotičnih osoba, zahtev za nezavisnu istragu u ovom slučaju nalagao je da se ode dalje od pukog oslanjanja na institucionalnu nezavisnost između Ministarstva unutrašnjih poslova i Istražnog komiteta, i zahtevao je da se osobe koje su potencijalno umešane u zločin uklone sa pozicija vlasti, čak i indirektno, nad ostalim akterima istrage. Sud u tom pogledu podseća da zahtev nezavisne istrage uključuje ne samo nepostojanje hijerarhijske ili institucionalne povezanosti, već i praktičnu nezavisnost. Ono o čemu se ovde radi nije ništa manje nego poverenje javnosti u monopol države na upotrebu sile (vidjeti predmet *Giuliani i Gaggio protiv Italije* [VV], br. 23458/02, § 300, ESLJP iz 2011. godine (izvodi), sa daljim referencama).

110. Ovi aspekti navode Sud na zaključak da je istraga na kraju bila neefikasna (vidjeti *Kolevi*, navedeno gore, § 201, i *Tsechoyev*, navedeno gore, § 153).

111. Sud je preliminarni prigovor Države o nedovoljnoj iscrpljenosti pravnih lekova u pogledu krivične istrage spojio sa osnovanošću pritužbe. Imajući u vidu gore navedeno, Sud zaključuje da ovaj prigovor treba odbaciti, budući da je pravni lek na koji se Država pozvala u datim okolnostima bio nedelotvoran.

112. Sud stoga zaključuje da je došlo i do povrede člana 2 Konvencije, u delu koji se odnosi na proceduru.

II. NAVODNA KRŠENJA ČLANOVA 3. I 5. KONVENCIJE USLED PROTIVPRAVNOG PRITVARANJA I NESTANKA SINA PODNOSITELJKE PREDSTAVKE

113. Podnositeljka predstavke se žalila na povredu članova 3. i 5. Konvencije, kao rezultat psihičkih patnji koje su joj nanete nestankom sina i nezakonošću njegovog pritvaranja. Relevantni delovi članova 3 i 5 glase:

Član 3.

“Niko ne sme da bude podvrgnut mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.”

Član 5.

“1. Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom: ...

(c) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju; ...

2. Svako ko je uhapšen biće odmah, i na jeziku koji razume, obavešten o razlozima za njegovo hapšenje i o svakoj optužbi protiv njega.

3. Svako ko je uhapšen ili lišen slobode shodno odredbama iz stava 1 (c) ovog člana biće bez odlaganja izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja funkcije i imaće pravo da mu se sudi u razumnom roku ili da bude pušten na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može se usloviti jemstvima da će se lice pojaviti na suđenju.

4. Svako ko je lišen slobode ima pravo da pokrene postupak u kome će sud hitno ispitati zakonitost lišenja slobode i naložiti puštanje na slobodu ako je lišenje slobode nezakonito.

5. Svako ko je bio uhapšen ili lišen slobode u suprotnosti s odredbama ovog člana ima pravo na naknadu.”

114. Država je ovaj argument osporila.

115. Sud konstatuje da je pritužba povezana sa onima koje su prethodno već ispitane u skladu sa članom 2, i da se stoga isto tako mora proglasiti prihvatljivom.

116. Sud je u više navrata utvrdio da situacija prisilnog nestanka dovodi do povrede člana 3 kada je reč o bliskim srodnicima žrtve. Suština te povrede ne leži toliko u činjenici da je član porodice „nestao“, koliko se radi o reakcijama i stavovima vlasti u situaciji kada im se na to skrene pažnja (vidjeti *Orhan protiv Turske*, br. 25656/94, § 358, od 18. juna 2002. godine i *Imakayeva*, navedeno gore, § 164).

117. Isto tako, Sud je u nekoliko navrata utvrdio da nepriznati/tajni pritvor predstavlja potpunu negaciju garancija sadržanih u članu 5 i otkriva posebno tešku povredu njegovih odredbi (vidjeti *Çiçek protiv Turske*, br. 25704/94, stav 164, od 27. februara 2001. godine i *Luluyev*, navedeno gore, § 122). Pritvaranje sina podnositeljke predstavke je, uz to, sprovedeno „van redovnog pravnog sistema” i „namernim zaobilaženjem redovnog postupka, predstavlja anatemu za vladavinu prava i vrednosti zaštićene Konvencijom” (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Babar Ahmad i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.) br. 24027/07, 11949/08 i 36742/08, §§ 113-14, od 6. jula 2010. godine, i *El Masri protiv "Bivše jugoslovenske republike Makedonije"* [VV], br. 39630/09, § 239, ESLJP 2012).

118. Sud ponavlja svoje nalaze u vezi sa odgovornošću države za otmicu i propust da sprovede značajnu istragu o sudbini Sayd-Salekh Ibragimova. Konstatuje i to da se podnositeljka predstavke, koja je majka nestalog muškarca, mora smatrati žrtvom povrede člana 3 Konvencije, zbog patnje i teskobe koje je pretrpela i nastavlja da ih trpi usled nemogućnosti da utvrdi njegovu sudbinu, ali i zbog toga kako se postupalo sa njenim žalbama.

119. Sud dalje potvrđuje, budući da je utvrđeno da je Sayd-Salekh Ibragimov bio pritvoren od strane državnih službenika, očigledno bez ikakvog pravnog osnova ili priznavanja pritvora, da to predstavlja posebno tešku povredu prava na slobodu i bezbednost ličnosti sadržanog u članu 5 Konvencije.

III. NAVODNA KRŠENJA ČLANA 13. KONVENCIJE

120. Podnositeljka predstavke se žalila i na povredu člana 13. u vezi sa članom 2. koji glasi:

“Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.”

121. Država je ovaj argument osporila.

122. Sud konstatuje da je i ova pritužba povezana sa onima koji su prethodno ispitane u skladu sa članom 2, i da se stoga mora proglasiti prihvatljivom.

123. Sud ponavlja da u okolnostima u kojima je, kao ovde, krivična istraga nestanka bila neefikasna, i gde je delotvornost svakog drugog pravnog leka koji je mogao da postoji, uključujući građanske pravne lekove koje je predložila Država, posledično narušena, država nije ispunila svoju obavezu iz člana 13 Konvencije (vidjeti *Khashiyev i Akayeva protiv Rusije*, br. 57942/00 i 57945/00, stav 183, od 24. februara 2005. godine).

124. Shodno tome, došlo je do povrede člana 13. u vezi sa članom 2. Konvencije.

PALIĆ protiv BOSNE I HERCEGOVINE

Predstavka br. 4704/04, presuda od 15. februara 2011. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Suprug podnositeljke predstavke bio je komandant u Armiji Republike Bosne i Hercegovine u „zaštićenoj zoni“ Žepa. U tom svojstvu, krajem jula 1995. godine, kada su snage Vojske Republike Srpske preuzele kontrolu nad Žepom, učestvovao je u pregovorima sa njenim predstavnicima o uslovima predaje svojih snaga i tada nestao. Njegovo tijelo prvobitno je ekshumirano u novembru 2001, ali je identifikovano tek u avgustu 2009. godine. Njegova supruga je predstavku podnijela 2004. žaleći se da istraga koja se u tom trenutku vodila u BiH nije djelotvorna, što bi značilo da su povrijeđeni procesni aspekti članova 2 i 5 Konvencije, kao i da je ona, uslijed bola i patnje koje trpi zbog nemogućnosti da sazna šta se s njenim suprugom desilo, žrtva povrede člana 3. Sud je, polazeći prvenstveno od toga da su posmrtni ostaci supruga podnositeljke predstavke na kraju ipak pronađeni i da je ona dobila značajan iznos na ime naknade štete, zaključio da je, uzimajući u obzir složene prilike u BiH, ograničene resurse i ogroman broj nestalih ljudi (više od 30.000), država učinila dovoljno da se ne može reći da je povrijeđena bilo koja odredba Konvencije, uprkos tome što okolnosti pod kojima je on izgubio život nisu rasvijetljene i što za njegovu smrt niko nije odgovarao. Sudije Bratza i Vehabović nisu se složili sa većinom. Smatrali su da se istraga koja je vođena u BiH ne može smatrati djelotvornom i da je stoga trebalo utvrditi povredu procesnog aspekta člana 2.

Izvodi

(…)

II. MERITUM

A. Član 2 Konvencije

61. Podnositeljka je kritikovala istragu u vezi sa nestankom i smrću njenog supruga. Prije svega, ona se žalila na neefikasnost istrage i na tempo istrage, pozivajući se na stavove Komisije za ljudska prava (vidjeti tač. 18). Drugo, ona je tvrdila da ad hoc komisije nisu nezavisne. Posebno je tvrdila da je jedan od članova tih komisija, g. Bukva, bio prisutan na poznatom sastanku od 27. jula 1995. (vidjeti tač. 11. i 21). Treće, ona je tvrdila da je jedan od glavnih osumnjičenika, g. Pećanac, dobio neke informacije o ovom predmetu iz Državnog tužilaštva. Četvrto, ona je predočila da postupak koji je protiv g. Tolimira vodio ICTY nije mogao osloboditi tuženu državu od njene proceduralne obaveze po članu 2, posebno zato što g. Tolimir nije bio optužen kao neposredni počinitelj (vidjeti tač. 30). I na kraju, podnositeljka je tvrdila da Srbija može da izruči g. Pećanca i g. Mijatovića Bosni i Hercegovini i, u vezi s tim, pozvala se na slučaj Veselina Vlahovića kojeg je Španija izručila Bosni i Hercegovini radi privođenja pravdi zbog optužbi za ratne zločine.

62. Vlada je poricala tvrdnje koje je iznijela podnositeljka i tvrdila da je istraga bila u skladu sa svim uslovima koje postavlja član 2.

63. Sud ponavlja da član 2 traži da relevantni organi sprovedu službenu istragu u pogledu sporne tvrdnje da je osoba, koja je zadnji put viđena u zatvoru, nakon toga nestala u smislu prijetnje po život. Istraga mora biti nezavisna i efikasna da može dovesti do identifikacije i kažnjavanja onih koji su odgovorni, da može u dovoljnoj mjeri obezbijediti element javnog preispitivanja, da bude dostupna porodici žrtve, kao i da bude izvršena ekspeditivno i u razumnom roku (vidjeti Varnava i ostali, gore citirano, tač. 191).

64. U predmetnom slučaju, Sud prvo mora ispitati da li se istraga može smatrati efikasnom. On napominje da je, bez obzira na početna kažnjenja (vidjeti tač. 70), istraga ipak na kraju dovela do identifikacije posmrtnih ostataka g. Palića. Imajući u vidu da je skoro 30.000 osoba proglašeno nestalim u ratu

u Bosni i Hercegovini (vidjeti tač. 6), ovo je samo po sebi značajno dostignuće. Samim otkrivanjem posmrtnih ostataka (tač. 46. gore), nije prestala da postoji proceduralna obaveza po članu 2, i Sud će dalje ispitati da li je istraga omogućila identifikaciju osoba odgovornih za nestanak i smrt g. Palića i da li su takve osobe izvedene pred lice pravde.

65. Sud napominje da su domaći organi u periodu između oktobra 2005. i decembra 2006. poduzimali razne istražne radnje koje su dovele do raspisivanja međunarodnih potjernica protiv g. Pećanca i g. Mijatovića zbog sumnje da su izvršili prisilni nestanak lica, što predstavlja zločin protiv čovječnosti (tač. 25). Istina, od toga perioda istraga je bila u zastoju, zato što glavni osumnjičeni žive u Srbiji i ne mogu biti izručeni kao državljani Srbije (tač. 42), ali se zbog toga Bosna i Hercegovina ne može smatrati odgovornom. Bosna i Hercegovina je mogla tražiti od Srbije da pokrene postupak u ovom slučaju (tač. 35). Međutim, Sud ne smatra obaveznim da se ispita da li je po Konvenciji postojala obaveza da tako postupi (u vezi s tim vidjeti *Ilascu i ostali protiv Moldavije i Rusije* [VV], br. 48787/99, tačke 330-31, ECHR 2004-VII), imajući u vidu da je i sama podnositeljka mogla slučaj prijaviti tužiocu za ratne zločine Republike Srbije, koji je nadležan za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene na prostorima bivše Jugoslavije (tač. 41). Štaviše, podnositeljki je ostavljena mogućnost da uloži žalbu protiv Srbije ako smatra da je Srbija prekršila njena ljudska prava po Konvenciji. Podnositeljka se takođe pozvala na slučaj g. Vlahovića (tač. 61). Međutim, Vlahović nije državaljanin Španije i stoga nije bilo prepreka za ekstradiciju. U ovakvim okolnostima, stav Suda je da je domaća krivična istraga bila efikasna u smislu da je uspjela da dovede do identifikacije i kažnjavanja onih koji su odgovorni za nestanak i smrt g. Palića, bez obzira na činjenicu da još nije došlo do osuđujućih presuda u vezi sa ovim slučajem. Proceduralna obaveza po članu 2, zaista, nije obaveza rezultata, nego obaveza načina (između ostalog vidjeti *Hugh Jordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 24746/94, tač. 107, ECHR 2001-III).

66. Sud dalje zapaža da je tužena država uhapsila g. Tolimira na zahtjev ICTY-a i da sarađuje sa ICTY u tom smislu. Međutim, suđenje protiv g. Tolimira je još uvijek u toku i, što je najvažnije, on nije optužen kao direktni počinilac (vidjeti tač. 30). Prema tome, neizvjesno je, u kojoj će mjeri suđenje g. Tolimiru

dati doprinos pronalaženju i kažnjavanju onih koji su direktno odgovorni za ubistvo g. Palića.

67. Što se tiče uslova nezavisnosti, Sud ne vidi razloge za sumnju u nezavisnost rada Državnog tužilaštva. Podnositeljka je navela da su informacije vezane za domaću istragu procurile do g. Pećanca, ali nema dokaza da je g. Pećanac dobio sporne informacije od Državnog tužilaštva. Isto tako je moguće da je on informacije dobio od bilo koga iz ad hoc komisija ili iz bilo kojeg drugog izvora. U svakom slučaju, pošto se iz predmeta vidi da su relevantni organi odmah upozoreni o mogućem curenju informacija i da su poduzete neophodne mjere, Sud ne smatra ovaj faktor dovoljnim da bi zaključio da domaća krivična istraga nije nezavisna.

68. Vraćajući se na ad hoc komisije, Sud priznaje njihov važan doprinos u utvrđivanju činjenica ovog teškog i problematičnog slučaja. Kad smo kod komisija, veoma zabrinjava to što je, navodno, jedan od članova ad hoc komisija igrao ulogu, makar i najmanju, u stvarnom nestanku aplikantinog muža (vidjeti tač. 61). Iako ne postoji nikakav dokaz da je g. Bukva zaista prisustvovao spornom sastanku, žalosno je da tužena vlada nije reagovala na ove tvrdnje. Ipak, s obzirom da je u okolnostima ovog slučaja, efikasna i nezavisna krivična istraga predstavljala ključni uslov za postupanje tužene države u skladu sa proceduralnom obavezom po članu 2 (vidjeti Önerildiz protiv Turske [VV], br. 48939/99, tač. 93, ECHR 2004- XII, i Branko Tomašić i ostali protiv Hrvatske, br. 46598/06, tač. 64, ECHR 2009- ...) i da komisije nisu imale uticaja na vođenje krivične istrage koja je još u toku, nije neophodno razmatrati pitanje njihove nezavisnosti (vidjeti McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva, br. 28883/95, tač. 156, ECHR 2001-III).

69. Nema nikakvih indikacija da krivična istraga nije otvorena za javno preispitivanje i/ili da nije dovoljno dostupna podnositeljki.

70. Što se tiče brzine reagovanja, Sud nije previdio činjenicu da su vlasti Republike Srpske tek u novembru 2001. godine priznale da je g. Palić bio zatvoren u vojnom zatvoru koji su držale snage vojske Republike Srpske, koja je jedna od preteča današnjih oružanih snaga Bosne i Hercegovine, i identifikovale oficira koji je odveo g. Palića iz tog zatvora. Neke radnje su poduzete početkom

2002. godine, ali prava krivična istraga je počela tek krajem 2005. godine. Međutim, u ovom slučaju Sud je samo nadležan *ratione temporis* da posmatra period nakon ratifikacije Konvencije od strane Bosne i Hercegovine (tj. nakon 12. jula 2002.), dok razmatra stanje slučaja na taj dan. Takođe treba ponoviti da se obaveze po članu 2 moraju tumačiti na način koji ne nameće nemoguć ili nesrazmjeran teret na organe vlasti (vidjeti, iako u drugom kontekstu, Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 28. oktobar 1998, tač. 116, izvještaji o presudama i odlukama 1998-VIII). Sud uzima u obzir kompleksnu situaciju u Bosni i Hercegovini, posebno u prvih deset godina nakon rata. U takvoj jednoj postkonfliktnoj situaciji, ono što predstavlja nemoguć i/ili nesrazmjeran teret mora se mjeriti vrlo određenim činjenicama i kontekstom. U vezi sa ovim, Sud napominje da je više od 100.000 ljudi ubijeno, 30.000 nestalo i više od dva miliona stanovnika raseljeno tokom rata u Bosni i Hercegovini. Zato je bilo neizbježno napraviti izbor poslijeratnih prioriteta i resursa. Osim toga, nakon dugog i brutalnog rata, Bosna i Hercegovina je prošla kroz jednu generalnu rekonstrukciju unutrašnje strukture i političkog sistema: u skladu sa Dejtonskim mirovnim sporazumom kreirani su entiteti i kantoni, uvedena je struktura podjele vlasti koja bi osigurala jednakost između „konstitutivnih naroda“ u postkonfliktnom društvu (vidjeti *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* [VV], br. 27996/06 i 34836/06, ECHR 2009-...), trebalo je stvoriti nove institucije i restrukturirati postojeće. Izvjesna odbojnost kod zaraćenih strana prema radu u ovim novim institucijama očekivana je u postkonfliktnom periodu kao što se vidi iz predmetnog slučaja. Iako je teško odrediti kada je tačno ovaj proces okončan, Sud smatra da je domaći pravni sistem do 2005. godine trebao biti takav da je u stanju da efikasno rješava slučajeve nestanka i ostale teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, nakon sveobuhvatne provjere naimenovanja policije i sudija i nakon formiranja Odjela za ratne zločine pri Sudu Bosne i Hercegovine (vidjeti tač. 51). Uzevši u obzir sve ovo, kao i da nije bilo perioda znatne neaktivnosti nakon 2005. godine od strane domaćih organa u predmetnom slučaju, Sud zaključuje da u okolnostima koje su bile na snazi u vrijeme nastanka činjenica, može se smatrati da je krivična istraga koju su vodili domaći organi vođena razložno ažurno i ekspeditivno.

71. Ukratko, domaći organi su na kraju identifikovali posmrtno ostatke g. Palića i sproveli nezavisnu i efikasnu krivičnu istragu o njegovom nestanku i

smrti. Od 2005. nije bilo perioda znatne neaktivnosti domaćih organa. Nadalje, podnositeljka je primila znatan iznos na ime obeštećenja za nestanak njenog supruga (za period 1995- 2000, vidjeti tač. 14). Sud zaključuje da, imajući u vidu specijalne okolnosti koje su vladale u Bosni i Hercegovini do 2005. godine, kao i posebne okolnosti predmetnog slučaja, nije bilo povrede člana 2. Konvencije.

B. Član 3. Konvencije

72. Podnositeljka je takođe tvrdila da su vlasti dugo odbijale da se angažuju, priznaju ili pomognu u njenim naporima da sazna šta se desilo sa njenim suprugom. Ona se pozvala na član 3. Konvencije.

73. Vlada je osporavala te tvrdnje.

74. Fenomen nestanka osobe predstavlja poseban teret za rodbinu nestalih koja nema nikakvih informacija o sudbini voljenih osoba i trpi duševni bol zbog neizvjesnosti. Praksa Suda od samog početka prepoznaje da situacija u kojoj je nalazi rodbina predstavlja nečovječno i ponižavajuće postupanje suprotno članu 3. Bit povrede nije u tome da su ozbiljno povrijeđena ljudska prava u pogledu nestale osobe; ona leži u stavovima i reagovanjima organa vlasti na takvu situaciju kada im je prezentovana. Ostali relevantni faktori uključuju srodničku bliskost, posebne odnose te veze, stepen u kojem je član porodice bio prisutan događaju o kojem je riječ i učešće člana familije u pokušajima da pribavi informacije o nestaloj osobi. Utvrđivanje takve povrede nije ograničeno samo na slučajeve u kojima je država odgovorna za nečiji nestanak, nego može nastati i onda kada vlasti ne reaguju na zahtjev koji upućuje rodbina radi pribavljanja informacija ili na prepreke na koje oni nailaze i kada ih ostavljaju da sami otkrivaju svaku pojedinost vezanu za nestanak, što se može smatrati flagrantnim, kontinuiranim i bezobzirnim zanemarivanjem obaveze da se razjasni gdje se nestala osoba nalazi, kao i sudbina te osobe (vidjeti Varnava i ostali, gore citirano, tač. 200, i izvori koji su citirani u presudi).

75. U predmetnom slučaju, Sud konstatuje da je podnositeljka prvu zvaničnu informaciju o sudbini svog supruga dobila više od pet godina nakon njegovog nestanka. Dom za ljudska prava u Bosni i Hercegovini je ustanovio da je g. Palić zaista bio žrtva nasilnog nestanka i našao brojne povrede Konvencije u vezi s tim. Pored toga, podnositeljki je dosuđena naknada za nematerijalnu štetu

(vidjeti tač. 14). Izvjesna težina može se takođe pripisati činjenici da su posmrtni ostaci g. Palića najzad pronađeni i da je nezavisna i efikasna krivična istraga ipak sprovedena, iako sa zakašnjenjem. Prema tome, iako je podnositeljka pretrpjela patnje i dalje ih trpi zbog ovoga, Sud je ustanovio da se reagovanja relevantnih organa ne mogu svrstati u nečovječno i ponižavajuće postupanje.

76. Prema tome, nije bilo kršenja člana 3. Konvencije.

C. Član 5. Konvencije

77. Podnositeljka je na kraju zatražila od Suda da utvrdi povredu člana 5 Konvencije iz razloga navedenih u tački 61. gore u tekstu.

78. Vlada je tvrdila da je istraga takođe bila u skladu sa uslovima koje propisuje član 5 Konvencije.

79. Sud ponavlja da član 5 traži da relevantni organi sprovedu bez odlaganja efikasnu istragu sporne tvrdnje da je dotična osoba odvedena u zatvor i da nije od tada viđena (vidjeti Kurt protiv Turske, 25. maja 1998, tač. 124, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-III; Kipar protiv Turske, gore citirano, član 147; i Varnava i drugi, gore citirano, tač. 208).

80. Iz razloga detaljno opisanih u tačkama 64-71 u kontekstu člana 2, Sud je ustanovio da nije bilo kršenja člana 5. Konvencije.

JORGIĆ protiv NJEMAČKE

Predstavka br. 74613/01, presuda od 12. jula 2007. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnosilac predstavke je 1999. u Njemačkoj osuđen za, između ostalog, genocid zbog zločina izvršenih na području Doboja u Bosni i Hercegovini u periodu od maja do septembra 1992. godine (osuđen je po jednoj tački optužnice za genocid i po trideset tačaka za ubistvo). Pred Sudom je tvrdio da Njemačka nije imala nadležnost da mu sudi i da su zbog toga povrijeđeni članovi 5 (bio je lišen slobode) i 6, stav 1. Osim toga, tvrdio je da su njemački sudovi, odbijajući da u krivičnom postupku sprovedu neke dokazne radnje koje je predlagao, povrijedili i član 6, stav 3. Uz to, tvrdio je da su njemački sudovi pojam genocida tumačili tako preširoko da su povrijedili član 7 Konvencije. Sud je uzeo u obzir relevantnu praksu Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog suda pravde, koji zločine izvršene u okviru etničkog čišćenja kakvo je sprovedeno na području Doboja 1992. godine nisu kvalifikovali kao genocid (mada treba reći da je ona nastala poslije odluka njemačkih sudova u slučaju Jorgić), ali i Rezoluciju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 47/121 od 18. decembra 1992. godine u kojoj se upozorava na „konzistentan obrazac teških i sistematskih povreda ljudskih prava“, protjerivanje nemoćnih civila i postojanje koncentracionih logora u oblastima pod kontrolom snaga iz Srbije i Crne Gore, te na politiku „etničkog čišćenja“, koje je oblik genocida“ i podijeljene stavove pravnih stručnjaka u pogledu kvalifikacije zločina izvršenih s ciljem etničkog čišćenja u Bosni i Hercegovini, i zaključio da u ovom slučaju nije bilo povrede člana 7, kao ni drugih članova na koje se podnosilac predstavke pozivao.

