



KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS
DHOMAT E SPECIALIZUARA TË KOSOVËS
SPECIJALIZOVANA VEĆA KOSOVA

Predmet: KSC-BC-2020-06

Rešava: panel veća Apelacionog suda
sudija Mišel Pikar
sudija Emilio Gati
sudija Nina Jergensen

Sekretar: Fidelma Donlon

Datum: 23. decembar 2021.

Jezik originala: engleski

Stepen tajnosti: javno

**Odluka po žalbama na odluku po prigovorima
nenadležnosti Specijalizovanih veća**

Specijalizovani tužilac:
Džek Smit

Branilac Hašima Tačija:
Gregori Kiho

Zastupnik žrtava:
Sajmon Loz

Branilac Kadrija Veseljija:
Ben Emerson

Branilac Redžepa Seljimija:
Dejvid Jang

Branilac Jakupa Krasnićija:
Venkatešvari Alagendra

Sadržaj

I. TOK POSTUPKA	3
II. KRITERIJUMI PREISPITIVANJA	7
III. ANALIZA	7
A. Preliminarna pitanja	7
B. Greške u vezi sa pitanjem merodavnosti međunarodnog običajnog prava.....	9
1. Da li se međunarodno običajno pravo direktno primenjuje u kosovskom pravnom sistemu i da li ima primat nad domaćim zakonima (deo Tačijevog žalbenog navoda B1; Veseljijevi žalbeni navodi 1, 3 i deo navoda 6; Seljimijevi žalbeni navodi A1-A2)	9
(a) Argumentacija strana u postupku	9
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	12
2. Da li je primena međunarodnog običajnog prava prema članu 12 Zakona u saglasnosti sa principom zabrane retroaktivnosti (Veseljijev žalbeni navod 2; Seljimijev žalbeni navod A3).....	17
(a) Argumentacija strana u postupku	17
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	19
3. Da li primena međunarodnog običajnog prava u Specijalizovanim većima predstavlja kršenje principa nediskriminacije i jednakosti pred zakonom (Veseljijev žalbeni navod 4).....	22
(a) Argumentacija strana u postupku	22
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	23
4. Da li princip <i>Lex Mitior</i> potpada pod pitanje nadležnosti i da li se primenjuje na međunarodno običajno pravo (Veseljijevi žalbeni navodi 5 i 7, kao i, delimično, žalbeni navodi 6, 8-9).....	25
(a) Argumentacija strana u postupku	25
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	27
C. Greške u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope	30
1. Da li Izveštaj Sveta Evrope ograničava nadležnost Specijalizovanih veća (Tačijevi žalbeni navodi A1-A2; Krasnićijev žalbeni navod 4)	30
(a) Argumentacija strana u postupku	30

(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	34
2. Da li su krivična dela za koja se tereti u optužnici povezana sa Izveštajem Saveta Evrope (Tačijev žalbeni navod A3; Krasnićijev žalbeni navod 5).....	39
(a) Argumentacija strana u postupku.....	39
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	41
D. Greške u vezi sa pitanjem stvarne nadležnosti.....	48
1. Proizvoljno lišenje slobode (Veseljijevi žalbeni navodi 10-13)	48
(a) Da li je proizvoljno lišenje slobode obuhvaćeno članom 14 Zakona (Veseljijev žalbeni navod 10)	48
(i) Argumentacija strana u postupku.....	48
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	49
(b) Da li proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3 (Veseljijevi žalbeni navodi 11-12)	
51	
(i) Argumentacija strana u postupku.....	51
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	53
(c) Da li je proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu postojalo kao ratni zločin u međunarodnom običajnom pravu tokom perioda u okviru vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća (Veseljijev žalbeni navod 13)	60
(i) Argumentacija strana u postupku.....	60
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	62
2. Prisilni nestanak	65
(a) Da li je prisilni nestanak kao zločin protiv čovečnosti postojao u međunarodnom običajnom pravu tokom perioda u okviru vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća (Veseljijev žalbeni navod 14).....	65
(i) Argumentacija strana u postupku.....	65
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	68
E. Greške u vezi sa pitanjem udruženog zločinačkog poduhvata	72
1. Da li se navodi o UZP-u mogu izvesti iz člana 16(1)(a) Zakona (deo Tačijevih žalbenih navoda B-B.1; deo Veseljijevog žalbenog navoda 8; Seljimijev žalbeni navod B; Krasnićijev žalbeni navod 3)	72