Izvodi
(...)

PRAVO

I. NAVODNE POVREDE ČLANA 5 STAV 1 (a) I ČLANA 6 STAV 1 KONVENCIJE

55. Podnosilac predstavke žalio se da njegova osuđujuća presuda za genocid Apelacionog suda iz Dizeldorfa koju je potvrdio Savezni sud pravde i Savezni ustavni sud, koji po njegovim navodima nisu imali nadležnost za njegov predmet, i njegov pritvor koji je iz toga proistekao predstavljaju povredu člana 5 stav 1(a) i člana 6 stav 1 Konvencije ...

56. Vlada je osporila ove navode.

A. Prihvatljivost

57. Sud konstatuje da ova pritužba nije očigledno neosnovana u okviru značenja člana 35 stav 3 Konvencije. Sud dalje navode da ona nije neprihvatljiva ni po kom drugom osnovu. Stoga ona mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci strana

(a) Podnosilac predstavke

58. Podnosilac predstavke zauzeo je stav da postoji opšte pravilo međunarodnog javnog prava, naime, dužnost nemiješanja koje, u principu, zabranjuje njemačkim sudovima da krivično gone stranca koji živi u inostranstvu za genocid koji je navodno počinio u stranoj zemlji protiv stranih žrtava. Kako on tvrdi, njemačkim sudovima takođe je bilo zabranjeno da izuzetno preuzmu jurisdikciju u skladu sa principom univerzalne jurisdikcije međunarodnog krivičnog prava koji je pohranjen u članu 6 stav 1 Krivičnog zakonika, pošto jurisdikcija sa tim principom nije bila međunarodno priznata u slučaju genocida.

59. Podnosilac predstavke naročito je istakao da, po članu VI Konvencije o genocidu, samo tribunal države na čijoj je teritoriji počinjeno djelo ili međunarodni tribunal imaju jurisdikciju da sude licu koje je optuženo za genocid. Taj član

stoga odražava dužnost nemiješanja koja proističe iz principa suvereniteta i ravnopravnosti svih država i zabrane zloupotrebe prava, što su opšta pravila međunarodnog javnog prava. On je priznao da princip univerzalne nadležnosti, kako ga priznaje običajno međunarodno javno pravo može, teoretski, prenijeti jurisdikciju na domaći sud i ako to nije sud naveden u članu VI Konvencije o genocidu. Međutim, on je ustvrdio da jurisdikcija u skladu sa tim principom, pošto je izuzetak od pravila nemiješanja, nije priznata ni međunarodnim ugovornim pravom niti međunarodnim običajnim pravom za svrhe suđenja licima optuženim za genocid. Njemački sudovi stoga su proizvoljno preuzeli tu nadležnost.

(b) Vlada

60. U podnescima koje je predala Vlada, njemački sudovi su bili “nadležni sud(ovi)” u smislu člana 5 stav 1 (a) Konvencije da osude podnosioca predstavke i “tribunal(i) uspostavljeni po zakonu” u smislu člana 6 stav 1 Konvencije. Njemačko krivično pravo bilo je primjenjivo na činjenice predmeta tako da, po njemačkom pravu, njemački sudovi imaju jurisdikciju za krivična djela za koja je bio optužen podnosilac predstavke. Oni su bili nadležni po članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika (u svojoj verziji koja je tada bila na snazi). Takođe je postojala legitimna veza između krivičnog gonjenja krivičnih djela za koja je bio optužen podnosilac predstavke i same Njemačke, što smatraju neophodnim njemački sudovi povrh formulacije iz člana 6 br. 1 Krivičnog zakonika da bi se ustanovila nadležnost, pa se i tako poštuje princip nemiješanja. Podnosilac predstavke živio je u Njemačkoj dugi niz godina i uhapšen je na teritoriji Njemačke. Štaviše, Njemačka je učestvovala u vojnim i humanitarnim misijama u Bosni i Hercegovini. Uz to su ispunjeni i uslovi propisani članom 7 stav 2 br. 2 Krivičnog zakonika, kojima se ugrađuje princip zastupanja, pošto ni MKSBJ ni krivični sudovi u mjestu zločina u Bosni i Hercegovini nisu tražili izručenje podnosioca predstavke.

61. Vlada je dalje zauzela stav da su odredbe njemačkog prava o nadležnosti u skladu sa principima međunarodnog javnog prava. Konkretno, kao što su uvjerljivo pokazali njemački sudovi, član VI Konvencije o genocidu, koji predviđa minimalne uslove za dužnost da se krivično goni za genocid, ne zabranjuje da za genocid krivično goni tribunal države koja nije država na čijoj je teritoriji djelo počinjeno.

62. Štaviše, princip univerzalne jurisdikcije kako je prepoznat u običajnom međunarodnom javnom pravu, daje ovlašćenje svim državama da ustanove jurisdikciju nad zločinima protiv međunarodnog prava, kao što su djela genocida, koji su usmjereni protiv interesa međunarodne zajednice kao cjeline, bez obzira na to gdje ili ko ih je počinio. Slično tome, nadležnost po principu zastupanja kako je predviđeno u članu 7 stav br. 2 Krivičnog zakonika nije bila u suprotnosti sa međunarodnim pravom. Njemački sudovi stoga su bili ovlašćeni da sude u predmetu podnosioca predstavke.

63. Vlada je navela da zakoni i sudska praksa brojnih drugih Strana ugovornica Konvencije, te sudska praksa MKSBJ izričito dopuštaju krivično gonjenje genocida u skladu sa principom univerzalne jurisdikcije.

2. Ocjena Suda

(a) Relevantni principi

64. Sud nalazi da predmet primarno mora da se ispita po članu 6 stav 1 Konvencije po stavki da li je podnosilac predstavke bio saslušan od strane "suda obrazovanog po osnovu zakona". Sud ponavlja da ovaj izraz odražava princip vladavine prava, koji je svojstven sistemu zaštite ustanovljene Konvencijom i Protokolima uz nju. "Zakon" u smislu člana 6 stav 1, obuhvata naročito zakone o uspostavljanju i nadležnostima sudskih organa (vidi između ostalog, *Lavents protiv Letonije*, br. 58442/00, stav 114, 28. novembar 2002). Shodno tome, ako neki sud nema nadležnost da sudi optuženome u skladu sa odredbama koje su primjenjive po domaćem pravu, on nije "obrazovan po osnovu zakona" u smislu člana 6 stav 1 (uporediti *Coëme i ostali protiv Belgije*, br. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, stavovi 99 i 107-08, ECHR 2000-VII).

65. Sud dalje ističe da, u principu, povreda navedenih domaćih odredbi zakona o osnivanju i nadležnosti sudskih organa od strane nekog tribunala pokreće pitanje povrede člana 6 stav 1. Sud je stoga nadležan da ispita da li je poštovano domaće pravo u ovom smislu. Međutim, kada se uzme u obzir opšti princip po kome je na prvom mjestu na samim domaćim sudovima da tumače odredbe domaćeg prava, Sud nalazi da on ne smije da ispituje njihovo tumačenje osim ako je došlo do flagrantnog kršenja domaćeg prava (v. *mutatis*

mutandis, *Coëme i ostali*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 98 *in fine*, i *Lavents*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 114). U tom smislu Sud takođe ističe da član 6 ne daje optuženome pravo da bira jurisdikciju nekog suda. Zadatak suda je stoga ograničen na to da ispita da li su postojali razumni osnovi da vlasti utvrde nadležnost (vidi između ostalog, *G. protiv Švajcarske*, br. 16875/90, Odluka Komisije od 10. oktobra 1999. godine, bez izvještaja i *Kübli protiv Švajcarske*, br. 17495/90, Odluka Komisije od 2. decembra 1992. godine, bez izvještaja).

(b) Primjena principa na ovaj konkretan predmet

66. Sud napominje da su njemački sudovi bazirali svoju jurisdikciju na članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika u vezi sa članom 220a toga Zakonika (u verziji koja je tada bila na snazi). Ove odredbe predviđale su da je nadležno njemačko krivično pravo i da, zbog toga, njemački sudovi imaju jurisdikciju da sude licu optuženom za genocid počinjen u inostranstvu bez obzira na to koje su državljanstvo imali optuženi i žrtve. Domaći sudovi su stoga ustanovili jurisdikciju u skladu sa jasnom formulacijom odgovarajućih odredbi Krivičnog zakonika.

67. Donoseći odluku o tome da li njemački sudovi imaju jurisdikciju po materijalnim odredbama domaćeg prava, Sud mora dalje da utvrdi da li je odluka domaćih sudova da oni imaju jurisdikciju u predmetu podnosioca predstavke bila u skladu sa odredbama međunarodnog javnog prava koje se primjenjuju u Njemačkoj. Sud konstatuje da su domaći sudovi našli da princip univerzalne jurisdikcije iz međunarodnog javnog prava, koji je kodifikovan u članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika, utvrđuje njihovu jurisdikciju, a u isto vrijeme se poštuje i dužnost nemiješanja koja postoji po međunarodnom javnom pravu. Po mišljenju domaćih sudova, njihova nadležnost po principu univerzalne jurisdikcije nije bila isključena formulacijom člana VI Konvencije o genocidu, pošto taj član treba razumijeti tako da on utvrđuje dužnost sudova koji se u njemu navode da sude licima osumnjičenim za genocid, a da u isto vrijeme ne zabranjuje krivično gonjenje od strane drugih domaćih sudova.

68. U utvrđivanju da li su domaći sudovi razumno tumačili primjenjiva pravila i odredbe međunarodnog javnog prava o nadležnosti, Sud je naročito

pokušao da ispita njihovo tumačenje člana VI Konvencije o genocidu. Sud zapaža, kako su takođe naveli i domaći sudovi (vidi naročito stav 20 ove presude), da se Strane ugovornice Konvencije o genocidu, uprkos prijedlozima u ranijim nacrtima koji su imali taj rezultat, nisu sporazumjele da u tom članu kodifikuju princip univerzalne jurisdikcije za genocid za domaće sudove svih Strana ugovornica (uporedi stavove 20 i 54 ove presude). Međutim, po članu I Konvencije o genocidu, Strane ugovornice imale su *erga omnes* obavezu da spriječe i kazne genocid, čija zabrana čini dio *jus cogens*. U tom svjetlu, mora se razumnim (i sasvim ubjedljivim) smatrati razmišljanje domaćih sudova da svrha Konvencije o genocidu, koja je naročito izražena u tom članu, ne isključuje nadležnost za kažnjavanje genocida od strane država čiji zakoni ustanovljavaju ekstrateritorijalnost u tom smislu. Pošto se tako došlo do razumnog i nedvosmislenog tumačenja člana VI Konvencije o genocidu u skladu sa ciljem te Konvencije, nije bilo potrebe u tumačenju navedene Konvencije pribjegavati pripremnim dokumentima koji igraju samo supsidijarnu ulogu u tumačenju međunarodnog javnog prava (vidi članove 31 stav 1 i 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu od 23. maja 1969. godine).

69. Sud zapaža u vezi sa tim da tumačenje člana VI Konvencije o genocidu koje su imali njemački sudovi u svjetlu člana I te Konvencije i ustanovljavanje jurisdikcije da se sudi podnosiocu predstavke po optužbama za genocid ima široku potvrdu u zakonskim odredbama i sudskoj praksi brojnih drugih Strana ugovornica Konvencije (za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) i u Statutu i sudskoj praksi MKSBJ. Sud primjećuje, naročito da je španski *Audiencia Nacional* tumačio član VI Konvencije o genocidu na potpuno isti način kao njemački sudovi (v. stav 54 ove presude). Nadalje, član 9 stav 1 Statuta MKSBJ potvrđuje stav njemačkih sudova, predviđajući zajedničku jurisdikciju MKSBJ i domaćih sudova, bez ograničenja na domaće sudove nekih konkretnih zemalja. Zaista, princip univerzalne jurisdikcije za genocid izričito je prepoznao MKSBJ (v. stavove 50-51 ove presude) i brojne ugovornice Konvencije ovlašćuju krivično gonjenje za genocid u skladu sa tim principom, ili barem kada su, kako je slučaj sa podnosiocem predstavke, ispunjeni dodatni uslovi – kao što su uslovi propisani principom zastupanja (v. stavove 52-53 ove Presude).

70. Sud zaključuje da tumačenje primjenjivih odredbi i pravila međunarodnog javnog prava od strane njemačkih sudova, u svjetlu kojih se moraju tumačiti odredbe Krivičnog zakonika, nije bilo proizvoljno. Oni su stoga imali razumne osnove za ustanovljavanje svoje jurisdikcije da sude podnosiocu predstavke po optužnici za genocid.

71. Slijedi da je predmet podnosioca predstavke bio razmatran od strane suda obrazovanog po osnovu zakona u smislu člana 6 stav 1 Konvencije. Stoga nije bilo povrede te odredbe.

72. S obzirom na gore navedeni nalaz po članu 6 stav 1, naime, da su njemački sudovi razumno preuzeli jurisdikciju da sude podnosiocu predstavke po optužnici za genocid, Sud zaključuje da je podnosilac predstavke bio zakonito pritvoren nakon osuđujuće presude “nadležnog suda” u smislu člana 5 stav 1 (a) Konvencije. Shodno tome, nije bilo povrede ni tog člana.

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 6 STAV 1 I STAV 3 (d) KONVENCIJE

73. Podnosilac predstavke tvrdio je da, zbog odbijanja Apelacionog suda iz Dizeldorfa, na osnovu člana 244 stav 5 Krivičnog zakonika, da pozove bilo kog svjedoka odbrane koji bi morao da se sudski pozove iz inostranstva, on nije imao pravično suđenje u smislu člana 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije. On se dalje žalio da odbijanje Apelacionog suda da pregleda navodno mjesto zločina u Grabskoj ili da traži da se izradi topografska mapa takođe predstavlja povredu člana 6 stav 1 i stav 3(d) Konvencije, koji, u svojim relevantnim dijelovima glase:

“1. Svako, tokom odlučivanja o ... krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu ... raspravu ... pred... sudom ...

3. Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

...

(d) da ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega;”

74. Vlada je osporila taj argument.

A. Podnesci strana

1. Vlada

75. Prema tvrdnjama Vlade, podnosilac predstavke nije iscrpio domaće pravne lijekove kada je riječ o njegovom prigovoru na odbijanje Apelacionog suda da pozove dvadeset i osam svjedoka u postupku pred Saveznim sudom pravde na osnovu toga da on nije dovoljno potkrijepio svoje pritužbe. Vlada je dalje navela da podnosilac predstavke nije ni na koji način pomenuo svoju pritužbu na odbijanje Apelacionog suda da ispita navodno mjesto zločina u Grabskoj u postupku pred Saveznim sudom pravde i da zbog toga takođe nije iscrpio domaće pravne lijekove u vezi sa tim.

76. Vlada je dalje navela da podnosilac predstavke nije više mogao da tvrdi da je žrtva povrede konvencijskih prava i da je njegova predstavka nekompatibilna *ratione personae* sa Konvencijom u mjeri u kojoj se njegove pritužbe odnose na zahtjeve da se uzmu svjedoci za optužbe za ubistvo dvadeset i dvoje ljudi u Grabskoj. Vlada je navela da je krivični postupak za ova krivična djela bio ponovno otvoren i prekinut.

77. Vlada je iznijela argument da u svakom slučaju pravo podnosioca predstavke na pravično suđenje po članu 6 Konvencije nije bilo povrijeđeno. Apelacioni sud je uzeo dokaze u skladu sa onim što je propisano tom odredbom. Po članu 244 Zakonika o krivičnom postupku konkretno, ista pravila za uzimanje dokaza primjenjuju se i na stranu tužioca i na stranu odbrane. Po njemačkom Zakoniku o krivičnom postupku, sami krivični sudovi treba da istraže istinitost na svoju inicijativu. Čak i ako istrage krivičnih djela počinjenih u inostranstvu pokreću značajne procesne probleme, optuženi su bili zaštićeni pravilima o krivičnom postupku i time što imaju benefit sumnje, tj. da se prihvata da nisu krivi ukoliko krivica ne može da se dokaže.

78. Po mišljenju Vlade, Apelacioni sud nije djelovao proizvoljno kada je odbio zahtjeve podnosioca predstavke da se proizvedu dalji dokazi. Ovaj sud propisno je ispitao zahtjeve podnosioca predstavke i dao objektivno opravdane razloge zbog kojih ih je odbio. Njegov zaključak po članu 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku da sudske pozivanje svjedoka koje je naveo podnosilac predstavke nije nužno u okolnostima predmeta za utvrđivanje istine ne

pokazuje da je postojala bilo kakva greška u zakonu, a Apelacioni sud je izložio sve razloge za svoje odluke.

2. Podnosilac predstavke

79. Podnosilac predstavke osporio je stav Vlade. On je naglasio da Savezni ustavni sud nije odbio njegovu pritužbu zbog toga što nije iscrpio domaće pravne lijekove i konstatovao je da on nije izgubio svoj status žrtve povrede člana 6 Konvencije.

80. Podnosilac predstavke žalio se da su član 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije povrijeđeni pošto je po članu 244 stav 5, druga rečenica, Zakonika o krivičnom postupku, Apelacioni sud odbio da pozove dvadeset i osam svjedoka odbrane koje je on naveo koji bi morali da se pozovu iz inostranstva, a u isto vrijeme je pozvao i ispitao šest svjedoka koje je naveo tužilac koji su bili pozvani iz inostranstva. On je konstatovao da bi u okolnostima njegovog predmeta, Apelacionom sudu, da je na pravi način koristio svoja diskreciona ovlašćenja, bilo zabranjeno da primijeni član 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku. Navedena odredba predviđa preduslove za odbijanje da se pozove svjedok koji mora da se pozove iz inostranstva, koji su manje strogi od onih koji se primjenjuju za obijanje da se pozove svjedok koji živi u Njemačkoj. Ova odredba bazira se na pretpostavci da za krivična suđenja u Njemačkoj dokazi uglavnom mogu da se dobiju u Njemačkoj. Međutim, u njegovom predmetu, koji se tiče djela navodno počinjenih u Bosni i Hercegovini, svjedoci po pravilu žive u inostranstvu. Primjena člana 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku zbog toga je bila proizvoljna. Da je Apelacioni sud pozvao navedene svjedoke, odmah bi utvrdio da svjedok tužioca za navodna krivična djela u Grabskoj nije rekao istinu.

B. Ocjena Suda

81. Sud smatra da u ovom predmetu nije neophodno da odlučuje o prigovorima Vlade koji se odnose na iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova i statusa žrtve podnosioca predstavke pošto, čak i da se pretpostavi da podnosilac predstavke jeste iscrpio domaće pravne lijekove i da još uvijek može da tvrdi da je žrtva povrede člana 6 Konvencije. U svakom smislu, Sud smatra da je predstavka u svakom slučaju neprihvatljiva iz dolje izloženih razloga.

1. Opšti principi

82. Sud ističe da, po opštem pravilu, domaći sudovi treba da ocjenjuju dokaze koji se pred njih iznesu, kao i relevantnost dokaza koje želi iznijeti odbrana. Konkretnije, član 6 stav 3 (d) – koji predviđa posebne aspekte opšteg koncepta pravičnog suđenja izložene u članu 6 stav 1 – njima u principu prepušta da ocjenjuju konkretno da li je prikladno da se pozovu određeni svjedoci. To ne iziskuje prisustvo i ispitivanje svakog svjedoka u ime optuženog. Međutim, zadatak je Suda da utvrdi da li se uzimanjem i ocjenom dokaza povrijedio princip pune “ravnopravnosti pred zakonom”, čime bi se cijeli postupak učinio nepravičnim (v. između ostalog, *Vidal protiv Belgije*, 22. april 1992, stav 33, Serija A br. 235-B, i *Heidegger protiv Austrije* (dec.), br. 27077/95, 5. oktobar 1999. godine).

83. U predmetima koji su pokrenuti pojedinačnim predstavkama nije zadatak Suda da ispituje domaće zakone apstraktno gledano, već mora da ispita način na koji su ti zakoni i drugi propisi bili primijenjeni na podnosioca predstavke u konkretnim okolnostima (v. između ostalog, *Sahin protiv Njemačke* [VV], br. 30943/96, stav 87, ECHR 2003-VIII, i *Sommerfeld protiv Njemačke* [VV], br. 31871/96, stav 86, ECHR 2003-VIII).

2. Primjena tih principa na ovaj konkretni predmet

84. Sud stoga mora da utvrdi da li je primjena člana 244 Krivičnog zakonika od strane domaćih sudova i njihovo odbijanje da pozovu određene svjedoke, pregledaju mjesto navodnog zločina ili nalože izradu topografske mape koje je proteklo iz toga učinilo čitav postupak nepravičnim.

85. Sud na samom početku zapaža da strane ne spore da se član 244 Krivičnog zakonika primjenjuje na sve zahtjeve da se pozovu svjedoci ili da se dobiju drugi dokazi, bez obzira na to da li ih preda tužilac ili odbrana. U predmetima kao što je ovaj, u kojima je zločin počinjen van Njemačke i u kojima će se, po pravilu, pokazati nužno da se dobiju dokazi iz inostranstva, njegova primjena nije stoga generalno favorizovala zahtjeve da se uzmu dokazi koje je predao tužilac. Štaviše, tačno je da član 244 stav 5, druga rečenica Zakonika o krivičnom postupku predviđa posebne uslove za odbacivanje zahtjeva da se ispita svjedok – bilo tužioca ili odbrane – koji bi morao da se pozove iz

inostranstva. Ti uslovi su zaista manje strogi od uslova za odbacivanje zahtjeva za uzimanje dokaza od svjedoka koji se mogu pozvati iz nekog mjesta u Njemačkoj. Međutim, ovi svjedoci ne tretiraju se automatski kao dokazi koji se ne mogu dobiti. Sudovi koji vrše preliminarnu procjenu dokaza koji su pred njih izneseni mogu, međutim, zaključiti da ispitivanje takvog svjedoka nije nužno za utvrđivanje istine (v. stav 39 ove presude).

86. Sud dalje zapaža da je Apelacioni sud, djelujući kao prvostepeni, odbio da pozove bilo kojeg od dvadeset i osam svjedoka koji žive u Bosni, a koje je naveo podnosilac predstavke, dok je sudski pozvao šest svjedoka tužilaštva iz inostranstva. Međutim, ova činjenica kao takva ne vodi nužno do zaključka da se nisu poštovali princip jednakosti pred zakonom ili pravo podnosioca predstavke da dobije prisustvo svjedoka i da je zbog toga cjelokupan postupak nepravičan. U tom smislu, Sud zapaža naročito da je Apelacioni sud, dajući detaljna obrazloženja zašto je odbio da uzima dalje dokaze, razmotrio pisane izjave najmanje sedam od navedenih dvadeset i osam svjedoka da bi se dokazala ista činjenica (naime da je podnosilac bio u pritvoru u vrijeme krivičnog djela) prije nego što je zaključio da bi svjedočenje svih dvadeset i osam svjedoka bilo od male dokazne vrijednosti i nerelevantno za odlučivanje u predmetu.

Sud primjećuje da je Apelacioni sud, kada je odbio zahtjev podnosioca predstavke da pozove ove svjedoke već bio čuo svjedočenja više od dvadeset svjedoka, uključujući i svjedočenja dva novinara koja nisu bila pogođena krivičnim djelima za koja je optužen podnosilac predstavke (i mogli su stoga, po pravilu, da se smatraju naročito kredibilnima). Ti svjedoci, koje je podnosilac predstavke mogao unakrsno da ispituje, svi su izjavili da su vidjeli podnosioca predstavke van zatvora u periodu za koji je on tvrdio da je bio pritvoren. U ovim okolnostima, Sud ne može da nađe da su domaći sudovi postupili proizvoljno kada su odlučili da nisu relevantna svjedočenja svjedoka koje je naveo podnosilac predstavke da bi dokazao da je bio pritvoren u vrijeme kada je počinjeno krivično djelo. Stoga Sud nalazi da ne postoje indikacije da je postupak protiv podnosioca predstavke bio u cjelini nepravičan.

87. Što se tiče pritužbe podnosioca predstavke na odbijanje Apelacionog suda da pregleda navodno mjesto zločina u Grabskoj ili da naloži da se izradi topografska karta da bi se dokazalo da argumenti svjedoka o navodnim djelima nisu vjerodostojni, Sud nalazi da je Apelacioni sud dao validne razloge za svoju odluku da smatra da se ovi dokazi ne mogu dobiti. S obzirom na činjenicu da je Apelacioni sud imao video snimak relevantnog lokaliteta i da je podnosilac predstavke mogao da ispituje konkluzivnost dokaza koji su uzeti u vezi sa djelima o kojima je riječ, Sud nalazi da nema indikacija da je činjenica što nije uzeo dodatne dokaze nespojiva sa članom 6 stav 1 i stav 3.

88. Slijedi da se pritužbe podnosioca predstavke po članu 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije moraju odbaciti kao očigledno neosnovane, u skladu sa članom 35 stav 3 i stav 4 Konvencije.

III. NAVODNA POVREDA ČLANA 7 KONVENCIJE

89. Podnosilac predstavke dalje se žalio da široko tumačenje zločina genocida koje su usvojili njemački sudovi, nema osnova u formulaciji tog krivičnog djela koja je data u njemačkom i međunarodnom javnom pravu i da su njemački sudovi proizvoljno našli da je njegova krivica naročite težine. On je tvrdio da osuđujuća presuda koja mu je izrečena predstavlja povredu člana 7 stav 1 Konvencije koji predviđa:

“Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.”

90. Vlada je osporila ovaj argument.

A. Prihvatljivost

91. Sud konstatuje da ova pritužba nije očigledno neosnovana u smislu značenja člana 35 stav 3 Konvencije. On dalje konstatuje da nije neprihvatljiva ni po kom drugom osnovu. Ona stoga mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci strana

(a) Podnosilac predstavke

92. Podnosilac predstavke naveo je da je osuđujuća presuda za genocid po članu 220a Krivičnog zakonika iziskivala dokaz da je počinitelj djelovao sa namjerom da uništi, u cijelosti ili dijelom, nacionalnu, rasnu, etničku ili vjersku grupu kao takvu. On je konstatovao da, s obzirom na doslovno značenje izraza “uništiti”, sami napad na uslove života ili osnovu opstanka kao grupe, kao u ovom predmetu, nije predstavljao uništenje same grupe. “Etničko čišćenje” koje su vršili bosanski Srbi u području Doboja imalo je za cilj samo da sve Muslimane silom otjera iz tog kraja, odnosno da protjera tu grupu, a ne da uništi samo njeno postojanje. Stoga se ne može smatrati genocidom u smislu člana 220a Krivičnog zakonika.

93. Nadalje, po navodima podnosioca predstavke, tumačenje izraza “namjera da se uništi” iz člana 220a, koji je uključen u Krivični zakonik da bi se u domaće pravo inkorporirala Konvencija o genocidu, koje su dali njemački sudovi, suprotno je tumačenju istog pojma u članu II Konvencije o genocidu usvojene od strane zajednice država. Zapravo, prema međunarodno prihvaćenoj doktrini, genocid se odnosi samo na slučajeve u kojima se ubistvo, istrebljenje ili deportacija vrše sa namjerom da se ukloni usko definisana grupa, odnosno, da se ona uništi u biološko-fizičkom smislu, ne samo kao društvena jedinica. Etničko čišćenje u bivšoj Jugoslaviji ne može da se uporedi sa istrebljenjem Jevreja koje je počinio nacistički režim, koje je bilo razlog da se osmisli Konvencija o genocidu.

94. Podnosilac predstavke tvrdio je da stoga za njega nije bilo moguće predvidjeti u vrijeme počinjavanja njegovog djela da bi ih njemački sudovi definisali kao genocid po njemačkom ili međunarodnom javnom pravu.

95. Slično tome, po mišljenju podnosioca predstavke, nalaz njemačkih sudova da je njegova krivica naročite težine predstavlja povredu člana 7 stav 1 Konvencije u tome što sudovi nisu uzeli u razmatranje da je on odigrao samo malu ulogu u navodnom genocidu u Bosni.

(b) Vlada

96. Po mišljenju Vlade, tumačenjem pojma “genocid” koje su dali njemački sudovi ne krši se član 7 stav 1 Konvencije. Formulacija krivičnog djela genocida u članu 220a njemačkog Krivičnog zakonika dozvoljava tumačenje pojma genocid kao pojma koji obuhvata djela počinjena sa namjerom da se uništi neka grupa kao društvena jedinica. Konkretno, namjera da se uništi mora biti usmjerena protiv “grupe kao takve”, što ukazuje na to da se ne štiti samo fizičko, već i društveno postojanje grupe. Štaviše, definicija genocida predviđena članom 220a stav 1 br. 4 (uvođenje mjera koje imaju za cilj da spriječe rođenja u grupi) i član 5 (nasilno prebacivanje djece jedne grupe u drugu) takođe ne sadrži u sebi fizičko uništenje živih članova dotične grupe.

97. Iz istog razloga, formulacija člana II Konvencije o genocidu, koja odgovara članu 220a Krivičnog zakonika, ne ograničava djelo genocida na fizičko-biološko uništenje grupe grupe o kojoj je riječ. To su potvrdili brojni naučnici i Generalna skupština Ujedinjenih nacija, koja je protumačila Konvenciju o genocidu tako da obuhvata zaštitu grupe kao društvene jedinice (v. stav 41 ove presude).

98. Pošto je tumačenje krivičnog djela genocida koje su dali njemački sudovi bilo u skladu sa formulacijom člana 220a Krivičnog zakonika, tumačenje domaćih sudova bilo je predvidivo u vrijeme kada je podnosilac predstavke 1992. godine počinio zločin o kome je riječ. Štaviše, njemački naučnici zauzeli su stav da krivična odgovornost za genocid ima za cilj i da zaštiti društveno postojanje grupe (v. stav 36 ove presude).

99. Vlada je priznala da je u svojoj presudi od 2. avgusta 2001. godine u predmetu *Tužilac protiv Krstića*, sudsko vijeće MKSBJ, a to je potvrđeno i po žalbi, izričito odbacilo tumačenje pojma “namjera da se uništi” koju je dao Savezni ustavni sud u svojoj presudi u ovom predmetu. Pozivajući se na princip *nullum crimen sine lege*, MKSBJ je prvi put ustvrdio da je krivično djelo apo međunarodnom javnom pravu ograničeno na djela koja imaju za cilj fizičko ili biološko uništenje neke grupe. Međutim, ovo uže tumačenje područja zločina genocida od strane MKSBJ 2001. godine koje, po mišljenju Vlade nije bilo ubjedljivo, nije dovelo u pitanje činjenicu da je podnosilac predstavke mogao

da predvidi, kada je počinio djela 1992. godine, da bi se ona definisala kao genocid. U svakom slučaju njemački sudovi nisu etničko čišćenje generalno smatrali genocidom, ali su utvrdili da je podnosilac predstavke, u okolnostima predmeta, kriv za genocid pošto je imao namjeru da uništi grupu kao društvenu jedinicu, a ne samo da je protjera.

2. Ocjena Suda

(a) Opšti principi

100. Sud ponavlja da garancija pohranjena u članu 7 Konvencije predstavlja suštinski element vladavine prava. Ona nije ograničena na zabranu retroaktivne primjene krivičnog prava na štetu optuženog. Ona takođe otjelovljuje, generalnije gledano, princip da samo zakon može da definiše krivično djelo i propiše kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i princip da krivično pravo ne smije da se široko tumači na štetu optuženog, na primjer putem analogije. Iz ovih principa slijedi da krivično djelo mora biti jasno definisano u zakonu. Taj uslov je ispunjen kada pojedinac može iz formulacije relevantne odredbe i, ako treba, uz pomoć tumačenja te odredbe koju ponudi sud, da zna koja činjenja ili nečinjenja će ga učiniti krivično odgovornim. Kada govori o “pravu”, član 7 aludira na sami taj koncept kao na nešto na što se Konvencija poziva i na drugim mjestima kada koristi taj izraz, koncept koji obuhvata pisano i nepisano pravo i implicira kvalitativne uslove, naročito uslove prihvatljivosti i predvidivosti (v. između ostalog *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, stavovi 34-35, Serija A br. 335-B; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, stavovi 32-33, Serija A br. 335-C; i *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [VV], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, stav 50, ECHR 2001-II).

101. U svakom sistemu prava, uključujući i krivično pravo, bez obzira na to koliko je jasno napisana pravna odredba, postoji neizbježan element sudskog tumačenja. Uvijek će postojati potreba da se stvari oko kojih postoje sumnje pojasne i da se vrši prilagođavanje okolnostima koje se mijenjaju. I zaista, u državama potpisnicima Konvencije, progresivan razvoj krivičnog prava kroz sudsku praksu čvrsto je ukorijenjen i neophodan dio pravne tradicije. Član 7 Konvencije ne može se čitati kao da zabranjuje postepeno pojašnjavanje pravila

krivične odgovornosti kroz sudsko tumačenje od predmeta do predmeta, uz uslov da razvoj koji nastaje kao rezultat bude dosljedan sa postojanjem krivičnog djela i da se može razumno predvidjeti (v. između ostalog, *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 36; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 34; *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 50; i *K.H.W. protiv Njemačke* [VV], br. 37201/97, stav 45, ECHR 2001-II).

102. Što se tiče tumačenja i primjene domaćeg prava, Sud ponavlja da je prvenstveno zadatak domaćih vlasti, naročito sudova, da tumače i primjenjuju domaće pravo (v. *mutatis mutandis*, *Kopp protiv Švajcarske*, 25. mart 1998, stav 59, *Izveštaji o presudama i odlukama* 1998-II, i *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 49). Iako je dužnost Suda, po članu 19 Konvencije, da obezbijede poštovanje obaveza koje su preuzele Strane ugovornice Konvencije, nije funkcija Suda da se bavi greškama u činjenicama ili pravu koje su navodno napravili domaći sudovi ukoliko nisu i samo u mjeri u kojoj su oni povrijedili prava i slobode zaštićene Konvencijom (v. *mutatis mutandis*, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988. godine, stav 45, Serija A br. 140, i *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 49).

(b) Primjena principa na ovaj predmet

103. U svjetlu gore navedenih principa, Sud stoga treba da odluči da li je tumačenje zločina genocida po njemačkom pravu koje su dali domaći sudovi, a naročito genocidne “namjere da se uništi”, tako da obuhvata djela podnosioca predstavke počinjena u toku etničkog čišćenja u Bosni i Hercegovini bilo dosljedno sa suštinom tog djela i da li ga je razumno mogao predvidjeti podnosilac predstavke u relevantno vrijeme.

104. Prije svega, u utvrđivanju da li je tumačenje njemačkih sudova bilo konzistentno sa suštinom djela genocida, Sud zapaža da domaći sudovi nisu usko tumačili obim tog djela. Oni su smatrali da “namjera da se uništi” grupa u smislu člana 220a Krivičnog zakonika, kako se tumači i u svjetlu člana II Konvencije o genocidu, nije iziskivala namjeru da se uništi grupa u fizičkom ili biološkom smislu. Bilo je dovoljno da počinilac ima za cilj da uništi grupu o kojoj je riječ kao društvenu jedinicu.

105. Sud konstatuje da su domaći sudovi tumačili “namjeru da se uništi grupa kao takva” sistematično u kontekstu člana 220a stav 1 Krivičnog zakonika kao cjeline, uzevši u obzir naročito alternative te odredbe izražene u br. 4 (uvođenje mjera koje imaju za cilj da spriječe rođenje unutar grupe) i br. 5 (prisilno prebacivanje djece iz jedne grupe u drugu), koje ne podrazumijevaju fizičko uništenje živućih pripadnika predmetne grupe. Sud nalazi da tumačenje domaćih sudova po kome “namjera da se uništi grupa” ne iziskuje fizičko uništenje grupe, a koje je usvojeno takođe i od niza naučnika (v. stav 36 i 47 ove presude) jeste stoga obuhvaćeno formulacijom krivičnog djela genocida u Krivičnom zakoniku kada se on čita u ovom kontekstu i da ne izgleda nerazumno.

106. Nadalje, Sud, kao i domaći sudovi, smatra da je za utvrđivanje suštine krivičnog djela genocide neophodno da se uzme u razmatranje i kodifikacija zabrane genocida u članu II Konvencije o genocidu, zbog čijeg je poštovanja član 220a i unesen u Krivični zakonik i u svjetlu kojega treba da se tumači navedeni član. Pošto formulacija člana 220a Krivičnog zakonika odgovara formulaciji člana II Konvencije o genocidu, bar što se tiče definicije genocida, gore navedeno obrazloženje o obimu zabrane genocida jednako se primjenjuje i na nju.

107. Štaviše, tumačenje njemačkih sudova ne samo da su podržali brojni naučnici u relevantno vrijeme kada je zločin počinjen (v. stav 36 ove presude), već se i Generalna skupština Ujedinjenih nacija u svojoj Rezoluciji 47/121 od 18 decembra 1992. godine saglasila sa širim tumačenjem koje su usvojili njemački sudovi u ovom predmetu (v. stav 41 ove presude).

108. Kao posljedica toga, djela podnosioca predstavke, koja je počinio tokom etničkog čišćenja u području Doboja sa namjerom da uništi grupu Muslimana kao društvenu jedinicu, mogu se razumno smatrati djelima koja spadaju u obim krivičnog djela genocida.

109. Drugo, u odlučivanju da li je tumačenje krivičnog djela genocid koje su dali njemački sudovi mogao, razumno gledano, da predvidi podnosilac predstavke u predmetno vrijeme, Sud zapaža da je podnosilac predstavke prva osoba koju su njemački sudovi osudili za genocid po članu 220a od kada je

1995. godine taj član ugrađen u Krivični zakonik. U tim okolnostima Sud nalazi da, za razliku od predmeta koji se odnose na promjenu ranije postojeće sudske prakse, tumačenje obima ovog krivičnog djela, koje je – u ovom predmetu – konzistentno sa suštinom tog krivičnog djela, mora, po pravilu, da se smatra predvidivim. Uprkos tome, Sud ne isključuje da, u izuzetnim slučajevima, podnosilac predstavke može da se pozove na neko konkretno tumačenje odredbi koje su dali domaći sudovi u posebnim okolnostima predmeta.

110. U ovom konkretnom predmetu, koji se odnosi na tumačenje odredbi koje proizlaze iz međunarodnog javnog prava, a koje su dali domaći sudovi, Sud nalazi da je neophodno, da bi se obezbijedilo da zaštita koja se garantuje članom 7 stav 1 Konvencije i dalje bude djelotvorna, da se ispita da li su postojale neke posebne okolnosti koje bi garantovale zaključak da je podnosilac predstavke, ako je potrebno nakon što je dobio pravni savjet, mogao da se osloni na uže tumačenje domaćih sudova obima krivičnog djela genocida, uzevši u obzir, naročito, tumačenje krivičnog djela genocida koje su dali drugi organi vlasti.

111. Sud konstatuje u vezi sa tim da su u predmetno vrijeme obim člana II Konvencije o genocidu, na kome se bazira član 220a Krivičnog zakonika, naučnici osporavali po pitanju definicije “namjere da se uništi grupa”. Dok je većina pravnih autora zauzela stav da etničko čišćenje, na način na koji su ga vršile srpske snage u Bosni i Hercegovini da bi protjerale Muslimane i Hrvate iz njihovih domova ne predstavlja genocid, ipak je značajan broj naučnika ukazao na to da ta djela zaista predstavljaju genocid (v. stav 47 ove presude).

112. Sud dalje zapaža da su – čak i nakon što je podnosilac predstavke počinio sporna djela – obim genocida na različite načine tumačile međunarodne vlasti. Tačno je da se MKSBJ, u svojoj presudi u predmetima *Tužilac protiv Krstića* i *Tužilac protiv Kupreškića i drugih*, izričito nije složio sa širokim tumačenjem “namjere da se uništi” koju su usvojili Generalna skupština Ujedinjenih nacija i njemački sudovi. Pozivajući se na princip *nullum crimen sine lege*, MKSBJ je izrazio mišljenje da genocid, po definiciji u međunarodnom javnom pravu, obuhvata samo djela koja imaju za cilj fizičko ili biološko uništenje zaštićene grupe. Međutim, kako su presude MKSBJ – kao i dalje odluke koje se odnose na ovaj predmet koje su donosili domaći i međunarodni sudovi, naročito

Međunarodni sud pravde (v. stav 45 ove presude), u odnosu na njihove domaće ili međunarodne kodifikacije zločina genocida – bile donesene nakon što je podnosilac predstavke počinio djelo za koje se tereti, on nije mogao da se osloni na ovo tumačenje koje su dali njemački sudovi u odnosu na njemačko pravo u predmetno vrijeme, tj. kada je počinio djelo za koje se tereti.

113. U svjetlu gore navedenog, Sud zaključuje da, iako mnogi autoriteti daju prednost uskom tumačenju zločina genocida, već je u predmetno vrijeme bilo nekoliko autoriteta koji su tumačili zločin genocida na isti širi način kao i njemački sudovi. U ovim okolnostima, Sud nalazi da je podnosilac predstavke, ako je potrebno uz pomoć advokata, mogao razumno da predvidi da rizikuje da bude optužen i osuđen za genocid za djela koja je počinio 1992. godine. U tom kontekstu Sud takođe gleda i činjenicu da je podnosilac predstavke oglašen krivim za djela značajne težine i trajanja: ubijanje nekolicine ljudi i pritvaranje i zlostavljanje velikog broja ljudi u periodu od nekoliko mjeseci kao lider paravojne grupe sprovodeći politiku etničkog čišćenja.

114. Stoga tumačenje zločina genocida koje su dali domaći sudovi može razumno da se smatra konzistentnim suštini tog krivičnog djela i podnosilac predstavke mogao je razumno da ga predvidi u predmetno vrijeme. Pošto su ovi uslovi ispunjeni, njemački sudovi su bili ti koji je trebalo da odluče koje tumačenje zločina genocida po domaćem pravu oni žele da usvoje. Shodno tome osuđujućom presudom za genocid koja je izrečena podnosiocu predstavke nije povrijeđen član 7 stav 1 Konvencije.

115. Što se tiče daljih pritužbi podnosioca predstavke po članu 7 stav 1 da su sudovi krivo našli da je njegova krivica naročite težine, Sud konstatuje da su argumenti podnosioca predstavke u ovom smislu ograničeni na navode činjeničnih i pravnih grešaka. Oni ne otkrivaju niti postojanje povrede navedene odredbe niti povredu člana 7 stav 1 Konvencije.

116. Shodno tome, Sud zaključuje da nije bilo povrede člana 7 stav 1 Konvencije.

VASILIAUSKAS protiv LITVANIJE

Predstavka br. 35343/05, presuda od 20. oktobra 2015. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnosiocu predstavke, koji je radio u sovjetskim službama bezbjednosti, u Litvaniji je suđeno zbog toga što je 1953. godine učestvovao u akciji u kojoj su ubijena dvojica litvanskih partizana, a u okviru široke kampanje sovjetskih vlasti koja je za cilj imala uništenje litvanskih partizana, koji su se od 1944. do sredine 1950-ih borili za nezavisnost Litvanije. Njemu je na teret stavljen genocid, koji prema litvanskom krivičnom zakonodavstvu od 1998. godine može imati za cilj ne samo uništenje nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe, kako je propisano Konvencijom o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948, već i socijalne (društvene) ili političke grupe, a litvanski sudovi su tamošnje partizane u ovom slučaju vidjeli prvenstveno kao političku grupu. Sud je, cijeneći da li je u slučaju podnosioca predstavke došlo do povrede načela zakonitosti, zaključio da on 1953. godine nije mogao predvidjeti da njegovi akti mogu biti kvalifikovani kao genocid, jer u tom trenutku uništenje političke grupe ni prema nacionalnom ni prema međunarodnom pravu nije moglo biti podvedeno pod definiciju zločina genocida. Stoga je zaključio da je došlo do povrede člana 7 Konvencije.

Izvodi

(…)

3. Ocena suda

(a) Opšti principi

153. Sud ponavlja da garancija sadržana u članu 7, koja predstavlja suštinski element vladavine prava, zauzima istaknuto mesto u sistemu zaštite Konvencije, što je naglašeno činjenicom da, prema članu 15, u vreme rata ili neke druge vanredne situacije nije dozvoljeno nikakvo odstupanje od nje. Trebalo bi je tumačiti i primenjivati, kako sledi iz njenog cilja i svrhe, na takav način da se obezbedi efikasna zaštita od proizvoljnog gonjenja, osuđivanja i kažnjavanja (vidjeti *Kononov*, navedeno gore, stav 185, i *Del Río Prada protiv Španije* [VV], br. 42750/09, § 77, ESLjP 2013).

154. Shodno tome, član 7 nije ograničen na zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona na štetu optuženog: on takođe utelovljuje, uopštenije, načelo da samo zakonom može da se definiše krivično delo i propiše kazna (*nullumcrimen, nullapoena sine lege*), kao i načelo da krivično pravo ne sme ekstenzivno da se tumači na štetu optuženog, na primer korišćenjem analogije. Iz ovih principa proizilazi da krivično delo mora da bude jasno definisano u zakonu, bilo nacionalnom ili međunarodnom. Ovaj zahtev je zadovoljen tamo gde pojedinac može iz teksta relevantne odredbe – i, ako je potrebno, uz pomoć sudskog tumačenja i uz informisane pravne savete – da sazna koja će ga dela i propusti činiti krivično odgovornim. Sud je stoga ukazao da, kada se govori o „pravu”, član 7 aludira na isti koncept na koji se Konvencija poziva na drugim mestima kada koristi taj izraz, koncept koji uključuje pisano i nepisano pravo i podrazumeva kvalitativne zahteve, konkretno zahteve pristupačnosti i predvidljivosti (vidjeti *Korbely protiv Mađarske* [VV], br. 9174/02, § 70, ESLjP 2008; *Kononov*, navedeno gore, st. 185 i 196; i *Del Río Prada*, navedeno gore, § 91).

155. Sud ponavlja da, koliko god zakonska odredba bila jasno sročena, u svakom sistemu zakona, uključujući i krivično pravo, postoji neizbežan element sudskog tumačenja. Uvek će postojati potreba za rasvetljavanjem sumnjivih

tačaka i prilagođavanjem promenljivim okolnostima. I zaista, u državama potpisnicama Konvencije progresivan razvoj krivičnog prava kroz sudsko tumačenje predstavlja dobro ukorenjen i neophodan deo pravne tradicije. Član 7 Konvencije ne može da se tumači kao zabrana postepenog pojašnjavanja pravila krivične odgovornosti kroz sudsko tumačenje od slučaja do slučaja, pod uslovom da je rezultirajući razvoj u skladu sa suštinom krivičnog dela i da se može razumno predvidjeti (vidjeti *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, od 22. novembra 1995. godine, § 36, Serija A br. 335B; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, od 22. novembra 1995. godine, § 34, Serija A br. 335C; *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [VV], pred. br. 34044/96 i još 2, § 50, ESLJP 2001II; *K.H.W. protiv Njemačke*, navedeno gore, § 45; *Jorgić protiv Njemačke*, br. 74613/01, § 101, ESLJP 2007III; i *Kononov*, navedeno gore, § 185).