(a) Argumentacija strana u postupku	73
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	75
2. Da li su UZP I i UZP III bili predviđeni međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (Tačijevi žalbeni navodi B2-B3; Veseljijev žalbeni navod 9; Seljimijev žalbeni navod C; Krasnićijev žalbeni navod 1)	81
(a) Da li je sudija za prethodni postupak pogrešio zbog toga što nije samostalno ispitao kakav je status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu (Tačijev žalbeni navod B2; deo Veseljijevog žalbenog navoda 9; Seljimijev žalbeni navod C1; deo Krasnićijevog žalbenog navoda 1)	81
(i) Argumentacija strana u postupku	81
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	84
(b) Da li je UZP I bio predviđen međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (Tačijev žalbeni navod B3).....	89
(i) Argumentacija strana u postupku	89
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	91
(c) Da li je UZP III bio predviđen međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (deo Veseljijevog žalbenog navoda 9; Seljimijev žalbeni navod C2; deo Krasnićijevog žalbenog navoda 1)	96
(i) Argumentacija strana u postupku	96
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	102
(d) Da li je UZP III u saglasnosti sa principom zabrane retroaktivnosti (Seljimijev žalbeni navod C3).....	108
(i) Argumentacija strana u postupku	108
(ii) Ocena panela Apelacionog suda.....	109
3. Da li je UZP bio predvidiv i dostupan optuženima (Tačijev žalbeni navod B4; Krasnićijev žalbeni navod 2).....	110
(a) Argumentacija strana u postupku	110
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	115
4. Da li se pitanje dopuštenosti UZP-a III kao vida odgovornosti kod krivičnih dela sa posebnim umišljajem može iskoristiti za osporavanje nadležnosti (prvi žalbeni navod tužilaštva).....	123

(a) Argumentacija strana u postupku	123
(b) Ocena panela Apelacionog suda.....	125
IV. DISPOZITIV	128

PANEL VEĆA APELACIONOG SUDA Specijalizovanih veća Kosova (u daljem tekstu: panel Apelacionog suda, apelacioni panel ili panel, odnosno Specijalizovana veća)¹ postupajući na osnovu člana 33(1)(c) Zakona o Specijalizovanim većima i Specijalizovanom tužilaštvu (u daljem tekstu: Zakon) i pravila 169 Pravilnika o postupku i dokazima (u daljem tekstu: Pravilnik), rešava po pet žalbi koje su 27. avgusta 2021. podneli Hašim Tači (u daljem tekstu: Tači),² Kadri Veselji (u daljem tekstu: Veselji),³ Redžep Seljimi (u daljem tekstu: Seljimi),⁴ Jakup Krasnići (u daljem tekstu: Krasnići)⁵ (zbirno, optuženi, odnosno odbrana) i Specijalizovano tužilaštvo (u daljem tekstu: tužilaštvo)⁶ (zbirno, žalbe) na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća (u daljem tekstu: pobijana odluka).⁷ Dana 30. septembra 2021,

¹ F00015, *Decision Assigning a Court of Appeals Panel /Odluka o raspoređivanju sudija u panel Apelacionog suda/*, 30. avgust 2021.

² F00012, *Thaçi Defence Appeal against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers /Žalba Tačijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/*, 27. avgust 2021. (u daljem tekstu: Tačijeva žalba).

³ F00010, *Veseli Defence Appeal against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers /Žalba Veseljijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/*, 27. avgust 2021. (u daljem tekstu: Veseljijeva žalba).

⁴ F00011, *Seljimi Defence Appeal against the "Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers" /Žalba Seljimijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/*, 27. avgust 2021. (u daljem tekstu: Seljimijeva žalba).

⁵ F00013, *Krasniqi Defence Appeal Against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers /Žalba Krasnićijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/*, 27. avgust 2021. (u daljem tekstu: Krasnićijeva žalba).

⁶ F00014, *Prosecution Appeal against the 'Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers' pursuant to Rule 97(3) /Žalba tužilaštva na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća po pravilu 97(3)/*, 27. avgust 2021 (u daljem tekstu: žalba tužilaštva).