156. U predmetu *Jorgić*, u definiciji zločina genocida postojala su dva moguća tumačenja pojma „uništiti“ i Sud je ispitao kompatibilnost osuđujuće presude podnosioca predstavke, na osnovu šireg tumačenja (uništenje određene društvene jedinice, za razliku od fizičkog uništenja), sa članom 7 Konvencije. Sud je naveo da se tumačenje obima krivičnog dela koje je u skladu sa suštinom tog krivičnog dela „mora, po pravilu, smatrati predvidivim“, iako, izuzetno, podnosilac predstavke može da se osloni na određeno tumačenje odredbe koje se uzima od strane domaćih sudova u posebnim okolnostima predmeta. Sud je dalje ispitivao da li su postojale posebne okolnosti koje opravdavaju zaključak da je podnosilac predstavke, ako je bilo potrebno i uz pravni savet, mogao da se osloni na uže tumačenje obima krivičnog dela genocida od strane domaćih sudova. Sud je utvrdio da je, iako su različite vlasti (međunarodne organizacije, domaći i međunarodni sudovi, kao i naučnici i pisci) u vreme činjenja spornih dela favorizovali i šire i uže tumačenje zločina genocida, g. Jorgić, ako je potrebno i uz pomoć advokata, u razumnoj meri mogao da predvidi usvajanje šireg tumačenja u njegovom slučaju, i da je stoga rizikovao da bude optužen i osuđen za genocid (vidjeti *Jorgić*, navedeno gore, §§108-14).

157. Obim koncepta predvidljivosti u bitnoj meri zavisi od sadržaja predmetnog instrumenta, oblasti koju je on osmišljen da pokrije, i broja i statusa onih na koje se odnosi. Zakon ipak može da zadovolji zahtev predvidljivosti čak i ako dotična osoba mora da posegne za odgovarajućim pravnim savetom ka-

ko bi ocenila, u razumnoj meri u datim okolnostima, posledice koje bi data radnja mogla da ima. Ovo se posebno odnosi na lica koja obavljaju profesionalnu delatnost, i koja su navikla na to da prilikom njenog obavljanja moraju da postupaju sa visokim stepenom opreza. S tim u vezi, od njih se može očekivati da posebno pažljivo procenjuju rizike koje takva aktivnost nosi (vidjeti *Pessino protiv Francuske*, br. 40403/02, stav 33, od 10. oktobra 2006. godine).

158. Prema opštim principima prava, optuženi nemaju pravo da opravdavaju ponašanje koje je dovelo do osude samo time što će pokazati da se takvo ponašanje zaista dogodilo i da je samim tim formiralo praksu. Iako podnosilac predstavke nije izričito koristio baš ovu odbranu, Sud ipak smatra važnim da ponovi svoj prethodni nalaz iz predmeta *K.-H.W. protiv Njemačke* (navedeno gore, § 75) u smislu da čak ni privatni vojnik ne sme da pokaže potpunu, slepu poslušnost naređenjima kojima se flagrantno krše međunarodno priznata ljudska prava, posebno pravo na život, koje u hijerarhiji ljudskih prava predstavlja najvišu vrednost. Praksa države da toleriše ili ohrabruje određena dela koja se prema nacionalnim ili međunarodnim pravnim instrumentima smatraju krivičnim delima, kao i osećaj nekažnjivosti koji takva praksa usađuje u počinioce takvih dela, ne sprečava da oni budu privedeni pravdi i kažnjeni (vidjeti *Streletz, Kessler i Krenz*, navedeno gore, §§ 74 i 77-79).

159. Sud ponavlja da je u slučaju promene državnog suvereniteta na teritoriji ili promene političkog režima na nacionalnoj teritoriji, potpuno legitimno da država vođena vladavinom prava pokrene krivični postupak protiv onih koji su pod bivšim režimom činili zločine. Sudovi takve države, koji su zauzeli mesto onih koji su postojali u prethodnom periodu, ne mogu da se kritikuju zbog primene i tumačenja zakonskih odredbi koje su bile na snazi u relevantno vreme u svetlu principa koji uređuju državu u kojoj je na snazi vladavina prava (vidjeti *Streletz, Kessler i Krenz*, navedeno gore, § 81, i *Kononov*, navedeno gore, § 241). Pored obaveze države da sprovodi krivično gonjenje, koja je proizašla iz zakona i običaja ratovanja, član 2 Konvencije državama nalaže i da preduzmu odgovarajuće korake kako bi zaštite živote onih koji su pod njenom jurisdikcijom, i implicira primarnu dužnost da se pravo na život obezbedi uspostavljanjem delotvornih krivičnopravnih odredbi za odvrćanje od činjenja krivičnih dela koja život ugrožavaju (vidi *Kononov*, navedeno gore, § 241).

160. Sud takođe ponavlja da, u principu, nije njegov zadatak da zameni domaće jurisdikcije. Njegova dužnost, u skladu sa članom 19 Konvencije, jeste da obezbedi poštovanje obaveza koje su preuzele potpisnice Konvencije. S obzirom na supsidijarnu prirodu sistema Konvencije, funkcija Suda nije da se bavi greškama u činjenicama ili zakonu koje je navodno počinio nacionalni sud, osim, i u onoj meri, u kojoj su oni možda povredili prava i slobode koje su zaštićene Konvencijom (vidjeti *Streletz, Kessler i Krenz*, navedeno gore, § 49, i *Jorgić*, navedeno gore, § 102), i osim kada je jasno da je domaća ocena očigledno proizvoljna (vidi *Kononov*, navedeno gore, § 189). Ovo je posebno slučaj kada domaći sud procenjuje činjenice određene istorijske osetljivosti, iako Sud može da prihvati određene dobro poznate istorijske istine i da na njima temelji svoje obrazloženje (vidjeti *Ždanoka protiv Latvije* [VV], br. 58278/00, § 96, ESLJP 2006 IV). Ovaj princip se primenjuje i kada se domaće pravo poziva na pravila opšteg međunarodnog prava ili na međunarodne sporazume (vidjeti *Waite i Kennedy protiv Njemačke* [VV], br. 26083/94, § 54, ESLJP 1999 I, i *Korbely*, navedeno gore, § 72) i gde domaći sudovi primenjuju principe međunarodnog prava (vidi *Kononov*, navedeno gore, § 196).

161. Budući da je to tako, Sud ipak ponavlja da njegova ovlašćenja za preispitivanje moraju da budu veća kada samo pravo iz Konvencije - u ovom predmetu član 7 - zahteva da postoji pravni osnov za osudu i kaznu. Član 7. stav 1. zahteva od Suda da ispita da li je postojao istovremeni pravni osnov za osudu podnosioca predstavke i, posebno, Sud mora da se uveri da je rezultat do kog su došli litvanski sudovi bio u skladu sa članom 7 Konvencije, čak i ako je bilo razlike između pravnog pristupa i obrazloženja ovog Suda i relevantnih domaćih odluka. Davanje ovom Sudu manje ovlašćenja za preispitivanje, lišilo bi član 7 njegove svrhe (*ibid*, § 198).

162. Ukratko, funkcija Suda prema članu 7. stav 1. je da proceni da li je postojao dovoljno jasan pravni osnov, imajući u vidu važeći zakon iz 1953. godine, za osudu podnosioca predstavke (*ibid*, § 199). Sud će posebno ispitati da li je osuda podnosioca predstavke za genocid bila konsistentna sa suštinom tog krivičnog dela i da li je podnosilac predstavke razumno mogao da je predvidi u vreme svog učešća u operaciji 2. januara 1953. godine, tokom koje su ubijena dvojica partizana, J.A. i A.A., (vidjeti stav 25 gore; vidjeti i *Jorgić*, navedeno gore, § 103).

(b) Relevantne činjenice

163. Pre nego što razmotri osnovanost pritužbe podnosioca predstavke, Sud će se prvo pozabaviti činjeničnim sporom između Države i podnosioca predstavke u vezi sa tvrdnjom potonjeg da u vreme svoje smrti braća J.A. i A.A. više nisu bili partizani, u kom slučaju ne bi mogao da bude osuđen za genocid nad litvanskim partizanima kao grupom. I tokom sudskog postupka u Litvaniji i u svojim podnescima Sudu, podnosilac predstavke je naveo da su J.A. i A.A. za vreme njemačke okupacije bili nacistički kolaboracionisti, što je tvrdnja koju podržava ruska država, i da su braća prestala da budu partizani nakon što je SSSR ponovo uspostavio kontrolu nad Litvanijom.

164. Sud konstatuje da su domaći sudovi, nakon što su pažljivo razmotrili sve podneske, u ovom delu došli do jasnog nalaza. U svetlu svoje stalne sudske prakse, Sud ponavlja da nije u njegovoj nadležnosti da svojom procenom činjenica zameni procenu domaćih sudova (vidjeti *Elsholz protiv Njemačke* [VV], br. 25735/94, § 66, ESLJP 2000VIII, i *Donohoe protiv Irske*, br. 19165/08, § 73, od 12 decembra 2013. godine). Sud potvrđuje da je pitanje krivične odgovornosti podnosioca predstavke prvenstveno bilo predmet ocene domaćih sudova (vidjeti *Streletz, Kessler i Krenz*, navedeno gore, § 51, i *Kononov*, navedeno gore, § 187). Takođe smatra da su, s obzirom na složenost zadatka rekonstrukcije činjenica slučaja više od pedeset godina nakon samog događaja, nacionalni sudovi bili u boljoj poziciji da procene sav raspoloživi materijal i dokaze. S tim u vezi, Sud primećuje da je Apelacioni sud detaljno razmotrio navode podnosioca predstavke. Međutim, sud je uzeo u obzir i istorijsku pozadinu, posebne metode koje je pokret otpora koristio u relevantno vreme, kao i arhivsku dokumentaciju koja ukazuje na naredbe MGB-a za širenje dezinformacija o braći J.A. i A.A. kako bi se ugrozio njihov integritet ili kako bi se oni sprečili da se pridruže drugim partizanima. Nakon detaljne analize, Apelacioni sud je odbacio navode podnosioca predstavke kao neosnovane (vidjeti stav 37. gore). Taj zaključak je Vrhovni sud u potpunosti prihvatio (vidjeti stav 41. gore). Sud ne vidi razlog da odstupi od zaključaka domaćih sudova koji su se, osim toga, zasnivali na njihovom direktnom poznavanju nacionalnih okolnosti.

(c) Da li je osuda podnosioca predstavke za genocid bila u skladu sa članom 7. Konvencije

165. Sud ponavlja da je zločin genocida u litvanski zakon uveden 1992. godine (vidjeti stav 51. gore). Tužilac je 2001. godine optužio podnosioca predstavke za genocid nad litvanskim partizanima kao predstavnicima političke grupe, na osnovu člana 71. stav 2. Krivičnog zakonika koji je izmenjen 1998. godine (vidjeti stavove 29 i 52 gore). U trenutku kada je prvostepeni sud 2004. godine podnosioca predstavke osudio za genocid, na snazi je bio novi Krivični zakonik i podnosilac predstavke je osuđen na osnovu člana 99 tog novog Krivičnog zakonika. Apelacioni i Vrhovni sud su potvrdili osuđujuću presudu podnosiocu predstavke na osnovu istog člana (vidjeti stavove 33, 36, 38 i 53 gore).

166. Sud stoga smatra da je jasno da je osuda podnosioca predstavke bila zasnovana na zakonskim odredbama koje 1953. godine nisu bile na snazi i da su te odredbe, dakle, primenjene retroaktivno. Prema tome, ovo bi predstavljalo povredu člana 7 Konvencije, osim ako ne može da se utvrdi da je osuda zasnovana na međunarodnom pravu iz relevantnog vremena. Prema mišljenju Suda, osuđujuća presuda podnosioca predstavke mora da se ispita iz te perspektive (vidjeti, u smislu suprotne implikacije, *K.-H.W. protiv Njemačke*, navedeno gore, stav 50).

(i) Pristupačnost

167. Sud konstatuje da je SSSR bio učesnik u Londonskom sporazumu koji je rezultirao Nirnberškom poveljom (vidjeti *Kononov*, navedeno gore, §§ 116-17). U skladu sa članom 6 (c) Povelje, istrebljenje, deportacija i druga nečovečna dela protiv bilo kog civilnog stanovništva, uključujući progon na političkoj osnovi, definisani su kao zločini protiv čovečnosti. Generalna skupština UN-a je 11. decembra 1946. godine osudila zločin genocida usvajanjem Rezolucije 96 (I). Konvenciju o genocidu, koja potvrđuje principe međunarodnog prava priznate tom Rezolucijom, Generalna skupština UN-a je jednoglasno usvojila 9. decembra 1948. godine. SSSR je Konvenciju o genocidu potpisao 16. decembra 1949. Nakon što je deponovano dvadeset instrumenata ratifikacije ili pristupanja, Konvencija je 12. januara 1951. godine stupila na snagu.

Sud dalje konstatuje da je u Savetodavnom mišljenju o rezervama vezanim za Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (*Izveštaji ICJ-a 1951.*) Međunarodni sud pravde (MSP) istakao da su principi na kojima se zasniva Konvencija o genocidu principi koje civilizovane nacije priznaju kao obavezujuće za države, čak i bez ikakvog konvencionalnog obavezivanja (vidjeti stav 80. gore).

168. S obzirom na gore navedeno, Sud konstatuje da je 1953. godine zločin genocida jasno priznat kao zločin po međunarodnom pravu. Kodifikovan je Konvencijom o genocidu iz 1948. godine, ali je čak i pre tog datuma priznat i osuđen od strane Ujedinjenih nacija 1946. godine. U ovim okolnostima, Sud nalazi da su instrumenti međunarodnog prava koji zabranjuju genocid podnosiocu predstavke bili u dovoljnoj meri dostupni.

(ii) Predvidljivost

169. Kako bi proverio usklađenost sa članom 7 u ovom predmetu, Sud mora da utvrdi da li je, prema međunarodnom pravu iz 1953. godine, bilo predvidljivo da bi delo za koje je podnosilac predstavke osuđen moglo da se okvalifikuje kao genocid (vidjeti stav 162. gore).

(α) Definicija zločina genocida iz 1953. godine

Član II Konvencije o genocidu

170. Sud započinje konstatacijom da se u definiciji zločina genocida, koji je zabranjen članom II Konvencije o genocidu, navode četiri zaštićene grupe lica: nacionalna, etnička, rasna i verska. Ta odredba se ne odnosi na društvene ili političke grupe. Nadalje, pripremne radnje (*travaux préparatoires*) pokazuju nameru autora da u spisak onih koji su zaštićeni Konvencijom o genocidu ne uključe političke grupe. Prilikom ispitivanja istorije izrade člana II Konvencije o genocidu u *Primeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore, presuda od 26. februara 2007. godine, Izveštaji MSP-a 2007)*, MSP je konstatovao je da su sastavljači Konvencije „posvetili veliku pažnju pozitivnoj identifikaciji grupa sa specifičnim karakteristikama pri odlučivanju koje grupe će uključiti, a koje (kao npr. političke grupe) isključiti“ (vidjeti stav 105. gore). Sud ne nalazi

da su argumenti za odstupanje od ugovorne definicije genocida utvrđene 1948. godine, uključujući i listu četiri zaštićene grupe koje se u njoj pominju, uverljivi. Naprotiv, sva pozivanja na zločin genocida u kasnijim međunarodno-pravnim instrumentima - Konvenciji o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti iz 1968. godine, Statut MKSJ-a iz 1993. godine, Statut Međunarodnog kivičnog Tribunal za Ruandu (*ICTR*) iz 1994. godine, kao i najnoviji instrument međunarodnog prava – Statut MKS-a iz 1998. godine – opisuju taj zločin na sličan, ako ne i identičan način. Konkretno, genocid se definiše kao dela počinjena radi uništenja neke nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe, bez pominjanja političkih grupa (vidjeti stavove 83 i 85-87 gore). Po mišljenju Suda, činjenica da su određene države kasnije odlučile da u svojim domaćim zakonima kriminalizuju genocid nad političkim grupama (vidjeti stavove 36 i 38 gore), kao takva, ne menja činjenicu da to Konvencijom o genocidu nije učinjeno.

Međunarodno običajno pravo

171. Sud se sada okreće pitanju da li je definicija genocida u Konvenciji postojala paralelno uz šire običajne norme međunarodnog prava koje bi mogle da pruže valjanu osnovu za osudu podnosioca predstavke za genocid.

172. Iz ranijeg nalaza Suda u vezi sa dostupnošću krivičnog dela jasno je da je, prema međunarodnom običajnom pravu, genocid 1953. godine već predstavljao zločin (vidjeti stav 168. gore). Optužnica iz oktobra 1945. godine pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu, kao i usmene tvrdnje pojedinih tužilaca, optužene su teretile za genocid čiji značaj nije nužno bio narušen činjenicom da se u pravosnažnoj presudi zločin genocida ne pominje. Rezolucija Generalne skupštine UN-a 96 (I) od 11. decembra 1946. godine, koja je usvojena jednoglasno i bez rasprave, potvrdila je postojanje međunarodnog zločina genocida. U optužnicama je usledilo nekoliko pozivanja na zločin genocida, a bilo je i osuda za zločine sa genocidnom namerom prema Zakonu o kontrolnom veću br. 10[9] u suđenjima nakon Nirnberga, kao i na suđenjima *Hoessu i Greiseru*[10] pred Vrhovnim nacionalnim sudom Poljske (1946-48). Član 1 Konvencije o genocidu „potvrdio“ je da je genocid, prema međunarodnom pravu, zločin. MSP se kasnije pozvao na Rezoluciju 96 (I) i potvrdio da su principe na kojima se zasniva Konvencija o genocidu civilizovani

narodi priznali kao obavezujuće za države čak i bez ikakvog konvencionalnog obavezivanja (vidjeti stav 80 gore).

173. Međutim, kada je reč o tome da li za obim zločina genocida prema međunarodnom običajnom pravu može da se kaže da je drugačiji i, posebno, širi od konvencionalne definicije, mišljenja su podeljena.

174. Rafael Lemkin, koji je skovao termin „genocid“, predložio je široku definiciju krivičnog dela. U svojoj knjizi iz 1944. godine[11] on se bavio zločinima protiv nacionalnih grupa, ali je prihvatio da genocid može da obuhvati i dela koja su usmerena na uništavanje nacionalnih grupa putem uništavanja njihovih političkih institucija, kulture i sredstava za život. Kasnija Rezolucija Generalne skupštine UN-a 96 (I) pozvala je na pripremu Konvencije o genocidu kako bi se zaštitile „rasne, verske, političke i druge grupe“. Neki autori su smatrali da ta Rezolucija odražava uobičajenu *jus cogens* zabranu genocida[12], dok su drugi takav stav doveli u pitanje[13]. Neki autori su takođe smatrali da je konačni spisak grupa koje treba zaštititi Konvencijom o genocidu predstavljao rezultat političke svrsishodnosti, a ne principijelnog razmišljanja zasnovanog na nekoj filozofskoj ili drugoj distinkciji između određenih vrsta grupa.[14] Krajem 1940-ih godina, neki komentatori su izrazili zabrinutost da bi isključenje političkih i ekonomskih grupa značilo da Konvencija o genocidu ne bi mogla da se bavi delima koja su sovjetske vlasti počinile protiv vlasnika imovine.[15] Drugi autori se, pak, nisu slagali sa tim da je isključenje političkih grupa bilo rezultat sovjetskog pritiska.[16]

175. Uzimajući u obzir gore navedene faktore, Sud nalazi da postoje određeni argumenti koji govore u prilog tome da su 1953. godine političke grupe ipak bile zaštićene međunarodnim običajnim pravom o genocidu. Međutim, ima i jednako jakih suprotstavljenih mišljenja. Na ovoj raskrsnici stavova, Sud ponavlja da je, bez obzira na mišljenja koja favorizuju uključivanje političkih grupa u definiciju genocida, opseg kodifikovane definicije genocida u Konvenciji o genocidu ostao uži, i da je takav zadržan u svim kasnijim instrumentima međunarodnog prava (vidjeti stav 170 gore). Ukratko, Sud smatra da ne postoji dovoljno jak osnov za zaključak da međunarodno običajno pravo, onakvo kakvo je bilo 1953. godine, uključuje „političke grupe“ među one koje potpadaju pod definiciju genocida.

Naknadna tumačenja izraza „delimično/delom (in part)“, koji se koristi u članu II Konvencije o genocidu

176. Sud će se sada osvrnuti na tvrdnju Države da su litvanski partizani zbog svoje istaknutosti bili „deo“ (*part of*) nacionalne grupe, odnosno grupe zaštićene članom II Konvencije o genocidu. S tim u vezi, Sud konstatuje da 1953. godine nije postojala sudska praksa nijednog međunarodnog suda koja bi pružila sudsko tumačenje definicije genocida. Pripreme radnje za Konvenciju o genocidu daju malo smernica o tome šta su sastavljači mislili pod pojmom „delimično/delom“. Rani komentatori Konvencije o genocidu naglasili su da izraz „delimično/delom“ sadrži uslov materijalnosti (vidjeti stav 93. gore). Sama Konvencija o genocidu kaže da zločin karakteriše „namera da se, u celini ili delimično, uništi ... [a] grupa, kao takva“, a uslov materijalnosti podržan je Rezolucijom 96 (I) prema kojoj je “[g]enocid uskraćivanje prava na postojanje čitavih ljudskih grupa”. Imajući na umu da je cilj Konvencije o genocidu bio rešavanje masovnih zločina, MKSJ je konstatovao široko priznanje da namera uništenja mora da bude usmerena barem na značajan deo grupe (vidjeti stav 98. gore). Težina genocida se dalje ogleda u strogim zahtevima koji moraju da se ispune pre izricanja osuđujuće presude – dokaz određene namere i pokazivanje da je grupa bila meta za uništenje, u celini ili u svom značajnom delu (vidjeti stav 106. gore). Sud stoga smatra da je razumno zaključiti da je 1953. godine bilo predvidivo da izraz „delimično/delom“ sadrži zahtev materijalnosti.

177. Međutim, Sud ima na umu i kasniji razvoj međunarodne sudske prakse kada je reč o zločinu genocida. Pola veka nakon događaja za koje je podnosilac predstavke osuđen, sudske smernice u vezi sa tumačenjem izraza „delimično/delom“ pojavile su se kada su predmeti u vezi sa genocidom dospeli pred MKSJ, MKSR i MSP. Konkretno, kao što proizlazi iz sudske prakse pomenute u stavovima 97. do 108. gore, namerno uništavanje „određenog“ dela zaštićene grupe moglo bi da se smatra genocidom cele zaštićene grupe, pod uslovom da je „određeni“ deo, zbog veoma velikog broja pripadnika, bio priličan. Nadalje, pored brojčane veličine ciljanog dela, sudsko tumačenje je potvrdilo da bi njegova „istaknutost“ unutar zaštićene grupe takođe mogla da bude korisna za razmatranje. Bilo kako bilo, podnosilac predstavke u relevantno vreme nije mogao da predvidi ovakvo tumačenje izraza „delimično/delom“.

Zaključak

178. Ukratko, Sud zaključuje da međunarodno ugovorno pravo iz 1953. godine nije uključivalo „političku grupu“ u definiciju genocida, niti se može dovoljno jasno utvrditi da je međunarodno običajno pravo predviđalo širu definiciju genocida od one iz člana II Konvencije o genocidu iz 1948. godine.

(β) Da li su domaći sudovi tumačili radnje podnosioca predstavke u skladu sa razumevanjem koncepta genocida kakvo je postojalo 1953. godine?

179. Sud se sada okreće tumačenju zločina genocida od strane litvanskih sudova u slučaju podnosioca predstavke. Konstatuje da je prvostepeni sud proglasio podnosioca predstavke krivim za ono za šta ga je teretilo tužilaštvo, odnosno krivim za genocid nad litvanskim partizanima kao pripadnicima posebne političke grupe (vidjeti stavove 29 i 31 gore). Apelacioni sud je, sa svoje strane, preformulisao osudu podnosioca predstavke, smatrajući da je pripisivanje litvanskih partizana, kao učesnika u oružanom otporu okupacionim vlastima, određenoj „političkoj“ grupi „samo relativno/uslovno i ne baš precizno“. Za Apelacioni sud, litvanski partizani su takođe bili „predstavnici litvanske nacije, odnosno nacionalne grupe“ (vidjeti stavove 35 i 36 *in fine* gore). I pored toga, Apelacioni sud nije objasnio šta podrazumeva pojam „predstavnici“, niti je dao mnogo istorijskih ili činjeničnih podataka o tome na koji način su litvanski partizani predstavljali litvansku naciju. Vrhovni sud, koji je priznao da je podnosilac predstavke „osuđen za učešće u fizičkom istrebljivanju dela litvanskih stanovnika koji su pripadali posebnoj političkoj grupi“, samo je primetio da se u Litvaniji između 1944. i 1953. godine dogodio oružani otpor nacije protiv sovjetskog okupatorskog režima, odnosno partizanski rat (vidjeti stavove 39-40 gore).

180. Sa svoje strane, Ustavni sud je takođe priznao da organizovani oružani otpor protiv sovjetske okupacije treba smatrati samoodbranom države Litvanije. Partizani su vodili političku i vojnu nacionalnu borbu za slobodu.

181. Sud prihvata da domaće vlasti imaju diskreciono pravo da tumače definiciju genocida šire od one koja je sadržana u Konvenciji o genocidu. Međutim, to diskreciono pravo ne dozvoljava domaćim sudovima da lice koje

je optuženo prema toj široj definiciji osude retroaktivno. Sud je već utvrdio da su, prema međunarodnom pravu, političke grupe 1953. godine bile isključene iz definicije genocida (vidjeti stav 178. gore). Iz toga proizilazi da je tužiocima bilo nemoguće da retroaktivno podignu optužnicu, a domaćim sudovima da retroaktivno osude podnosioca predstavke za genocid nad litvanskim partizanima za to što je bio deo političke grupe (vidjeti i presudu Ustavnog suda, stav 60. gore). Štaviše, čak i da je naknadno tumačenje termina „delimično/delom“ od strane međunarodnih sudova bilo dostupno 1953. godine, nema čvrstih nalaza u utvrđivanju činjenica od strane domaćih krivičnih sudova koji bi ovom Sudu omogućili da oceni na osnovu čega su domaći sudovi zaključili da su litvanski partizani 1953. godine činili značajan deo nacionalne grupe, ili drugim rečima, grupe zaštićene članom II Konvencije o genocidu. Budući da je to tako, Sud nije uveren da je u relevantno vreme podnosilac predstavke, čak i uz pomoć advokata, mogao da predvidi da bi ubistvo litvanskih partizana moglo da predstavlja krivično delo genocida nad litvanskim državljanima ili etničkim Litvancima.

182. Uz to, Sud konstatuje da član II Konvencije o genocidu zahteva od počinioaca da deluje s namerom da zaštićenu grupu uništi u celini ili delimično. Izjave podnosioca predstavke u relevantnom trenutku odnose se na akciju protiv „bandita“, „nacionalističkog podzemlja“ i „nacionalističkih bandi“ (vidjeti stavove 18-19 gore). Štaviše, ciljevi izneti 1953. godine na sastancima MGB-a bili su usmereni protiv ovih grupa. Po mišljenju Suda, čak i ako se politika istrebljenja MGB-a proširila na „one koji im pomažu i njihove kontakte“, suštinski cilj ove šire grupe „litvanskih nacionalista“ bio je da se obezbedi nezavisnost za državu Litvaniju (vidjeti, u vezi sa ovim, stavove 13, 44 i 67 gore). I zaista, kako je tužilac primetio a Apelacioni i Kasacioni sud potvrdili, litvanski partizani su se borili protiv sovjetske okupacije i za nezavisnost litvanske države (vidjeti stavove 29, 39-40 i 44 gore). U svetlu gore navedenog, Sud prihvata da argument podnosioca predstavke nije bez težine, odnosno da su njegove radnje, kao i radnje MGB-a, bile usmerene na istrebljenje partizana kao zasebne i jasno prepoznatljive grupe koju je karakterisao njen oružani otpor sovjetskoj vlasti.

183. Sud takođe smatra da, u skladu sa članom 31. stav 1. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, terminima ugovora treba dati uobičajeno značenje. S tim u vezi, nije odmah očigledno da uobičajeno značenje pojmova „nacionalni“ ili „etnički“ u Konvenciji o genocidu može da se proširi tako da obuhvati i partizane. Dakle, Sud smatra da je zaključak domaćih sudova da su žrtve kao deo zaštićene grupe bile obuhvaćene definicijom genocida predstavljao tumačenje po analogiji, na štetu podnosioca predstavke, što je njegovu osudu učinilo nepredvidivom (vidjeti *Kokkinakis protiv Grčke*, presuda od 25. maja 1993. godine, § 52, Serija A br. 260-A; takođe vidjeti i *Korbely*, navedeno gore, § 70).

184. U vezi sa ovom poslednjom tačkom, Sud takođe daje težinu argumentu podnosioca predstavke da definicija zločina genocida u litvanskom zakonu ne samo da nije imala osnov u formulaciji tog krivičnog dela, kako je izraženo u Konvenciji o genocidu, već je tokom godina litvanske nezavisnosti postepeno i proširena, što je dodatno pogoršalo njegovu situaciju (vidjeti stavove 51-53 i 123 gore). Ustavni sud je istakao da bi retroaktivno gonjenje za genocid lica koja pripadaju nekoj političkoj ili društvenoj grupi, ako su se događaji odigrali pre nego što su te dve grupe dodate Krivičnom zakoniku, bilo protivno vladavini prava i predstavljalo kršenje obaveze Litvanije prema međunarodnom pravu (vidjeti stav 60. gore). Sud ne može da prihvati argument Vrhovnog suda da bi izmene i dopune Krivičnog zakonika iz 1998. godine, kojima se definicija genocida proširuje na „političke grupe“, mogle da budu opravdane na osnovu člana V Konvencije o genocidu. Iako član V Konvencije o genocidu ne zabranjuje proširivanje definicije genocida, on ne dozvoljava primenu šire definicije genocida retroaktivno (vidjeti *Scoppola protiv Italije* (br. 2) [VV], br. 10249/03, § 93, od 17. septembra 2009. godine i *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* [VV], br. 2312/08 i 34179/08, § 66, ESLJP 2013).

185. U skladu sa mišljenjem MKS u predmetu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore (navedeno gore), Sud smatra da se težina genocida ogleda u strogim zahtevima koji moraju da budu ispunjeni pre izricanja ovakve presude. Ti zahtevi – dokaz specifične namere i demonstracija da je zaštićena grupa bila meta za uništenje u celini ili u svom značajnom delu – štite od opasnosti da se osude za ovo krivično delo izriču olako (vidjeti stav 112. gore). Uzimajući

u obzir argumente litvanskih sudova u ovom predmetu, Sud nije uveren da bi moglo da se smatra da je osuda podnosioca predstavke za zločin genocida u skladu sa suštinom tog krivičnog dela, onakvom kako je ona bila definisana u međunarodnom pravu u relevantno vreme, i da je on 1953. godine mogao razumno da predvidi.

186. U svetlu gore navedenog, Sud smatra da osuda podnosioca predstavke za genocid u vreme ubistva partizana nije mogla da se predvidi.

(γ) Da li je osuda podnosioca predstavke mogla da bude opravdana prema članu 7. stav 2. Konvencije?

187. Sud konstatuje tvrdnju Države da su dela podnosioca predstavke u relevantno vreme predstavljala krivična dela u skladu sa opštim pravnim principima priznatim od strane civilizovanih nacija, i da stoga potpadaju pod odredbe drugog stava člana 7 Konvencije

188. Sud treba da razmotri da li je član 7 stav 2 primenljiv na osudu podnosioca predstavke. Iako je Sud samo jednom prilikom primenio član 7 stav 2 u kontekstu deportacija nakon Drugog svetskog rata i sovjetskih deportacija (vidjeti *Penart i Kolk i Kislyiy*, oba predmeta navedena gore), Veliko veće je u predmetu *Kononov* (navedeno gore, § 186) konstatovalo prvobitnu i izuzetnu svrhu tog stava:

„Konačno, dva stava člana 7 su međusobno povezana i treba ih tumačiti na usklađen način (vidjeti *Tess protiv Letonije* (odl.), br. 34854/02, od 12. decembra 2002. godine). Uzimajući u obzir suštinu predmeta i oslanjanje na zakone i običaje ratovanja koji su se primenjivali pre i tokom Drugog svetskog rata, Sud smatra relevantnom činjenicu da pripremni radovi za Konvenciju ukazuju na to da je svrha drugog stav člana 7 bila da se precizira da član 7 ne utiče na zakone koji su, u potpuno izuzetnim okolnostima na kraju Drugog svetskog rata, doneti kako bi se, između ostalog, kaznili ratni zločini, tako da član 7 ni na koji način ne pokušava da o tim zakonima donosi pravni ili moralni sud (vidjeti *X. protiv Belgije*, br. 268/57, odluka Komisije od 20. jula 1957. godine, Godišnjak 1, str. 241). ...”

189. U novije vrijeme, ovo restriktivno tumačenje člana 7 stav 2 potvrđeno je u predmetu *Maktouf i Damjanović* (navedeno gore, § 72):

„Štaviše, Sud ne može da se složi sa tvrdnjom Države da, ako je neko delo bilo krivično delo prema ‘opštim pravnim principima priznatim od strane civilizovanih nacija’ u smislu člana 7. stav 2. Konvencije u vreme kada je počinjeno, onda pravilo o neretroaktivnosti zločina i kazni ne važi. Ovaj argument nije u skladu sa pripremnim radovima koji impliciraju da može da se smatra da član 7. stav 1. sadrži opšte pravilo nepostojanja retroaktivnosti, i da je član 7. stav 2. samo kontekstualno pojašnjenje dela tog pravila koji se tiče odgovornosti, a koje je uvedeno kako bi se obezbedilo da bude sumnje u valjanost krivičnog gonjenja nakon Drugog svetskog rata kada je reč o zločinima koji su tokom tog rata počinjeni (vidjeti *Kononov*, navedeno gore, § 186). Stoga je jasno da autori Konvencije nisu nameravali da dozvole bilo kakav opšti izuzetak od pravila zabrane retroaktivnosti. I zaista, Sud je u brojnim predmetima smatrao da su dva stava člana 7 međusobno povezana i da ih treba tumačiti na usklađen način (vidjeti, na primer, *Tess protiv Latvije* (odl.), br. 34854/02, od 12. decembra 2002. godine, navedeno gore, i *Kononov*, navedeno gore, § 186).“

190. Budući da je to tako, i uzimajući u obzir zaključak Suda u stavu 186 gore da se osuda podnosioca predstavke ne može opravdati članom 7 stav 1 Konvencije, ne može se opravdati ni članom 7 stav 2.

(d) Zaključak Suda

191. Sud smatra da je došlo do povrede člana 7 Konvencije.

ŠIMŠIĆ protiv BOSNE I HERCEGOVINE

Predstavka br. 51552/10, odluka od 10. aprila 2012. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnosilac predstavke je u Bosni i Hercegovini osuđen za zločine protiv čovječnosti izvršene tokom rata u toj zemlji, u periodu od aprila do jula 1992. Predstavku je podnio tvrdeći da je takvom osudom povrijeđeno načelo zakonitosti iz člana 7 Konvencije zbog toga što zločini protiv čovječnosti u relevantnom periodu nisu nacionalnim krivičnim zakonima bili određeni kao krivično djelo. Pozivao se i na član 2 Protokola 7 tvrdeći da je on povrijeđen time što nije imao pravo žalbe na odluku drugostepenog suda kojom je oslobađajuća presuda bila preinačena u osuđujuću, a tvrdio je da je prekršen i član 1 Protokola 12, koji zabranjuje diskriminaciju, time što je postupak protiv njega vođen pred državnim, a ne entitetskim sudom. Sud je, pošto je zaključio da su sve ove pritužbe očigledno neosnovane, njegovu predstavku odbacio kao nedopuštenu. U obrazloženju odluke objasnio je da su akti za koje je podnosilac predstavke odgovarao u doba rata u BiH u međunarodnom pravu nesumnjivo bili zabranjeni i definisani kao zločini protiv čovječnosti, pa je za njega moralo biti predvidivo da za njih može odgovarati.

Izvodi

(…)

PRAVO

A. S obzirom na član 7. Konvencije

21. Član 7. glasi:

„1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.

2. Ovaj član ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vrijeme izvršenja smatralo krivičnim djelom prema opštima pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi.“

22. Sud ponavlja da garancija obuhvaćena članom 7, koja je suštinski element vladavine prava, zauzima istaknuto mjesto u sistemu zaštite po Konvenciji. Ovo je naglašeno činjenicom da nije dozvoljen nikakav izuzetak od primjene prema članu 15 za vrijeme rata i vanrednog stanja. Treba je tumačiti i primijeniti onako kako to proizlazi iz njenog cilja i svrhe, tako da se osiguraju efektivne mjere zaštite protiv proizvoljnog sudskog progona, osude i kažnjavanja (vidjeti *Kononov v. Latvija* [VV], br. 36376/04, § 185, ECHR 2010). Jasno je da Sud nije pozvan da odlučuje o pojedinačnoj kaznenoj odgovornosti podnosioca, koja je prije svega pitanje procjene domaćih sudova. Njegova funkcija prema članu 7 stav 1 je da preispita da li su djela podnosioca, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala krivična djela definisana s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema domaćem ili međunarodnom pravu (*Streletz, Kessler i Krenz v. Njemačke* [VV], brojevi. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, § 51, ECHR 2001-II; *K.-H.W. v. Njemačke* [VV], br. 37201/97, § 46, ECHR 2001-II; i *Korbely v. Mađarske* [VV], br. 9174/02, § 73, ECHR 2008).

23. Sud zapaža da je podnosilac bio osuđen 2007. godine za progon kao zločin protiv čovječnosti u odnosu na djela počinjena 1992. godine. Kako ova

djela nisu predstavljala zločin protiv čovječnosti prema domaćem pravu sve do stupanja na snagu Krivičnog zakona iz 2003, evidentno je iz dokumenata navedenih gore u tačkama 8-13. da su ova djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu. U tom smislu, primjećuje se da su u ovom slučaju ispunjeni svi sastavni elementi zločina protiv čovječnosti: pobijana djela su izvršena u kontekstu šireg i sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i podnosilac je bio svjestan ovih napada (suprotno slučaju *Korbely*, gore citiran, §§ 83-85).

24. Podnosilac je tvrdio da nije mogao predvidjeti da su njegova djela mogla predstavljati zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu. Primijećeno je, međutim, da je aplikant počinio ova djela kao policijski službenik. Sud smatra da osobe koje obnašaju profesionalnu dužnost moraju postupati s visokim stepenom opreza kada obavljaju svoje zanimanje i od njih se očekuje da postupaju s posebnom pažnjom prilikom procjene rizika koje takve aktivnost povlače za sobom (vidjeti *Kononov*, gore citiran, § 235). Nadalje, uzimajući u obzir očigledno nezakonitu prirodu njegovih djela, koja uključuju ubistva i mučenja Bošnjaka unutar konteksta šireg i sistematičnog napada Bošnjačkog civilnog stanovništva Opštine Višegrad, čak je i površna reakcija podnosioca trebala ukazati na to da postoji rizik da ova djela predstavljaju zločin protiv čovječnosti za koji bi se on mogao smatrati odgovornim.

25. Sud zaključuje da su djela podnosioca, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu.

Ova je žalba, zbog toga, očigledno neosnovana i mora se odbiti prema članu 35. stavci 3(a) i 4. Konvencije.

B. S obzirom na član 2 Protokola br. 7 Konvencije

26. Član 2 Protokola br. 7 glasi:

„1. Svako osuđen od suda za krivično djelo ima pravo od višeg suda tražiti ponovno razmatranje svoje presude ili kazne. Ostvarenje tog prava kao i razlozi iz kojih se ono može vršiti uređuju se zakonom.

2. Od ovog prava mogu se zakonom propisati izuzeci za lakša krivična djela, ili u slučajevima kad je nekoj osobi u prvom stepenu suđeno pred najvišim sudom ili ako je osuđena povodom žalbe protiv oslobađajuće presude.“

27. Prvi stav garantuje pravo svakom osuđenom za krivično djelo da ima pravo od višeg suda tražiti ponovno razmatranje presude ili kazne. Međutim, drugi stav dozvoljava izuzetke.

28. Podnosilac se žalio da nije imao pravo da traži preispitivanje drugostepene presude pred višim krivičnim sudom, iako je tom presudom poništena prvostepena presuda kojom je on oslobođen za progon kao zločin protiv čovječnosti. Kako ovo pitanje jasno potpada pod izuzetke predviđene u drugom stavu člana 2 Protokola br. 7, tako je ova žalba očito neosnovana.

Stoga, mora biti odbijena prema članu 35. stav 3(a) i 4. Konvencije.

C. S obzirom na član 1 Protokola br. 12 Konvencije

29. Član 1 Protokola br. 12 Konvencije:

„1. Uživanje svih prava utvrđenih zakonom osigurano je bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovinsko stanje, rođenje ili drugi status.

2. Nikog nijedan organ vlasti ne smije diskriminisati ni po kom osnovu, kao što je navedeno u stavu 1.“

30. Sud zapaža da je podnosilac propustio da istakne ovo pitanje u svojoj ustavnoj žalbi. Takođe, ocijenjeno je da je sporno da li ustavna žalba nudi razumne izgleda na uspjeh u svjetlu postojeće sudske prakse o ovom pitanju (vidjeti Odluku Ustavnog Suda od 19. juna 2006. godine u slučaju *Maktouf* u kojoj nije utvrđena povreda zabrane diskriminacije i brojni drugi slučajevi u kojima je primijenjeno isto obrazloženje). Međutim, od Suda se ne traži da odluči da li je sadašnji podnosilac trebao koristiti taj domaći pravni lijek, s obzirom da Sud smatra da je ova žalba, u svakom slučaju, očigledno neosnovana iz slijedećih razloga.

31. Pojam diskriminacije se dosljedno tumačio u sudskoj praksi u odnosu na član 14 Konvencije. Posebno, sudska praksa je jasno pojasnila da “diskriminacija” znači različito tretiranje, bez nekog objektivnog i razumnog opravdanja, osoba koje se nalaze u sličnoj situaciji. Autori koriste isti termin, diskriminacija, u članu 1 Protokola br. 12. Bez obzira na razlike u obimu ovih odredbi, značenja ovog termina u članu 1 Protokola br. 12 treba da bude isto kao i ono u članu 14 (vidjeti *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* [VV], br. 27996/06 i 34836/06, § 55, ECHR 2009).

32. S obzirom na veliki broj ratnih zločina u poslijeratnoj Bosni i Hercegovini, neophodno je da se ovaj teret podijeli između entitetskih sudova i Suda BiH. U suprotnom, tužena država ne bi bila u stanju ispoštovati svoje obaveze iz Konvencije da dovede pred pravdu one koji su odgovorni za ozbiljne povrede međunarodnog prava unutar razumnog vremenskog perioda (vidjeti *Palić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 4704/04, 15. februar 2011. godine) Budući da je državni Sud odlučio preuzeti ovaj slučaj od entitetskog suda prvenstveno na osnovu objektivnih i razumnih kriterijuma (kao što su osjetljivost i kompleksnost slučaja) a ne na osnovu ličnih karakteristika podnosioca (kao što je, njegovo porijeklo ili religija), ne postoji povreda člana 1 Protokola br. 12 (vidjeti, radi poređenja, *Magee protiv Ujedinjenog Kraljevstva* br. 28135/95, § 50, ECHR 2000-VI).

Slijedom navedenog, ova žalba je očigledno neosnovana i mora biti odbijena prema članu 35 stav 3(a) i 4 Konvencije.

Iz ovih razloga Sud većinom glasova

Proglašava aplikaciju nedopustivom.

MAKTOUF I DAMJANOVIĆ protiv BOSNE I HERCEGOVINE

Predstavke br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Sud je utvrdio da je u slučaju oba podnosioca predstavki povrijeđeno načelo zakonitosti iz člana 7 jer je na obojicu, pošto su osuđeni za ratne zločine protiv civila u Bosni i Hercegovini, primijenjen Krivični zakonik iz 2003. godine a ne krivični zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja ovih djela, tokom rata, u BiH od 1992. do 1995. godine, i koji je predviđao blaže sankcije.

Izvodi

(...)

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 7 KONVENCIJE

54. Oba aplikanta su se žalila prema članu 7 Konvencije da je na njih primjenjen stroži krivični zakon od onoga koji je bio primjenjiv u vrijeme kad su oni počinili krivična djela. U članu 7 stoji:

„1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.

2. Ovaj član ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vrijeme izvršenja smatralo krivičnim djelom prema opštima pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi.“

A. Uvodni komentar

55. Teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja spadaju u nadležnost Suda BiH mogu se podijeliti u dvije kategorije. Neki zločini, konkretno zločini protiv čovječnosti, su u domaći zakon uvedeni 2003. godine. Sud BiH i entitetski sudovi stoga nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima (vidi međunarodne materijale koji se citiraju u tač. 31 i 32 u gornjem tekstu). S tim u vezi, Sud podcrtava da se u predmetu *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), br. 51552/10, 10. april 2012, aplikant žalio na osuđujuću presudu iz 2007. godine za zločine protiv čovječnosti, a u odnosu na djela koja su se dogodila 1992. godine. Sud je ispitao taj predmet, između ostalog, i prema čl. 7 Konvencije proglasio ga očigledno neutemeljenim. Sud je smatrao irelevantnom činjenicu da zločini protiv čovječnosti nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem zakonu tokom rata 1992-95. obzirom da su ta djela u to vrijeme predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu. Suprotno tome, ratni zločini koje su počinili aplikanti u ovom predmetu su predstavljali krivična djela prema domaćem zakonu u vrijeme kada su počinjeni. Ovaj predmet, stoga, pokreće potpuno različita pitanja od onih u predmetu *Šimšić*.

B. Dopustivost

56. Vlada tvrdi da se predstavka gosp. Damjanovića treba odbaciti zbog činjenice da nije pravovremeno uložio žalbu Ustavnom sudu. Nisu imali pritužbi u vezi dopustivosti predstavke gosp. Maktoufa u tom pogledu .

57. Gosp. Damjanović je tvrdio da žalba Ustavnom sudu ne predstavlja djelotvoran pravni lijek u pogledu njegove pritužbe jer ne nudi razumnu mogućnost za uspjeh (on se pozvao na odluku Ustavnog suda u predmetu *Maktouf*, u kojoj je zaključeno da nije došlo do povrede čl. 7 i na brojne druge predmete u kojima je primjenjena ista argumentacija).