⁷ F00412, *Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers /Odluka po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/*, 22. jul 2021. (u daljem tekstu: pobijana odluka). Dana 28. jula 2021, panel Apelacionog suda produžio je rok do kog strane u postupku mogu podneti žalbene podneske na pobijanu odluku do 27. avgusta 2021, kao rok za dostavljanje odgovora na podneske odredio je 30. septembar 2021, a za dostavljanje eventualnih replika 18. oktobar 2021. V. F00004, *Decision Assigning a Court of Appeals Panel to Consider Requests Regarding Time Limits /Odluka o raspoređivanju sudija u panel Apelacionog suda radi razmatranja zahtevâ o izmeni rokova/*, 27. jul 2021; F00005, *Decision on Requests for Variation of Time Limits /Odluka o zahtevima za izmenu rokova/*, 28. jul 2021. (u daljem tekstu: odluka o zahtevima za izmenu rokova), stav 8. Dana 19. avgusta 2021. i 24. septembra 2021, apelacioni panel odobrio je povećanje broja reči za 4,000, kako za žalbe odbrane tako i za odgovore tužilaštva. V. F00008, *Decision Assigning a Court of Appeals Panel to Consider Requests Regarding Word Limit /Odluka o raspoređivanju sudija u panel Apelacionog suda radi razmatranja zahtevâ o povećanju broja reči/*, 17. avgust 2021; F00009, *Decision on Requests for Variation of Word Limits /Odluka o zahtevima za povećanje broja reči/*, 19. avgust 2021. (u daljem tekstu: Odluka o zahtevima

tužilaštvo je podnelo svoje odgovore na žalbe optuženih (u daljem tekstu, zbirno: odgovori tužilaštva).⁸ Istog dana, Veselji je podneo odgovor na žalbu tužilaštva.⁹ Dana 18. oktobra 2021, optuženi su podneli svoje replike na odgovore tužilaštva¹⁰ a tužilaštvo je podnelo svoju repliku na Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva.¹¹

za povećanje broja reči), stav 7; F00017, Odluka o zahtevima za povećanje broja reči, 24. septembar 2021, stav 7.

⁸ F00021/COR, *Corrected Version of Prosecution response to Thaçi Appeal against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers* (IA009-F00021 dated 30 September 2021) /Ispravljena verzija odgovora tužilaštva na Tačijevu žalbu na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća (IA009-F00021 od 30. septembra 2021)/, 15. oktobar 2021. (neispravljena verzija podneta je 30. septembra 2021) (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu); F00020, *Prosecution response to Veseli Defence appeal against the 'Decision on Motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Odgovor tužilaštva na žalbu Veseljijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 30. septembar 2021. (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu); F00022, *Prosecution response on JCE to Seljimi Defence appeal against the 'Decision on Motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Odgovor tužilaštva u vezi sa UZP-om iz žalbe Seljimijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 30. septembar 2021. (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu); F00019, *Prosecution response to Krasniqi Defence appeal against the 'Decision on Motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Odgovor tužilaštva na žalbu Krasnićijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 30. septembar 2021. (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu).

⁹ F00018, *Veseli Defence Response to SPO Appeal against the 'Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Odgovor Veseljijeve odbrane na žalbu tužilaštva na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/ (u daljem tekstu: Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva), 30. septembar 2021.

¹⁰ F00025, *Thaçi Defence Reply to 'Prosecution response to Thaçi Appeal against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Replika Tačijeve odbrane na odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 18. oktobar 2021. (u daljem tekstu: Tačijeva replika); F00026, *Veseli Defence Reply to SPO Response* (KSC-BC-2020-06/IA009/F00020) /Replika Veseljijeve odbrane na odgovor tužilaštva (KSC-BC-2020-06/IA009/F00020)/, 18. oktobar 2021 (u daljem tekstu: Veseljijeva replika); F00029, *Seljimi Defence reply to Prosecution response on JCE to Seljimi Defence appeal against the 'Decision on Motions challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Replika Seljimijeve odbrane na odgovor tužilaštva u vezi sa UZP-om iz žalbe Seljimijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 18. oktobar 2021 (u daljem tekstu: Seljimijeva replika); F00027, *Krasniqi Defence Reply to Prosecution Response to Krasniqi Defence Appeal Against the 'Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers'* /Replika Krasnićijeve odbrane na odgovor tužilaštva na žalbu Krasnićijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 18. oktobar 2021. (u daljem tekstu: Krasnićijeva replika). Dana 14. oktobra 2021, panel Apelacionog suda odobrio je Seljimiju povećanje broja reči u replici za 1.400 reči. V. F00024, *Decision on Seljimi's Request for Variation of Word Limit* /Odluka o Seljimijevom zahtevu za povećanje broja reči /, 14. oktobar 2021. (u daljem tekstu: odluka o Seljimijevom zahtevu za povećanje broja reči), stav 8.