58. Sud podcrtava da pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova iz čl. 35 § 1 Konvencije zahtijeva od podnosioca da prvo iskoriste domaće pravne lijekove čime se državama daje mogućnost da odgovore na pritužbe i mogućnost da isprave situaciju unutar vlastitog pravnog sistema prije negoli se pritužbe nađu pred Evropskim. Pravilo je zasnovano na pretpostavci da domaći sistem pruža

djelotvoran pravni lijek za navodnu povredu. Teret dokazivanja je na vladi koja tvrdi da nije došlo do iscrpljivanja pravnih lijekova, a koja Sudu mora pokazati da je u teoriji i u praksi djelotvoran pravni lijek bio na raspolaganju u relevantno vrijeme; drugim riječima da je pravni lijek bio pristupačan i u mogućnosti da pruži djelotvorno i dovoljno zadovoljenje za pritužbe podnosioca. Međutim, kada se ovaj teret dokazivanja jednom zadovolji, na podnosiocu je da dokaže da je pravni lijek koji je omogućila vlada zaista i iscrpljen odnosno da je iz nekog razloga bio neadekvatan i nedjelotvoran u datim okolnostima slučaja, ili da su postojale specijalne okolnosti koje su aplikanta oslobodile ove obaveze (vidi, između ostalih, *Akdivar i ostali protiv Turske*, 16. septembar 1996, §§ 65-69, *Izveštaji o presudama i odlukama* 1996-IV; *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), br. 13628/03, 6. maj 2006; i *Scoppola protiv Italije* (br. 2) [VV], br. 10249/03, §§ 68-71, 17. septembar 2009).

59. Sud zapaža da je 30. marta 2007. godine Ustavni sud Bosne i Hercegovine zaključio da nije došlo do povrede čl. 7 Konvencije u gotovo identičnim okolnostima u predmetu *Maktouf*, i da je nakon toga ista argumentaciju primijenjivana u čitavom nizu sličnih predmeta. Istina, vlada nije Sudu dostavila nikakvu odluku Ustavnog suda u kojoj se zaključuje da je došlo do kršenja čl. 7 u sličnom predmetu. Nadalje, Sud BiH se u predmetu *Damjanović* pozvao na odluku Ustavnog suda u predmetu *Maktouf*.

60. Sud zaključuje da žalba Ustavnom sudu nije pružala razumnu mogućnost uspjeha za gosp. Damjanovića prema čl. 7 Konvencije i odbacuje prigovor vlade. Kako ova pritužba nije očigledno neutemeljena unutar značenja čl. 35 § 3 (a) Konvencije i kako nije nedopustiva po bilo kojem drugom osnovu, mora se proglasiti dopustivom.

C. Meritum

1. Podnesci stranaka

(a) Aplikanti

61. Zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu optuženog je, prema navodima aplikanata, pravilo čvrsto ustanovljeno i u međunarodnom i u domaćem pravu. Krivični zakon iz 2003. godine, s obzirom da je stroži

od Zakona iz 1976. godine u pogledu minimalnih kazni za ratne zločine, se stoga nije trebao primijeniti u njihovim predmetima. U tom pogledu, oni su se pozvali na mali broj predmeta u kojima je Sud BiH smatrao da je Zakon iz 1976. godine blaži (vidi tač. 29), istovremeno kritikujući Sud BiH što taj Zakon nije primjenjivao konzistentno. Uzimajući u obzir da su njihove osuđujuće presude bile zasnovane isključivo na domaćem zakonu, oni su istakli da je oslanjanje vlade na „opšta pravna načela priznata kod civilizovanih naroda“ unutar značenja čl. 7 § 2 bilo pogrešno. Nadalje su tvrdili da se njihov predmet treba posmatrati odvojeno od predmeta na koje su se pozivali vlada i treća strana (naime *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, Serija A br. 335-B, i *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [VV], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, ECHR 2001-II). Posebno, predmet *S.W.* se odnosio na postepeni razvoj krivičnog prava putem sudske prakse tokom perioda od nekoliko godina da bi se uzeli u obzir izmijenjeni stavovi društva. Ovo je očigledno drugačije od donošenja novih zakona kojima se propisuju strože kazne za neka krivična djela, kao što je to u ovom predmetu. Aplikanti su dodali da države ne bi trebale mijenjati svoje zakone nakon nekog događaja s ciljem kažnjavanja počinitelja, bez obzira koliko kontroverzno može biti dato krivično djelo.

(b) Vlada

62. Vlada je istakla stav da je Krivični zakon iz 2003. godine bio blaži za aplikante od Krivičnog zakona iz 1976. godine, uzimajući u obzir nepostojanje smrtno kazne (oni su se pozvali na predmet *Karmo protiv Bugarske* (dec.), br. 76965/01, 9. februar 2006). Takvo je također bilo i mišljenje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ovom predmetu (vidi tač. 15). Oni su nadalje tvrdili da u slučaju da Krivični Zakon BiH iz 2003. godine nije bio blaži za aplikante, isti bi bilo opravdano primijeniti iz razloga koji slijede. Prvo, vlada je tvrdila da čl. 7 § 2 Konvencije omogućava izuzetak od pravila koje zabranjuje retroaktivnost krivičnih djela i kazni, što je navedeno u čl. 7 § 1 (pozvali su se na predmet *Naletilić protiv Hrvatske* (dec.), br. 51891/99, ECHR 2000-V). Drugim riječima, ukoliko je neko djelo bilo krivično djelo u vrijeme izvršenja i prema „opštim pravnim načelima priznatim kod civilizovanih naroda“ i prema domaćem zakonu, onda se može primijeniti kazna koja je eventualno i teža od one koja je bila primjenjiva prema domaćem zakonu u vrijeme činjenja. Jasno je da su

djela koja su počinili aplikanti u ovom predmetu krivična djela prema „opštim pravnim načelima priznatim kod civilizovanih naroda“. Kao rezultat toga, pravilo koje zabranjuje retroaktivnost kazni nije primjenjivo i, prema mišljenju vlade, podnosiocima je mogla biti izrečena i neka druga kazna. Drugo, vlada je tvrdila da interesi pravde zahtijevaju da se princip neretroaktivnosti ostavi po strani u ovom predmetu (oni su se u vezi s tim pozvali na predmet *S.W.*, koji se citira u gornjem tekstu; *Streletz, Kessler i Krenz*, koji se citira u gornjem tekstu; i na obavezu prema međunarodnom humanitarnom pravu da se ratni zločini adekvatno kazne). Strogoća principa neretroaktivnosti, kako je obrazloženo, mora se ublažiti u određenim istorijskim situacijama, tako da ovaj princip ne bi išao na štetu principa pravičnosti.

63. U pogledu pitanja da li je Sud BiH promijenio svoju praksu u pogledu izricanja krivičnih sankcija u predmetima ratnih zločina, Vlada nije osporila da je Zakon iz 1976. godine primijenjen u nekoliko slučajeva nakon marta 2009. godine (vidi tač. 29). Međutim, oni su podcrtali da je Zakon iz 2003. godine ipak i dalje primjenjivan u većini slučajeva. Konkretnije, Sud BiH je objavio 102 odluke u periodu između marta 2009. i novembra 2012. godine (pretresna vijeća su donijela njih 59, a apelaciona vijeća 43). Pretresna vijeća su uvijek primijenjivala Zakon iz 2003. godine. Apelaciona vijeća su taj Zakon primijenila u svim predmetima koji se odnose na zločine protiv čovječnosti i genocid. U pogledu ratnih zločina, apelaciona vijeća su primijenila Zakon iz 1976. godine u pet predmeta, a Zakon iz 2003. u 16 predmeta. Vlada je kritikovala pristup koji je primijenjen u tih prvih pet predmeta i tvrdila da je Sud BiH uvijek trebao primjenjivati Zakon iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina.

(c) Treća strana

64. Podnesci treće strane, odnosno Ureda visokog predstavnika iz novembra 2012. godine, su slijedili istu argumentaciju kao i podnesci vlade. Mora se primijetiti da je treća strana tvrdila, poput vlade, da su djela koja su ovi aplikanti počinili predstavljala krivična djela prema „opštim pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi“ i da se stoga pravilo koje zabranjuje retroaktivnost kažnjavanja u ovom slučaju ne primjenjuje. Ured visokog predstavnika je takođe naglasio da su se kazne koje su izrečene podnosiocima, iako je u ovom slučaju primijenjen Krivični Zakon BiH iz 2003. godine, ipak nalazile i u rasponu

Zakona iz 1976. i Zakona iz 2003. godine. Na kraju, treća strana se pozvala na „zaključna razmatranja“ Komisije za ljudska prava UN-a o BiH (CCPR/C/BIH/CO/1), koja se citiraju u tač. 32 u gornjem tekstu.

2. Ocjena Suda

65. Na početku, Sud želi podcrtati da njegov zadatak nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. godine na predmete ratnih zločina sama po sebi nekompatibilna sa članom 7 Konvencije. Ovo pitanje se mora ocjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta i, posebno, da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (vidi *Scoppola*, koji se citira u gornjem tekstu, § 109).

66. Opšti principi iz člana 7 su nedavno ponovo obrađeni u predmetu *Kononov protiv Latvije* [VV], br. 36376/04, § 185, ECHR 2010:

„Garancija koja se daje članom 7, suštinski element vladavine prava, ima istaknuto mjesto u sistemu zaštite koji pruža Konvencija, kao što je i podcrtano činjenicom da se prema članu 15 ne dozvoljava nikakvo odstupanje od ovog pravila u vrijeme rata ili drugog vanrednog stanja. Ona se treba tumačiti i primjenjivati kao što to i proizlazi iz njenog predmeta i svrhe, tako da pruža djelotvornu zaštitu od proizvoljnog progona, osuđivanja i kažnjavanja. Shodno tome, član 7 nije ograničen samo na zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu optuženog: on takođe otjelotvoruje princip da samo zakon može definisati krivično djelo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i princip da se krivični zakon ne može široko tumačiti na štetu optuženog, na primjer putem analogije. Iz toga proizlazi da krivično djelo mora biti jasno definirano u zakonu. Ovaj zahtjev je zadovoljen u slučajevima kada pojedinac može znati čitanjem relevantne odredbe – i, ukoliko je potrebno, uz pomoć tumačenja te odredbe koje će obezbijediti sudovi i pravni savjetnici – zbog kojih djela činjenja ili nečinjenja može krivično odgovarati. Kada govori o „pravu“, član 7 se poziva na isti koncept na koji se Konvencija poziva na drugim mjestima prilikom upotrebe tog termina, odnosno koncept

koji uključuje pisano i nepisano pravo i koji implicira kvalitativne zahtjeve, posebno zahtjeve za pristupačnost i predvidljivost. Što se tiče predvidljivosti, posebno, Sud podsjeća da bez obzira na to koliko je jasno formulisana jedna pravna odredba u sistemu prava koji uključuje i krivični zakon, postoji neizbježni element pravosudnog tumačenja. Uvijek će postojati potreba za pojašnjenjem nejasnih tačaka i za prilagođavanjem okolnostima koje se mijenjaju. Zaista, u određenim državama Konvencije, progresivni razvoj krivičnog prava putem sudskih odluka koje postaju zakon, predstavlja duboko ukorijenjen i neophodan dio pravne tradicije. Član 7 Konvencije se ne može tumačiti kao nešto što zabranjuje postepeno pojašnjavanje pravila krivične odgovornosti putem sudskog tumačenja od slučaja do slučaja, pod uslovom da je takvo tumačenje u skladu sa suštinom krivičnog djela i može se razumno predvidjeti (*Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [VV], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, § 50, ECHR 2001-II; *K.-H.W. protiv Njemačke* [VV], br. 37201/97, § 85, ECHR 2001-II (izvodi); *Jorgić protiv Njemačke*, br. 74613/01, §§ 101-109, 12. juli 2007; i *Korbely protiv Mađarske* [VV], br. 9174/02, §§ 69-71, 19. septembar 2008).“

67. U pogledu ovog predmeta, Sud primjećuje da je definicija ratnih zločina ista u članu 142 § 1 Krivičnog zakona iz 1976, koji se primjenjivao u vrijeme kada su počinjena krivična djela, i u članu 173 § 1 Krivičnog zakona iz 2003. godine, koji je u ovom predmetu primjenjen retroaktivno (vidi st. 26 i 28). Štaviše, aplikanti nisu osporavali to da su njihova djela krivična djela koja su bila definirana sa dovoljnom pristupačnošću i predvidljivošću u vrijeme kada su počinjena. Zakonitost osuđujućih presuda aplikanata stoga nije pitanje u ovom predmetu.

68. Nadalje se primjećuje, međutim, da dva krivična zakona pružaju različit raspon kazni za ratne zločine. Prema Zakonu iz 1976, za ratne zločine je zapriječena kazna bila kazna zatvora u trajanju 5-15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna (vidi čl. 142 § 1 u vezi sa čl. 37 § 2 i 38 § 1 Zakona iz 1976). Takođe se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od 20 godina umjesto smrtne kazne (vidi čl. 38 § 2 istog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina,

poput gosp. Maktoufa, su trebali biti kažnjeni isto kao da su sami počinili ratne zločine, ali se njihova kazna mogla umanjiti na kaznu zatvora od jedne godine (vidi čl. 42 istog Zakona u vezi sa čl. 24 § 1 i 43 § 1 istog Zakona). U skladu sa Zakonom iz 2003. godine, zapriječena kazna za ratne zločine je kazna zatvora u trajanju 10-20 godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju 20-45 godina (vidi čl. 173 § 1 Zakona iz 2003. u vezi sa čl. 42 §§ 1 i 2 istog Zakona). Pomagači u izvršenju ratnih zločina, poput gosp. Maktoufa, se trebaju kazniti kao da su sami počinili ratne zločine, ali se njihova kazna može umanjiti na kaznu zatvora od pet godina (čl. 49 u vezi sa čl. 31 § 1 i 50 § 1 istog Zakona). Iako ističe da se njegova kazna trebala umanjiti u maksimalnoj mjeri koliko je to moguće (vidi tač. 14), Sud BiH je gosp. Maktoufa osudio na zatvorsku kaznu od pet godina, najnižu moguću kaznu prema Zakonu iz 2003. godine. Suprotno tome, prema Zakonu iz 1976. godine, on je mogao biti osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Što se tiče gosp. Damjanovića, on je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina, što je malo iznad minimalne kazne od deset godina. Prema Zakonu iz 1976, bilo bi moguće izreći mu kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina.

69. U pogledu argumentacije vlade da je Zakon iz 2003. godine blaži za aplikante od Zakona iz 1976, uzimajući u obzir nepostojanje smrtno kazne, Sud ističe da je samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna prema Zakonu iz 1976. (vidi tač. 26). Kako nijedan od aplikanata nije oglašen krivim za gubitak života, zločini za koje su oni osuđeni očigledno nisu spadali u tu kategoriju. Kao što je već istaknuto u gornjem tekstu, gosp. Maktouf je dobio najnižu moguću kaznu, a gosp. Damjanović kaznu koja tek malo prelazi najniži nivo koji propisuje Zakon iz 2003. godine za ratne zločine. U tim okolnostima, od posebnog je značaja u ovom predmetu ustanoviti koji je zakon bio blaži u pogledu minimalne kazne, a to je bez ikakve sumnje Zakon iz 1976. godine. Taj pristup su u novijim predmetima zauzela i neka apelaciona vijeća Suda BiH (vidi tač.29).

70. Mora se priznati da su kazne aplikanata u ovom predmetu bile unutar raspona koji je propisan i Zakonom iz 1976. i Zakonom iz 2003. godine. Stoga se ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od ovih aplikanata dobio manju kaznu da je primjenjen Zakon iz 1976. godine (uporedi *Jamil protiv Francuske*,

8. juni 1995, Serija A br. 317-B; *Gabbari Moreno protiv Španjolske*, br. 68066/01, 22. jul 2003; *Scoppola*, citiran u gornjem tekstu). Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon primjenjen u njihovim predmetima. Kao što je već istaknuto u tački 68 u gornjem tekstu, Sud BiH je zaključio prilikom određivanja kazne gosp. Maktoufu da se kazna treba smanjiti na najniži mogući nivo prema Zakonu iz 2003. godine. Slično tome, gosp. Damjanović je dobio kaznu koja je blizu minimalnog nivoa. Nadalje treba istaći da u skladu sa pristupom koji je primjenjen u novijim predmetima ratnih zločina, koji se navode u tački 29 u gornjem tekstu, apelaciona vijeća Suda BiH su se odlučila za Zakon iz 1976. umjesto Zakona iz 2003. godine, posebno s ciljem primjene najblažih pravila kažnjavanja. U skladu s tim, s obzirom da postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. bila na štetu podnosilaca u pogledu izricanja kazne, ne može se reći da im je osigurana djelotvorna zaštita od nametanja veće kazne, što predstavlja povredu čl. 7 Konvencije.

71. Sud ne može prihvatiti sugestiju vlade da njegova odluka u predmetu *Karmo*, koji se citira u gornjem tekstu, pruža smjernice za njegovu ocjenu predmeta koji ovdje razmatra. Okolnosti su značajno drugačije. Dok su ovim aplikantima izrečene relativno niske kazne zatvora, aplikant u predmetu *Karmo* je bio osuđen na smrt i postavilo se pitanje da li je suprotno članu 7 zamijeniti smrtnu kaznu za doživotni zatvor slijedom abolicije smrtno kazne od 1998.g. Sud je našao da je odgovor negativan i odbacio pritužbu prema čl. 7 kao očigledno neutemeljenu.

72. Nadalje, Sud se ne može složiti sa stavom Vlade da ukoliko je neko djelo predstavljalo krivično djelo prema „opštim pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi“ u sklopu značenja čl. 7 § 2 Konvencije u vrijeme njegovog izvršenja, da tada pravilo koje zabranjuje retroaktivnost krivičnih djela i kazni nije primjenljivo. Ovaj stav nije u skladu sa *travaux préparatoires* (pripremnim dokumentima u vezi teksta Konvencije) koji impliciraju da se može smatrati da čl. 7 § 1 sadrži opšte pravilo neretroaktivnosti, a da čl. 7 § 2 predstavlja samo kontekstualno pojašnjenje za aspekt krivične odgovornosti iz tog pravila, a koji je dodat tako da se osigura da nema nikakve sumnje u pogledu valjanosti krivičnih postupaka nakon Drugog svjetskog rata u pogledu zločina koji su

počinjeni tokom tog rata (vidi *Kononov*, koji je citiran u gornjem tekstu, § 186). Stoga je jasno da oni koji su sastavljali tekst Konvencije nisu imali namjeru da dozvole bilo kakav opšti izuzetak od pravila neretroaktivnosti. Sud je s tim u vezi u brojnim predmetima zaključio da su dva stava člana 7 uzajamno povezana i da se trebaju tumačiti na usklađen način (vidi, na primjer, *Tess protiv Latvije* (dec.), br. 34854/02, 12. decembar 2002, i *Kononov*, koji se citira u gornjem tekstu, § 186).

73. Oslanjanje vlade u tom smislu na predmete *S.W.* i *Streletz, Kessler i Krenz* (koji se citiraju u gornjem tekstu) se isto tako ne može prihvatiti. Ovaj predmet ne odnosi se na pitanje progresivnog razvoja krivičnog prava putem sudskog tumačenja, kao što je to slučaj u predmetu *S.W.* Ovaj predmet ne odnosi se niti na praksu države koja nije u skladu njenim pisanim ili nepisanim zakonom. U predmetu *Streletz, Kessler i Krenz*, djela podnosilaca su predstavljala krivična djela koja su definisana sa dovoljnom pristupačnošću i predvidljivošću u krivičnom zakonu Demokratske Republike Njemačke u relevantno vrijeme, ali te odredbe nisu primjenjivane tokom dugog perioda vremena sve do promjene režima 1990.

74. Sud nadalje ne vidi potrebu da detaljno ispituje dalji argument Vlade da dužnost države prema međunarodnom humanitarnom pravu zahtijeva da se ratni zločini kažnjavaju na adekvatan način, tako da se u ovom predmetu pravilo neretroaktivnosti ostavi po strani. Dovoljno je reći da se pravilo neretroaktivnosti zločina i kazni takođe javlja u Ženevskim konvencijama i njihovim dopunskim protokolima (vidi tač. 43). Štaviše, s obzirom da su kazne izrečene podnosiocima bile unutar raspona i Zakona iz 1976. i Zakona iz 2003. godine, argument vlade da podnosioci ne bi bili adekvatno kažnjeni prema Zakonu iz 1976. godine je očigledno neutemeljen.

75. Na kraju, iako se Sud u principu slaže s Vladom da su države slobodne odlučivati o vlastitim politikama kažnjavanja (vidi *Achour protiv Francuske* [VV], br. 67335/01, § 44, ECHR 2006-IV, i *Ould Dah protiv Francuske* (dec.), br. 13113/03, ECHR 2009), one u tome i dalje moraju poštovati zahtjeve čl. 7.

D. Zaključak

76. U skladu s tim, Sud smatra da je došlo do povrede čl. 7 Konvencije u konkretnim okolnostima ovog predmeta. Ovaj zaključak se ne treba tumačiti tako da su trebale biti izrečene niže kazne već samo da su se u predmetima ovih aplikanata trebale primijeniti kaznene odredbe Zakona iz 1976. godine.

MILANKOVIĆ protiv HRVATSKE

Predstavka br. 33351/20, presuda od 20. januara 2022. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnosilac predstavke je tvrdio da je žrtva povrede člana 7 Konvencije jer je bio osuđen za ratne zločine na osnovu komandne odgovornosti, za koju je tvrdio da, kao vid individualne krivične odgovornosti, u relevantno vrijeme (tokom oružanog sukoba u Hrvatskoj, konkretno od 18. avgusta 1991. do 20. juna 1992. godine) nije bila propisana ni nacionalnim ni međunarodnim pravom. Sud je analizirao pravila međunarodnog prava, uzeo u obzir i kako ih je tumačio Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, pa zaključio da je komandna odgovornost nesumnjivo bila predviđena međunarodnim pravom, i to kako u pravu koje uređuje međunarodne, tako i u pravu koje uređuje nemeđunarodne, odnosno unutrašnje oružane sukobe.

Izvodi

(...)

PRAVO

NAVODNA POVREDA ČLANA 7 KONVENCIJE

42. Podnosilac zahtjeva prigovorio je da njegove osude za ratne zločine na temelju njegove komandne odgovornosti nisu imale pravnu osnovu u nacionalnom ili međunarodnom pravu u vrijeme kad su počinjeni. Pozvao se na član 7 Konvencije koji glasi:

„1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.

2. Ovaj član ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vrijeme izvršenja smatralo krivičnim djelom prema opštima pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi.“

A. Opseg predmeta

43. Sud primjećuje da, iako je podnosilac zahtjeva uglavnom prigovorio svojim osudama za ratne zločine počinjene u razdoblju prije nego što je rat u Hrvatskoj postao oružani sukob međunarodnog karaktera (vidi stavove 9, 11 i 12 ove presude), iz njegovih tvrdnji u cjelini (vidi st. 15, 20, 23, 37 i 67) proizlazi da je prigovorio i svojim osudama za ratne zločine počinjene nakon tog datuma (vidi st. 9 ove presude).

B. Dopuštenost

44. Sud smatra da ovaj zahtjev nije ni očigledno neosnovan ni nedopušten po bilo kojoj drugoj osnovi navedenoj u članu 35 Konvencije. Stoga se mora proglasiti dopuštenim.

C. Osnovanost

1. Tvrdnje stranaka

(a) Podnosilac zahtjeva

45. Podnosilac zahtjeva ponovio je tvrdnje koje je iznio pred domaćim sudovima (vidi stavove 15, 20 i 23 ove presude). Osim toga, tvrdio je da je Ustavni sud prihvatio, a da nije proveo vlastito ispitivanje, stav MKSJ-a da je komandna odgovornost za ratne zločine u nemeđunarodnim oružanim sukobima *tempore criminis* već bila postala pravilo međunarodnog običajnog prava (vidi st. 25 ove presude).

(b) Vlada

46. Vlada je tvrdila da se osuda podnosioca zahtjeva temeljila na čl. 120 st. 1 i čl. 122 u vezi s čl. 28 st. 2 Osnovnog krivičnog zakona (vidi stavove 11, 12, 16, 17, 20, 23 – 25. i 27. ove presude) i mjerodavnim pravilima međunarodnog običajnog prava.

47. Vlada je dalje utvrdila da je *tempore criminis* komandna odgovornost za ratne zločine u nemeđunarodnim oružanim sukobima već bila postala pravilo međunarodnog običajnog prava. U tom pogledu pozvala se na odluku MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i drugi* (vidi st. 37 i 38 ove presude).

48. Posredno, Vlada je tvrdila da je osuda podnosioca zahtjeva u svakom slučaju bila opravdana na osnovu čl. 7 stav 2 Konvencije.

49. Kad je riječ o tvrdnjama podnosioca zahtjeva koje se temelje na navodnom nepostojanju njegovih ovlašćenja kao zamjenika načelnika policijske uprave i nemogućnosti otkrivanja neposrednih počinilaca (vidi st. 15, 20, 23 i 37 ove presude), Vlada je tvrdila da se odnose na ocjenu činjenica od strane domaćih sudova i da su zato četvrtostepene prirode.

2. Ocjena Suda

50. Mjerodavna načela koja proizlaze iz sudske prakse Suda na osnovu čl. 7 Konvencije sažeta su u *Savjetodavnom mišljenju o korištenju tehnike „blanketnih odredbi” prilikom definisanja krivičnog djela i o kriterijumima poređenja krivičnog zakona koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i izmijenjenog krivičnog zakona* ([VV], zahtjev br. P16-2019-001, Ustavni sud Armenije, st. 60 – 62, 29. maja 2020.), kao i u predmetima *Vasiliauskas protiv Litve* ([VV], br. 35343/05, st. 153 – 155, ECHR 2015), *Kononov protiv Latvije* ([VV], br. 36376/04, st. 185 – 187, ECHR 2010) i *Jorgić protiv Njemačke* (br. 74613/01, st. 100 – 102, ECHR 2007-III).

51. Uzimajući u obzir svoju sudsku praksu, Sud smatra da je njegov glavni zadatak u ovom predmetu ispitati je li *tempore criminis* (vidi, *mutatis mutandis*, gore navedeni predmet *Kononov*, st. 187.):

- osuda podnosioca zahtjeva za ratne zločine imala dovoljno jasnu pravnu osnovu; i

- za podnosioca zahtjeva bilo predvidljivo da će njegov propust da spriječi ratne zločine koje su počinile policijske formacije pod njegovim zapovjedništvom, dovesti do njegove krivične odgovornosti.

(a) O pravnoj osnovi za osudu podnosioca zahtjeva i njenoj predvidljivosti

52. Sud primjećuje da se osuda podnosioca zahtjeva za ratne zločine temeljila na članu 120 stav 1 i članu 122 u vezi s članom 28 stav 2. Osnovnog krivičnog zakona prema kojem su osobe koje imaju garantnu obvezu (dužnost postupati) mogle počiniti ratne zločine nečinjenjem (vidi stav 11, 12, 16, 17, 20, 22, 27. i 28. ove presude). Član 120 stav 1 i član 122 bili su upućujuće odredbe u kojima se upućivalo na mjerodavna pravila međunarodnog prava. Iako su Županijski sud i Vrhovni sud smatrali da su mjerodavna pravila međunarodnog prava na koja se upućivalo u podnosiočevom predmetu ona sadržana u članovima 86 i 87 Prvog protokola uz Ženevske konvencije (vidi stav 11, 12, 17. i 20. ove presude), Ustavni sud konačno je utvrdio da su mjerodavna pravila ona međunarodnog običajnog prava te se u prilog svom uvjerenju pozvao, između ostalog, na odluke MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i drugi* (vidi stav 24, 25, 37 i 38 ove presude).

53. Osuda podnosioca zahtjeva za ratne zločine stoga se prvenstveno temeljila na međunarodnom pravu i, prema mišljenju Suda, mora se ispitati uglavnom s tog stanovišta (uporedi gore navedeni predmet *Kononov*, stav 196).

54. U ovom predmetu Sud se mora uvjeriti da je osuda podnosioca zahtjeva za ratne zločine na osnovu njegove komandne odgovornosti kao policijskog zapovjednika u unutrašnjem oružanom sukobu imala dovoljno jasnu osnovu u međunarodnom pravu u vrijeme kada su ti zločini počinjeni, odnosno, uzimajući u obzir stanje međunarodnog prava 1991. godine (vidi, *mutatis mutandis*, *Korbely protiv Mađarske* [VV], br. 9174/02, stav 78., ECHR 2008).

55. U tom pogledu Sud prvo ponavlja da se Konvencija ne može tumačiti u vakuumu i da je, u mjeri u kojoj je to moguće, treba tumačiti u skladu s drugim pravilima međunarodnog prava kojeg je ona dio (vidi, u pogledu pravila međunarodnog humanitarnog prava, *Hassan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 29750/09, stav 77, ECHR 2014).

56. Nadalje primjećuje da se u Statutu MKSJ-a u članu 7 stav 3 na izraz „nadređeni” upućuje uopšteno pa se primjena tog izraza ne ograničava samo

na vojne zapovjednike (vidi stav 32 ove presude) niti se pravi bilo kakva razlika između međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba. Statut se primjenjuje na teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena u bivšoj Jugoslaviji od 1. januara 1991, datuma čija je „očita namjena pokazati da se ne prosuđuje je li karakter sukoba međunarodni ili unutrašnji” (vidi Izvještaj generalnog sekretara Ujedinjenih nacija citiran u st. 33 ove presude). Štaviše, Statut je trebao odražavati postojeće međunarodno pravo, i to pravila koja su u to vrijeme bila „nedvosmisleno dio običajnog prava”.

57. U predmetu *Hadžihasanović i drugi* MKSJ je smatrao da je primjena pojma komandne odgovornosti na ratne zločine počinjene u unutrašnjem oružanom sukobu već 1991. godine bila pravilo međunarodnog običajnog prava (st. 37 i 38). Isto tako, u predmetu *Čelebići (Delalić)* MKSJ je, na temelju analize sudske prakse povezane s Drugim svjetskim ratom, smatrao da načelo odgovornosti nadređenog koje se odražava u čl. 7 st. 3 Statuta obuhvata i političke vođe i druge civilne nadređene osobe na položajima autoriteta (st. 40 i 41).

58. To je kasnije potvrđeno brojnim drugim presudama MKSJ-a (st. 39) kao i u nekoliko predmeta pred Međunarodnim krivičnim sudom za Ruandu (vidi *Tužilaštvo protiv Akayesu*, br. ICTR-96-4-T od 2. 9. 1998., st. 630 – 634 i 640, *Tužiteljstvo protiv Kayisheme i Ruzindane*, br. ICTR-95-1-T od 21. 5. 1999., st. 213 – 216). Sud ne vidi razlog da smatra drugačije, pri čemu naglašava da njegova uloga nije da autoritativno utvrđuje stanje međunarodnog prava u to vrijeme (vidi, *mutatis mutandis*, gore navedeni predmet *Korbely*, st. 78.).

59. Međutim, Sud uzima u obzir tvrdnje podnosioca zahtjeva da je do gore navedenih pravnih promjena u pogledu komandne odgovornosti u unutrašnjim oružanim sukobima (vidi st. 57 – 58) došlo nakon što su se dogodili događaji u ovom predmetu. U odnosu na to pitanje Sud smatra posebno relevantnim stajalište MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i drugi* da se, kada se može dokazati da je neko načelo već utvrđeno, primjena tog načela na određenu situaciju ne osporava tvrdnjom da je ta situacija nova ako razumno ulazi u područje primjene tog načela (vidi stav 38). Sam Sud smatrao je da se član 7 Konvencije ne može tumačiti kao da zabranjuje takvo postupno razjašnjavanje pravila krivične odgovornosti sudskim tumačenjem od predmeta do predmeta,

pod uslovom da je proistekli rezultat dosljedan biću krivičnog djela i da se može razumno predvidjeti (vidi, među brojnim drugim izvorima prava, gore navedeni predmet *Jorgić*, stav 101). Prema mišljenju Suda, to jednako vrijedi za razvoj nacionalnog kao i međunarodnog prava.

60. Nesumnjivo je da je odgovornost zapovjednika za ratne zločine počinjene tokom međunarodnog oružanog sukoba *tempore criminis* bila postojeće pravilo međunarodnog prava (vidi, posebno, Prvi protokol uz Ženevske konvencije citiran u stavu 30). Sud se slaže sa stavom MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i drugi* da je teško shvatiti zašto se taj pojam ne bi jednako primjenjivao u unutrašnjem oružanom sukobu (vidi stav 38 ove presude) i smatra da je gore navedeno tumačenje, kojim se sprečava nekažnjivost zapovjednika u unutrašnjim oružanim sukobima (vidi, *mutatis mutandis*, *El-Masri protiv bivše jugoslavenske republike Makedonije* [VV], br. 39630/09, stavovi 105. i 182., ECHR 2012), u skladu sa suštinom komandne odgovornosti (vidi, *mutatis mutandis*, predmet *Jorgić*, stav 101). Konkretno, kao što je MKSJ istaknuo u predmetu *Hadžihasanović i drugi*, pojam komandne odgovornosti izveden je iz pojma odgovornog zapovjedništva, u kojem se ne razlikuje međunarodni i nemeđunarodni oružani sukob (vidi stav 38 ove presude).

61. Nadalje, Sud se slaže sa zaključkom MKSJ-a u predmetu *Čelebići*, koji se prvenstveno zasnivao na već postojećoj sudskoj praksi (povezanoj s Drugim svjetskim ratom), da se komandna odgovornost ne odnosi samo na vojne zapovjednike već i na druge, nevojne, nadređene osobe (vidi st. 40 i 41 ove presude).

62. Kad je riječ o predvidljivosti i dostupnosti, Sud prvo ponavlja da opseg pojma predvidljivosti u velikoj mjeri zavisi od sadržaja zakona o kojem je riječ, o području koje treba obuhvaćati te o broju i statusu onih na koje se odnosi (vidi gore navedeni predmet *Kononov*, st. 235.). Nadalje, ponovno potvrđuje da se, u kontekstu zapovjednika i zakona i običaja rata, pojmovi dostupnosti i predvidljivosti moraju razmatrati zajedno (ibid.).

63. U tom svjetlu Sud potvrđuje stav MKSJ-a u predmetu *Hadžihasanović i drugi* da, u predmetima kao što je ovaj, predvidljivost znači da optuženi mora moći shvatiti da je njegovo ponašanje kažnjivo u opštem smislu, bez pozivanja

na bilo koju posebnu odredbu, te da dostupnost ne isključuje pozivanje na pravo koje se temelji na običaju (vidi st. 38 ove presude).

64. Uzimajući u obzir očitu nezakonitu prirodu ratnih zločina koje su počinile policijske formacije pod njegovim zapovjedništvom, Sud smatra da bi čak i najpovršnije promišljanje od strane podnosioca zahtjeva ukazalo na to da bi, u najmanju ruku, sporni propusti s njegove strane mogli dovesti do komandne odgovornosti bez obzira na to jesu li ti zločini počinjeni tokom međunarodnog ili unutrašnjeg sukoba ili od strane vojnog ili nevojnog (policijskog) zapovjednika (uporedi gore navedeni predmet *Kononov*, st. 238, i *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (odl.), br. 51552/10, st. 24, 10. 4. 2012.).

65. To se posebno odnosi na predmet podnosioca zahtjeva s obzirom na:

- činjenicu da je bio policijski zapovjednik i da osobe koje obavljaju profesionalnu dužnost moraju postupati s visokim stepenom pažnje kada obavljaju svoje zanimanje i od njih se može očekivati da postupaju s posebnom pažnjom pri ocjeni rizika koje takve aktivnosti povlače za sobom (vidi gore navedene predmete *Kononov*, st. 235 i *Šimšić*, st. 24.);

- odluku domaćih sudova da je podnosilac zahtjeva bio oficir koji je obrazovanje stekao na vojnoj akademiji i koji je stoga vrlo dobro znao da bi njegovo ponašanje moglo dovesti do njegove krivične odgovornosti (vidi st. 18 ove presude); i

- činjenicu da je deklaracija Hrvatske o nezavisnosti usvojena već 25. juna 1991., iako je stupila na snagu tek 8. novembra 1991. (vidi stav 5 ove presude).

66. Gore navedena razmatranja dovoljna su Sudu da zaključi da je osuda podnosioca zahtjeva za ratne zločine na osnovu njegove komandne odgovornosti *tempore criminis* imala dovoljno jasnu pravnu osnovu u međunarodnom pravu (uporedi gore navedeni predmet *Šimšić*, st. 23) te da je podnosiocem bilo predvidljivo da će zbog propusta da spriječi ratne zločine koje su počinile policijske formacije pod njegovim zapovjedništvom biti krivično odgovoran. Iz tih razmatranja proizlazi i da ovaj zaključak vrijedi bez obzira na to jesu li ti zločini počinjeni prije nego što je rat u Hrvatskoj u ranim 1990-ima postao međunarodni oružani sukob ili poslije.

(b) O preostalim tvrdnjama podnosioca zahtjeva

67. Podnosilac zahtjeva tvrdio je i da je bio osuđen za predmetne ratne zločine na osnovu svoje komandne odgovornosti iako (a) kao zamjenik načelnika policijske uprave nije imao dovoljno ovlašćenja da se smatra krivično odgovornim kao zapovjednik i (b) neposredni izvršioci većine tih ratnih zločina nisu bili otkriveni (vidi stavove 15, 20, 23 i 45).

68. U tom pogledu Sud ponavlja da nije zadatak Suda da činjeničnu ocjenu domaćih sudova zamjeni vlastitom i opšte je pravilo da je na tim sudovima da ocijene dokaze koji su im podneseni. Iako Sud nije vezan odlukama domaćih sudova, u normalnim bi okolnostima bili potrebni uvjerljivi elementi da Sud odstupi od činjenica koje su utvrdili ti sudovi (vidi, *Radomilja i drugi protiv Hrvatske* [VV], br. 37685/10 i 22768/12, stav 150, 20. 3. 2018.).

69. Sud nadalje primjećuje da su domaći sudovi utvrdili (vidi st. 18 i 22 ove presude):

- da je podnosilac zahtjeva imao formalna i stvarna komandna ovlašćenja nad policijskim formacijama koje su počinile predmetne ratne zločine;

- da, iako se nisu mogli otkriti neposredni izvršioci nekih od ratnih zločina za koje je podnosilac bio optužen, dokazi ispitani tokom suđenja upućuju na to da su te zločine počinili pripadnici policijskih formacija pod njegovim zapovjedništvom; i

- da je podnosilac zahtjeva znao za te zločine ili ih je bio svjestan.

70. Prema mišljenju Suda, u ovom predmetu nema elemenata zbog kojih bi osporavao te činjenice utvrđene od strane domaćih sudova.

(c) Zaključak

71. Prema tome, nije došlo do povrede člana 7 Konvencije.

MARGUŠ protiv HRVATSKE

Predstavka br. 4455/10, presuda Velikog vijeća od 27. maja 2014. godine

OSNOVNI PODACI O SLUČAJU

Podnosilac predstavke bio je 2007. godine osuđen zbog ratnih zločina protiv civilnog stanovništva izvršenih 1991. godine. Predstavku je podnio tvrdeći, između ostalog, da mu je, suprotno članu 4 Protokola br. 7 koji propisuje princip *ne bis in idem*, dva puta suđeno za iste stvari, pošto je i prije postupka u kojem je osuđen bio krivično gonjen za ista djela u postupku koji je obustavljen 1997. primjenom Zakona o općem oprost (amnestiji). Nacionalni sudovi su novo krivično gonjenje opravdavali zauzimajući stav da je u slučaju podnosioca predstavke Zakon o općem oprost bio pogrešno primijenjen, da je činjenični opis u drugom postupku drugačiji i znatno širi nego u prvom, te da je stoga drugačija i kvalifikacija krivičnog djela (zločini za koje je gonjen prvi put nisu bili kvalifikovani kao djela protiv međunarodnog prava, tj. ratni zločini protiv civilnog stanovništva). Suprotno hrvatskim sudovima, Sud je zaključio da podnosilac predstavke jeste dva puta krivično gonjen za iste stvari, ali nije prihvatio da je to dovelo do povrede načela *ne bis in idem* iz člana 4 Protokola br. 7, pošto se u njegovoj praksi odustajanje javnog tužioca od gonjenja (a ovdje je prvi postupak okončan na taj način) ne smatra ni osudom ni oslobađanjem od krivice, pa ne može biti ni govora o presuđenoj stvari. Osim toga, Sud je istakao da se obaveze država članica iz Konvencije moraju posmatrati u cjelosti i da je Hrvatska, krivično goneći i osuđujući podnosioca predstavke za djela koja predstavljaju povrede prava na život iz člana 2 i zabrane zlostavljanja iz člana 3 postupala u skladu sa obavezama koje ima shodno ovim članovima i drugim izvorima međunarodnog prava.

Izvodi

(…)

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 4, PROTOKOLA BR. 7. UZ KONVENCIJU

92. Podnosilac prigovara da je krivično djelo za koje se vodio postupak koji je obustavljen 1997. godine isto kao i ono za koje je proglašen krivim 2007. godine. Poziva se na član 4 Protokola br. 7. uz Konvenciju koji glasi:

“1. Nikome se ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za dijelo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.

2. Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod.

3. Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15. Konvencije.“

A. Spojivost *ratione temporis**1. Zaključci Vijeća*

93. U svojoj presudi od 13. novembra 2012. godine Vijeće je utvrdilo da je prigovor na osnovu člana 4 Protokola broj 7 spojiv s Konvencijom *ratione temporis*. Utvrdilo je:

“58. Sud navodi da je prvi krivični postupak protiv podnosioca zaista završio prije stupanja na snagu Konvencije u odnosu na Hrvatsku. Međutim, drugi krivični postupak u kom je podnosilac proglašen krivim za ratne zločine protiv civilnog stanovništva bio je vođen i završen nakon 5. novembra 1997. godine, kad je Hrvatska ratifikovala Konvenciju. Pravo da se ne bude optužen ili kažnjen dva puta za isto djelo ne može se isključiti u odnosu na postupak vođen prije

ratifikacije, budući da je dotična osoba osuđena za isto djelo nakon ratifikacije Konvencije. Sama činjenica da je prvi postupak vođen prije tog datuma ne može spriječiti Sud da bude vremenski nadležan u ovom predmetu.”

2. Tvrdnje stranaka pred Velikim vijećem

94. Vlada je iznijela tvrdnju kako je odluka o amnestiji podnosioca predstavke donijeta 24. juna 1997. godine i uručena mu je 2. jula 1997. godine, dok je Konvencija u pogledu Hrvatske stupila na snagu 5. novembra 1997. godine. Stoga se pomenuta odluka nalazi izvan vremenske nadležnosti Suda.

95. Podnosilac predstavke nije iznosio nikakve tvrdnje u tom pogledu.

3. Ocjena Velikog vijeća

96. Odluka o amnestiji podnosioca predstavke donijeta je 24. juna 1997. godine, dok je Konvencija u pogledu Hrvatske stupila na snagu 5. novembra 1997. godine, a Protokol br. 7 1. februara 1998. godine. Stoga se mora riješiti pitanje nadležnosti Suda *ratione temporis*.

97. Veliko vijeće potvrđuje zaključke Vijeća u pogledu spojivosti Konvencije i podnosiočeve predstavke *ratione temporis*, prema članu 4 Protokola br. 7. Dodatno, ono ukazuje na obrazloženje koje je dala Komisija u predmetu *Gradinger protiv Austrije* (19. maj 1994. godine, mišljenje Komisije, §§ 67-69, serija A, br. 328-C):

„67. Komisija podsjeća kako su, u skladu s opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, Konvencija i njeni Protokoli obavezujući za ugovorne strane samo u pogledu činjenica koje se događaju nakon stupanja na snagu Konvencije odnosno Protokola u odnosu na dotičnu stranu.

68. Priroda je prava izraženog u članu 4 Protokola br. 7 da su se morala odvijati dva postupka: prvi postupak, u kom je dotična osoba „pravosnažno oslobođena ili osuđena“, i nakon toga dodatan postupak, u kom mu se „može ponovno suditi [ili] osuditi“ unutar istog područja nadležnosti.

69. Komisija dodatno podsjeća kako, u procesu određivanja pravednosti postupka, ona ima pravo promatrati događaje prije stupanja Konvencije na snagu u odnosu na državu gdje su zaključci takvih ranijih događaja uključeni u presudu koja je izrečena nakon takvog stupanja na snagu (usp. br. 9453/81, Odl. 13.12.82, D.R. 31 str. 204, 209). Ključan element u članu 4 Protokola br. 7 je mogućnost da se osobi sudi ili da se ona „ponovo“ kazni. Prvi postupak tek služi kao pozadina u odnosu na koju se ocjenjuje drugi postupak. U ovom predmetu, Komisija utvrđuje kako, s obzirom na to da je pravosnažna odluka u drugom postupku donesena nakon stupanja Protokola br. 7 na snagu, ona može razmatrati tužbu *ratione temporis*. Kako je Protokol br. 7 stupio na snagu 1. novembra 1988. godine, a 30. juna 1989. godine Austrija je dala izjavu prema članu 7 stav 2 Protokola koja nije isključila retroaktivan učinak (usp. br. 9587/81, Odl. 13.12.82, D.R. 29 str. 228, 238), a pravosnažna odluka Upravnog Suda nosi datum 29. marta 1989. godine, Komisija je utvrdila da nije spriječena *ratione temporis* u proučavanju ovog aspekta predmeta.“

98. U skladu sa tim, Veliko vijeće ne vidi nikakav razlog za odstupanje od zaključka Vijeća da prijedlog Vlade za proglašavanje zahtjeva nedopuštenim na osnovu nepostojanja nadležnosti *ratione temporis* mora biti odbačen.

B. Primjenjivost člana 4 Protokola br. 7

1. Zaključci Vijeća

99. Vijeće je prvo zaključilo kako su krivična djela za koja je podnosiocu predstavke bilo suđeno u prvom i drugom postupku bila ista. Ostavilo je otvoreno pitanje može li se odluka o amnestiji podnosioca predstavke posmatrati kao pravosnažna osuđujuća ili oslobađajuća presuda za potrebe člana 4 Protokola br. 7, i nastavilo razmatrati osnovanost prigovora uz izuzeća sadržana u stavu 2 člana 4 Protokola br. 7. Vijeće se složilo sa zaključcima Vrhovnog suda u tome da je Zakon o općem oprost bio pogrešno primijenjen u predmetu podnosioca zahtjeva i utvrdilo kako je davanje amnestije za djela koja su sačinjavala ratne zločine počinjene od strane podnosioca predstavljalo „suštinski nedostatak“ u tom postupku, koji je onemogućio suđenje podnosiocu zahtjeva.

2. Tvrdnje stranaka pred Velikim vijećem

(a) Podnosilac predstavke

100. Podnosilac je iznio tvrdnju da su krivična djela u dva krivična postupka protiv njega bila činjenično ista te kako kvalifikovanje krivičnih djela u drugom postupku kao ratnih zločina nije moglo izmijeniti činjenicu da su optužbe bile materijalno identične.

101. Dodatno je iznio tvrdnju kako je odluka o amnestiji optuženom bila pravosnažna odluka koja je spriječila mogućnost ponovnog suđenja.

(b) Vlada

102. U svojim pisanim odgovorima, Vlada je iznijela tvrdnju kako je prvi postupak pred Županijskim sudom u Osijeku primijenio Zakon o općem oprostuz bez utvrđivanja činjenica o predmetu i bez odlučivanja o krivici podnosioca predstavke. Tako donesena odluka uopšte nije dala odgovor na pitanje je li podnosilac zahtjeva počinio krivična djela za koja je optužen, niti je razmatrala optužbe iz optužnice. Stoga ta odluka nije imala kvalitet *res judicata* (vidi stav 33 odgovora Vlade). Ipak, u nastavku su naveli da je ona ispunila sve uslove *res judicata* te bi se mogla smatrati pravosnažnim oslobađanjem ili osudom u smislu člana 4 Protokola br. 7 (vidi odgovore Vlade, stav 37.).