¹¹ F00028, *Prosecution Reply to Veseli Response to IA009/F00014* /Replika tužilaštva na Veseljijev odgovor na IA009/F00014/, 18. oktobar 2021. (u daljem tekstu: replika tužilaštva).

I. TOK POSTUPKA

1. Dana 26. oktobra 2020, sudija za prethodni postupak je potvrdio optužnicu protiv Tačija, Veseljija, Seljimija i Krasnićija.¹² Dana 30. oktobra 2020, tužilaštvo je podnelo potvrđenu optužnicu.¹³ Dana 3. septembra 2021, tužilaštvo je podnelo važeću optužnicu (u daljem tekstu: optužnica).¹⁴

2. Optuženi su uhapšeni 4. i 5. novembra 2020,¹⁵ na osnovu naloga za hapšenje.¹⁶

¹² F00026/RED, *Public Redacted Version of Decision on the Confirmation of the Indictment Against Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Seljimi and Jakup Krasniqi* /Javna redigovana verzija odluke o potvrđivanju optužnice protiv Hašima Tačija, Kadrija Veseljija, Redžepa Seljimija i Jakupa Krasnićija/, 30. novembar 2020. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 26. oktobra 2020) (u daljem tekstu: odluka o potvrđivanju optužnice).

¹³ F00034/A01, *Indictment* /Optužnica/, 30. oktobar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*); F00045/A03, *Further redacted Indictment* /Dodatno redigovana optužnica/, 4. novembar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti izmenjen u „javno“ 5. novembra 2020).

¹⁴ F00455/RED/A01, *Public Redacted Version of 'Indictment'* /javna redigovana verzija optužnice/, KSC-BC-2020-06/F00455/A01, od 3. septembra 2021, 8. septembar 2021. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 3. septembra 2021).

¹⁵ F00044, *Notification of Arrest of Jakup Krasniqi Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju Jakupa Krasnićija prema pravilu 55(4)/, 4. novembar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti izmenjen u „javno“ 20. novembra 2020), stav 4; F00049, *Notification of Arrest of Rexhep Seljimi Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju Redžepa Seljimija prema pravilu 55(4)/, 5. novembar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti izmenjen u „javno“ 20. novembra 2020), stav 4; F00050, *Notification of Arrest of Kadri Veseli Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju Kadrija Veseljija prema pravilu 55(4)/, 5. novembar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti izmenjen u „javno“ 20. novembra 2020), stav 4; F00051, *Notification of Arrest of Hashim Thaçi Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju Hašima Tačija prema pravilu 55(4)/, 5. novembar 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti izmenjen u „javno“ 20. novembra 2020), stav 4.

¹⁶ F00027/A01/RED, *Public Redacted Version of Arrest Warrant for Hashim Thaçi* /Javna redigovana verzija naloga za hapšenje Hašima Tačija/, 5. novembar 2020. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 26. oktobra 2020); F00027/A03/RED, *Public Redacted Version of Arrest Warrant for Kadri Veseli* /Javna redigovana verzija naloga za hapšenje Kadrija Veseljija/, 5. novembar 2020. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 26. oktobra 2020); F00027/A05/RED, *Public Redacted Version of Arrest Warrant for Rexhep Seljimi* /Javna redigovana verzija naloga za hapšenje Redžepa Seljimija/, 5. novembar 2020. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 26. oktobra 2020); F00027/A07/COR/RED, *Public Redacted Version of Corrected Version of Arrest Warrant for Jakup Krasniqi* /Javna redigovana verzija ispravljene verzije naloga za hapšenje Jakupa Krasnićija/, 5. novembar 2020. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija podneta je 26. oktobra 2020).

3. Dana 10. februara 2021, Seljimi je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća u vezi sa udruženim zločinačkim poduhvatom (u daljem tekstu: UZP).¹⁷

4. Dana 12. marta 2021, Tači je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća, između ostalog u vezi sa UZP-om i optužbama protiv njega, zbog toga što se, kako on tvrdi, te optužbe ne bave ključnim navodima iz izveštaja o „Nečovečnom postupanju sa ljudima i nedozvoljenoj trgovini ljudskim organima na Kosovu“ koji je objavila Parlamentarna skupština Saveta Evrope (u daljem tekstu: Izveštaj Saveta Evrope ili Izveštaj).¹⁸