103. Vlada je nadalje iznijela tvrdnju, opširno se oslanjajući na zaključke Vijeća, kako se amnestija nije mogla dati za ratne zločine, te kako je njena dodjela predstavljala suštinsku grešku u tom postupku.

104. Nakon što je prekinut prvi postupak, pojavile su se nove činjenice, naime to što su žrtve bile uhapšene i mučene prije nego što su ubijene. Ti su novi elementi bili dovoljni kako bi se ova krivična djela prekvalifikovala kao ratni zločini protiv civilnog stanovništva umjesto kao „obična“ ubojstva.

105. Zakon o općem oprostuz usvojen je s ciljem zadovoljavanja međunarodnih obveza Hrvatske proisteklih iz Sporazuma o normalizaciji odnosa između Republike Hrvatske i Republike Jugoslavije, i njegov je prvenstveni cilj bio promovisanje pomirenja u hrvatskom društvu u vrijeme rata koji je tada bio u toku. Izričito je isključivao svoju primjenu na ratne zločine.

106. U slučaju podnositelja zahtjeva, Zakon o općem oprostima primijenjen je u suprotnosti s njegovom svrhom kao i u suprotnosti s hrvatskim međunarodnim obvezama, uključujući one prema članovima 2 i 3 Konvencije.

107. U pogledu postupaka kojih se pridržavaju nacionalna tijela, Vlada je ustrajala kako su postupci prema podnositelju zahtjeva bili pravedni, bez pružanja ikakvih argumenata o tome jesu li postupci bili u skladu s odredbama Zakona o krivičnom postupku.

(c) Treće strane - umješaci

108. Grupa akademskih stručnjaka iznijela je tvrdnju da niti jedan multilateralan međunarodni ugovor izričito ne zabranjuje davanje amnestije za međunarodne zločine. Tumačenje Međunarodnog odbora Crvenog krsta („ICRC“) člana 6 § 5 drugog Dodatnog protokola Ženevskim konvencijama sugerira kako države ne mogu dati amnestiju osobama osumnjičenima, optuženima ili osuđenima za ratne zločine. Ipak, analiza *travaux préparatoires* tog člana pokazala je da su jedine države koje su se pozivale na pitanje izvršilaca međunarodnih zločina, bivši SSSR i neke od njegovih satelitskih država, povezale to pitanje sa stranim plaćenicima. Bilo je čudno da je ICRC protumačio član 6 § 5. takvim da isključuje samo ratne zločince, a ne izvršioce drugih međunarodnih zločina iz njegova opsega jer su izjave SSSR-a na koje se oslanjao posebno omogućavale progon izvršilaca zločina protiv čovječnosti i zločina protiv mira. Bilo je teško uvidjeti koji bi argumenti opravdali isključivanje ratnih zločinaca, ali ne i genocida i zločina protiv čovječnosti iz potencijalnog opsega primjene amnestije. Nadalje, ICRC se pozvao na primjere nemeđunarodnih sukoba poput onih u Južnoj Africi, Afganistanu, Sudanu i Tadžikistanu. Ipak, amnestije povezane s tim sukobima redom su uključivale najmanje jedan međunarodni zločin.

109. Umješaci su istakli poteškoće u postupku pregovora o klauzulama ugovora koji se bave amnestijom (pozvali su se na Rimsku konferenciju o uspostavljanju Međunarodnog krivičnog suda („ICC“) iz 1998. godine; pregovore o Međunarodnoj konvenciji o prisilnom nestanku; i Deklaraciju o sastanku na visokom nivou Generalne skupštine o vladavini prava na nacionalnim i međunarodnim nivoima iz 2012. godine). Poteškoće su potvrdile

nedostatak ikakvog konsenzusa o tom pitanju među državama.

110. Umješači su se oslonili na pravnu doktrinu o amnestiji⁵ kojom se tvrdilo da se države, nakon drugog svjetskog rata, sve više oslanjaju na zakone o amnestiji. Premda se povećao broj novih zakona o amnestiji kojima se isključuju međunarodni zločini, jednako se tako povećao broj amnestija koje uključuju takve zločine. Amnestije su najčešće korišćene kao oblik tranzicione pravde. Upotreba amnestije unutar mirovnih sporazuma između 1980. i 2006. godine ostala je razmjerno stabilna.

111. Premda je nekoliko međunarodnih i regionalnih sudova usvojilo stanovište kako je amnestija za međunarodne zločine bila zabranjena međunarodnim pravom, njihov je autoritet poljuljan nedosljednostima u tim pravosudnim odlukama u pogledu opsega takve zabrane i zločina na koje se ona odnosi. Primera radi, dok je Međuamerički sud za ljudska prava usvojio stanovište, u predmetu *Barrios Altos* iz 2001. godine, kako su sve odredbe o amnestiji bile nedopuštene jer im je namjera bila spriječiti istragu i kažnjavanje onih odgovornih za kršenja ljudskih prava, predsjednik tog suda i četvero drugih sudija, u predmetu *The Massacres of El Mozote protiv El Salvadora*, nijansirali su takvo stanovište prihvatajući da čak i u slučajevima kada se radi o teškim kršenjima ljudskih prava, potreba za procesuiranjem nije apsolutna i mora se uravnotežiti s potrebama mira i pomirenja u stanjima nakon rata.

112. Štoviše, nekoliko je nacionalnih vrhovnih sudova podržalo zakone o amnestiji njihovih zemalja jer su takvi zakoni doprinosili postizanju mira, demokratije i pomirenja. Umješači su naveli sljedeće primjere: zaključke španskog vrhovnog suda na suđenju sudije Garzóna u februaru 2012. godine; odluku ugandskog ustavnog suda koji je potvrdio ustavnost zakona o amnestiji iz 2000. godine; odluku brazilskog vrhovnog suda iz aprila 2010. godine kojom je odbio opozvati zakon o amnestiji iz 1979. godine; i odluku

⁵ Umješači su se oslanjali na sljedeće izvore: Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions, Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart Publishing, 2008.); Louise Mallinder, „Amnesties’ Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment“, u Francesca Lessa i Leigh A. Payne, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability* (CUP, 2012.); Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne i Andrew G. Reiter, *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy* (United States Institute of Peace Press, 2010.); Leslie Vinjamuri i Aaron P. Boesnecker, *Accountability and Peace Agreements, Mapping trends from 1998 to 2006* (rujan 2007.), Center for Humanitarian Dialogue, 9.

južnoafričkog ustavnog suda u predmetu AZPO, koji je potvrdio ustavnost zakona o unapređenju nacionalnog jedinstva i pomirenja iz 1995. godine, kojim se osiguravala široka primjena amnestije,

113. Umješači su prihvatili mišljenje kako davanje amnestije u određenim slučajevima može dovesti to nekažnjivosti onih koji su odgovorni za kršenje temeljnih ljudskih prava i time potkopati pokušaje zaštite takvih prava. Ipak, snažni politički razlozi podupirali su priznavanje mogućnosti davanja amnestije tamo gdje su oni predstavljali jedini izlaz iz nasilnih diktatura i beskrajnih sukoba. Umješači su izrazili protivljenje opštoj zabrani amnestije i zagovarali znatnije nijansiran pristup rješavanju pitanja dodjele amnestije.

3. Ocjena Velikog vijeća

(a) Jesu li krivična djela za koja je podnosilac zahtjeva procesuiran bila ista

114. U predmetu *Zolotukhin*, Sud je zauzeo stav kako se član 4 Protokola br. 7 morao tumačiti tako da zabranjuje progon ili suđenje za drugo „krivično djelo“ u onoj mjeri u kojoj proističe iz identičnih činjenica ili činjenica koje su bile u suštini iste (vidi *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* [VV], br. 14939/03, § 82., ECHR 2009).

115. U ovom je predmetu podnosilac zahtjeva bio optužen, u oba postupka, za:

- ubijanje S.B. i V.B. i teško ranjavanje Sl.B. dana 20. novembra 1991. godine;
- ubijanje N.V. i Ne.V. dana 10. decembra 1991. godine.

116. Stoga, u onoj mjeri u kojoj su se oba postupka ticala gore navedenih optužbi, podnosilac zahtjeva procesuiran je dva puta za ista krivična djela.

(b) Priroda odluka usvojenih u prvom postupku

117. Postoje dvije različite situacije u pogledu optužbi podnesenih protiv podnosioca zahtjeva u prvom postupku, koji su takođe radije korišćeni protiv njega u drugom postupku.

118. Prvo, 25. januara 1996. godine, tužilac je povukao optužbe koje se odnose na navodno ubijanje N.V. i Ne.V. 10. decembra 1991. godine (vidi st. 120 i 121 ove presude).

119. Drugo, postupak u pogledu navodnog ubijanja S.B. i V.B. te teškog ranjavanja Sl.B. dana 20. novembra 1991, obustavljen je odlukom koju je donio Županijski sud u Osijeku dana 24. juna 1997. godine na osnovu Zakona o općem oprostima (vidi st. 122. i dalje ove presude).

(i) Povlačenje optužbi od strane tužioca

120. Sud je već presudio da prekid krivičnog postupka od strane javnog tužioca ne predstavlja niti osudu niti oslobađanje, te stoga član 4 Protokola br. 7 nema primjene u takvoj situaciji (vidi *Smirnova i Smirnova protiv Rusije* (odl.), br. 46133/99 i 48183/99, 3. 10. 2002. godine, i *Harutyunyan v. Armenije* (odl.), br. 34334/04, 7. 12. 2006. godine).

121. Stoga, prekid postupka od strane tužioca, u pogledu ubijanja N.V. i Ne.V. ne potpada pod opseg člana 4 Protokola br. 7 uz Konvenciju. Slijedi da je ovaj dio prigovora nespojiv *ratione materiae*.

(ii) Obustava postupka na temelju Zakona o općem oprostima

122. U pogledu preostalih optužbi (ubijanje V.B. i S.B. te teško ranjavanje Sl.B.), prvi je postupak protiv podnosioca predstavke obustavljen na osnovu Zakona o općem oprostima.

123. Sud će početi svoje ocjenjivanje u pogledu odluke od 24. juna 1997. godine određivanjem je li član 4 Protokola br. 7 uopšte primjenjiv u specifičnim okolnostima ovog predmeta, gdje je podnosiocu zahtjeva data безусловna amnestija u pogledu djela koja predstavljaju teška kršenja osnovnih ljudskih prava.

(a) Položaj prema Konvenciji

124. Sud primjećuje kako su navodi u krivičnom postupku protiv podnosioca zahtjeva uključivali ubijanje i teško ranjavanje civila i time je uključeno njihovo pravo na život zaštićeno prema članu 2 Konvencije, te moguće njihova prava

prema članu 3 Konvencije. U vezi s ovim, Sud ponavlja kako članovi 2 i 3 vrijede kao najosnovnije odredbe u Konvenciji. One utjelovljuju neke od osnovnih vrijednosti demokratskih društava koja čine Savjet Europe (vidi, između brojnih drugih izvora, *Andronicou i Constantinou protiv Cipra*, 9. 10. 1997. godine, § 171., *Izviješća* 1997-VI, i *Solomou i drugi protiv Turske*, br. 36832/97, § 63., 24. 6. 2008. godine).

125. Obaveza zaštite prava na život prema članu 2 Konvencije i osiguravanje zaštite od zlostavljanja prema članu 3 Konvencije, tumačene zajedno s opštom dužnosti države prema članu 1 Konvencije koja ima “osigurati [...] svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u [...] Konvenciji”, takođe zahtijevaju postojanje nekog oblika djelotvorne službene istrage kada su pojedinci ubijeni uslijed upotrebe sile (vidi, *mutatis mutandis*, *McCann i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 27. 9. 1995. godine, § 161., serija A br. 324, i *Kaya protiv Turske*, 19. 2. 1998. godine, § 86., *Izviješća* 1998-I) ili zlostavljani (vidi, na primjer, *El Masri protiv “bivše jugoslavenske republike Makedonije”* [VV], br. 39630/09, § 182., ECHR 2012.). Ključna je svrha takve istrage osigurati učinkovitu primjenu domaćih zakona koji štite pravo na život i osigurati odgovornost počinitelaca.

126. Sud je već presudio da, ako je predstavnik države bio optužen za zločine koji su uključivali mučenje ili zlostavljanje, od najveće je važnosti da krivični postupak i izricanje kazne nemaju vremenskih ograničenja, te da davanje amnestije ili pomilovanje ne bi trebalo biti dopušteno (vidi *Abdülşamet Yaman protiv Turske*, br. 32446/96, § 55., 2. studenoga 2004. godine; *Okkali protiv Turske*, br. 52067/99, § 76., 17. 10. 2006. godine; i *Yeşil i Sevim protiv Turske*, br. 34738/04, § 38., 5. 6. 2007. godine). Posebno je smatrao kako nacionalne vlasti ne bi trebale stvarati utisak kako su voljne dopuštati da takvi postupci ostanu nekažnjeni (vidi *Egmez protiv Cipra*, br. 30873/96, § 71., ECHR 2000-XII, i *Turan Cakir protiv Belgije*, br. 44256/06, § 69., 10. 3. 2009. godine). U svojoj odluci u predmetu *Ould Dah protiv Francuske* ((odl.), br. 13113/03, ECHR 2009.) Sud je presudio, pozivajući se takođe na Komisiju za ljudska prava Ujedinjenih naroda i Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, kako je amnestija uopšteno nespojiva s dužnošću postojećih država u pogledu istrage djela kao što su mučenje te kako obveza procesuiranja počinitelaca krivičnih

djela stoga ne treba biti potkopavana dodjeljivanjem amnestije počiniocu u obliku zakona o amnestiji koji bi se mogao smatrati suprotnim međunarodnom pravu.

127. Obveza država da procesuiraju djela kao što su mučenje i namjerna ubijanja stoga je čvrsto uspostavljena u praksi Suda. Praksa Suda potvrđuje kako bi davanje amnestije u pogledu ubijanja i zlostavljanja civila bilo suprotno obvezama države prema članovima 2 i 3 Konvencije jer bi se time ometala istraga takvih djela i neizbježno dovodilo do nekažnjivosti odgovornih. Takav bi rezultat umanjio svrhu zaštite zajamčene prema članovima 2 i 3 Konvencije i učinio jamstva u pogledu prava na život pojedinca i prava pojedinca da ne bude zlostavljan iluzornima. Cilj i svrha Konvencije kao instrumenta za zaštitu pojedinačnih ljudskih bića zahtijevaju da se njene odredbe tumače i primjenjuju na takav način da njena zaštita bude praktična i učinkovita (vidi *McCann i drugi*, naprijed citirano, § 146.).

128. Dok se ovaj predmet ne odnosi na navodna kršenja članova 2 i 3 Konvencije, već člana 4 Protokola br. 7, Sud ponavlja kako Konvencija i njeni Protokoli moraju biti čitani kao cjelina i tumačeni na takav način da promoviše unutrašnju konzistentnost i harmoniju između njenih različitih odredbi (vidi *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.) [VV], br. 65731/01 i 65900/01, § 48., ECHR 2005-X, i *Austin i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 39692/09, 40713/09 i 41008/09, § 54., ECHR 2012.). Stoga jamstva prema članu 4 Protokola br. 7 i obaveza država prema članovima 2 i 3 Konvencije treba posmatrati kao dijelove cjeline.

(β) Položaj prema međunarodnom pravu

129. Sud bi trebao uzeti u obzir razvoj međunarodnog prava u ovom području. Konvencija i njeni Protokoli ne mogu se tumačiti u vakuumu, već se moraju tumačiti u skladu s opštim načelima međunarodnog prava čiji su dio. Treba uzeti u obzir, kako je navedeno u članu 31 § 3. (c) Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine, o „svim relevantnim pravilima međunarodnog prava u odnosima između ugovornika“, i posebno pravila koja se tiču međunarodne zaštite ljudskih prava (vidi *Al-Adsani protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 35763/97, § 55., ECHR 2001-XI; *Demir i Baykara protiv*

Turske [VV], br. 34503/97, stav § 67, ECHR 2008; *Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 13229/03, § 62., ECHR 2008; *Rantsev protiv Cipra i Rusije*, br. 25965/04, §§ 273.-74., ECHR 2010; i *Nada protiv Švicarske* [VV], br. 10593/08, § 169., ECHR 2012).

130. Sud uvažava opažanje Vijeća u pogledu toga da “odobravanje amnestije u odnosu na „međunarodne zločine“ koji uključuju zločine protiv čovječnosti, ratne zločine i genocid sve se više smatra zabranjenim međunarodnim pravom. Ovo se shvatanje izvodi iz običajnih pravila međunarodnog humanitarnog prava, međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, kao i odluka međunarodnih i regionalnih sudova te prakse država koja se razvija, kao što i postoji rastuća sklonost da međunarodni, regionalni i nacionalni sudovi sve više preinačuju odluke o amnestiji koje su donijele Vlade.”

131. Treba primijetiti kako do sada niti jedan međunarodni ugovor izričito ne zabranjuje davanje amnestije za teška kršenja temeljnih ljudskih prava. Dok član 6 § 5. drugog Dodatnog protokola Ženevskim konvencijama, koji se odnosi na zaštitu žrtava nemeđunarodnih sukoba, određuje kako „[p]o prestanku neprijateljstava vlasti će u što je moguće većoj mjeri nastojati amnestirati osobe koje su učestvovalе u oružanom sukobu ili koje su lišene slobode iz razloga vezanih uz oružani sukob ...“, tumačenje te odredbe Međuameričkog suda za ljudska prava isključuje njezinu primjenu u odnosu na počinioce ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (vidi stav 66. ove presude, presuda u predmetu *The Massacres of El Mozote and Nearby Places protiv El Salvadora*, § 286.). Osnov za takav zaključak, prema Međuameričkom sudu za ljudska prava, nalazi se u obavezama država prema međunarodnom pravu, u smislu istrage i procesuiranja ratnih zločina. Međuamerički sud utvrdio je kako „osobe osumnjičene ili optužene za počinjenje ratnih zločina ne mogu biti obuhvaćene amnestijom.“ Ista obaveza u pogledu istrage i procesuiranja postoji u pogledu teških kršenja osnovnih ljudskih prava i stoga amnestija predviđena članom 6 § 5 Drugog Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama takođe nije primjenjiva na takva djela.

132. Mogućnost da država dodijeli amnestiju za teška kršenja ljudskih prava može biti ograničena međunarodnim ugovorima čija je država ugovornica. Postoji nekoliko međunarodnih konvencija koje nameću dužnost procesuiranja

zločina navedenih u tim dokumentima (vidi Ženevske konvencije iz 1949. o zaštiti žrtava oružanih sukoba i njihove Dopunske protokole, posebno zajednički član 3 Ženevskih konvencija, članove 49 i 50 Konvencije (I) o poboljšanju položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, članove 50 i 51 Konvencije (II) o poboljšanju položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru, članove 129 i 130 Konvencije (III) o postupanju s ratnim zarobljenicima, te članove 146 i 147 Konvencije (IV) o zaštiti civila za vrijeme rata; takođe vidi Dodatni protokol (II) Ženevskim konvencijama iz 1977. godine, o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba, članove 4. i 13.; Konvenciju protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja).

133. Konvencija o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti zabranjuje zakonsku zastaru u pogledu zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina.

134. Razna su međunarodna tijela objavljivala rezolucije, preporuke i primjedbe koje se odnose na nekažnjavanje i davanje oprosta za teška kršenja ljudskih prava, općenito se slažući kako oprost ne bi trebali biti davani onima koji su počinili takva kršenja ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava (vidi stavove 45, 47-49, 51-53. i 56-58. ove presude).

135. U svojim je presudama nekoliko međunarodnih sudova odredilo amnestije kao neprihvatljive kada im je namjena spriječiti istragu i kažnjavanje onih koji su odgovorni za teška kršenja ljudskih prava ili djela koja su krivična djela prema međunarodnom pravu (vidi stav 54 i 59-68 ove presude).

136. Iako tekst člana 4 Protokola br. 7 ograničava njegovu primjenu na nacionalni nivo, treba primijetiti kako se opseg nekih međunarodnih instrumenata širi na ponovno suđenje u drugoj državi ili pred međunarodnim sudom. Primjera radi, statut Međunarodnog krivičnog suda sadrži izričit izuzetak od načela *ne bis in idem* jer dopušta progon u slučaju kada je osoba već oslobođena u pogledu zločina genocida, zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina ako je svrha postupka pred drugim sudom bila zaštititi određenu osobu od krivične odgovornosti za zločine koji pripadaju pod nadležnost Međunarodnog krivičnog suda (član 20).

137. Sud primjećuje argument umješaka kako nema sporazuma između država, na međunarodnom nivou, u pogledu zabrane davanja amnestije bez izuzetka za teška kršenja osnovnih ljudskih prava, uključujući ona obuhvaćena članovima 2 i 3 Konvencije. Izražen je stav kako davanje amnestije kao alata u okončavanju dugotrajnih sukoba može dovesti do pozitivnih rezultata (vidi tvrdnje umješaka sažeto predstavljene u stavovima 108-113 ove presude).

138. Sud takođe primjećuje praksu Međuameričkog suda za ljudska prava, posebno naprijed citirane predmete *Barrios Altos protiv Perua*, *Gomes Lund i drugi protiv Brazila*, *Gelman protiv Urugvaja* i *The Massacres of El Mozote and Nearby Places protiv El Salvadora*, gdje je taj sud zauzeo čvršći stav, oslanjajući se na svoje ranije zaključke kao i one Međuameričke komisije za ljudska prava, tijela Ujedinjenih nacija i drugih univerzalnih i regionalnih tijela za zaštitu ljudskih prava, i utvrdio kako nikakve amnestije nisu prihvatljive u vezi s teškim kršenjima osnovnih ljudskih prava jer bi one ozbiljno potkopale dužnost država u pogledu istrage i kažnjavanja počinitelja takvih djela (vidi naprijed citirane presude Međuameričkog suda za ljudska prava u predmetima *Gelman protiv Urugvaja*, § 195., i *Gomes Lund i drugi protiv Brazila*, § 171.). Naglasio je kako su takve amnestije u suprotnosti s neopozivim pravima priznatim od strane međunarodnog prava o ljudskim pravima (vidi *Gomes Lund i drugi*, § 172.).

(y) Zaključak suda

139. U ovom je predmetu podnosilac zahtjeva amnestiran za djela koja čine teška kršenja osnovnih ljudskih prava kao što je namjerno ubijanje civila i nanošenje teških tjelesnih povreda djetetu, a obrazloženje Županijskog Suda pozivalo se na činjenicu da je podnosilac zahtjeva oficir oružanih snaga. Rastuća tendencija u međunarodnom pravu jeste posmatrati takve amnestije kao neprihvatljive jer su nespojive s jednoglasno prepoznatom obvezom država u pogledu procesuiranja i kažnjavanja teških kršenja osnovnih ljudskih prava. Čak i kada bi se amnestija prihvatila kao moguća tamo gdje postoje neke posebne okolnosti, poput procesa pomirenja i/ili oblik obeštećenja žrtava, amnestija data podnosiocu predstavke u ovom predmetu ipak ne bi bila prihvatljiva jer nema ničega što bi upućivalo na to da su postojale ikakve takve okolnosti.

140. Sud smatra da su podnošenjem nove optužnice protiv podnosioca predstavke i osudivši ga za ratne zločine protiv civilnog stanovništva hrvatske vlasti postupile u skladu sa zahtjevima članova 2 i 3 Konvencije i na način koji je u skladu sa zahtjevima i preporukama gore spomenutih međunarodnih mehanizama i instrumenata.

141. Uz gore opisanu pozadinu, Sud zaključuje kako član 4 Protokola br. 7 uz Konvenciju nije primjenjiv u okolnostima ovog predmeta.