5. Dana 15. marta 2021, Veselji je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća kad je reč o merodavnosti međunarodnog običajnog prava, UZP-u, komandnoj odgovornosti, nezakonitom ili proizvoljnom hapšenju ili lišenju slobode i prisilnim nestancima.¹⁹ Veselji takođe usvaja sve Tačijeve argumente koji se ne kose sa njegovim prigovorom nenadležnosti.²⁰

6. Istog dana, Seljimi je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća zbog strukture i sastava zaposlenog kadra

¹⁷ F00198, *Seljimi Defence Challenge to Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* /Prigovor Seljimijeve odbrane na nenadležnost – udruženi zločinački poduhvat/, 10. februar 2021. (u daljem tekstu: Seljimijev prigovor nenadležnosti za UZP).

¹⁸ F00216, *Preliminary Motion to Dismiss the Indictment due to Lack of Jurisdiction* /Preliminarni podnesak sa zahtevom za odbacivanje optužnice zbog nenadležnosti/, 12. mart 2021. (u daljem tekstu: Tačijev prigovor nenadležnosti), gde se poziva na Parlamentarnu skupštinu Saveta Evrope, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo* /Nečovečno postupanje sa ljudima i nedozvoljena trgovina ljudskim organima na Kosovu/, dok. 12462, 7. januar 2011.

¹⁹ F00223, *Preliminary motion of the Defence of Kadri Veseli to Challenge the Jurisdiction of the KSC* /Preliminarni podnesak odbrane Kadrija Veselija kojim se osporava nadležnost SVK/, 15. mart 2021. (u daljem tekstu: Veseljijev prigovor nenadležnosti).

²⁰ Veseljijev prigovor nenadležnosti, fusnota 1.

Specijalizovanih veća i tužilaštva, i u kome takođe podržava argumente u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope iznete u Tačijevom prigovoru nenadležnosti.²¹

7. Takođe 15. marta 2021, Krasnići je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća u vezi sa UZP-om i većinom krivičnih dela iz optužnice, zbog toga što ta krivična dela nisu povezana sa Izveštajem Saveta Evrope.²² Krasnići takođe usvaja prigovore koje iznose drugi optuženi ukoliko se oni ne kose sa njegovim prigovorom nenadležnosti.²³

8. Dana 23. aprila 2021, tužilaštvo je podnelo tri odgovora na prigovore kojima optuženi osporavaju nadležnost SVK, a ti odgovori se između ostalog odnose na: (i) Izveštaj Saveta Evrope;²⁴ (ii) merodavnost međunarodnog običajnog prava;²⁵ i (iii) dopuštenost UZP-a.²⁶

²¹ F00219, *Preliminary Motion to Dismiss the Indictment due to Lack of Jurisdiction – Discrimination* /Preliminarni podnesak sa zahtevom za odbacivanje optužnice zbog nenadležnosti – diskriminacija/, 15. mart 2021. (u daljem tekstu: Seljimijev prigovor nenadležnosti (diskriminacija)).

²² F00220, *Krasniqi Defence Preliminary Motion on Jurisdiction* /Preliminarni podnesak Krasnićijeve odbrane kojim se osporava nadležnost SVK/, 15. mart 2021. (u daljem tekstu: Krasnićijev prigovor nenadležnosti).

²³ Krasnićijev prigovor nenadležnosti, stav 3.

²⁴ F00259, *Prosecution response to preliminary motions concerning Council of Europe Report, investigation deadline, and temporal mandate* /Odgovor tužilaštva na preliminarne podneske o Izveštaju Saveta Evrope, roku za završetak istrage i trajanju mandata/, 23. april 2021.

²⁵ F00262, *Prosecution response to preliminary motion concerning applicability of customary international law* /Odgovor tužilaštva na preliminarni podnesak o merodavnosti međunarodnog običajnog prava/, 23. april 2021.

²⁶ F00263, *Consolidated Prosecution response to preliminary motions challenging Joint Criminal Enterprise (JCE)* /Objedinjeni odgovor tužilaštva na preliminarne podneske kojima se osporava udruženi zločinački poduhvat (UZP)/, 23. april 2021. (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva u vezi sa UZP-om).

9. Dana 14. i 17. maja 2021, optuženi su podneli replike na odgovore tužilaštva.²⁷ Dana 1. juna 2021, tužilaštvo je podnelo dupliku na Veseljijevu repliku o međunarodnom običajnom pravu, na koju je Veselji odgovorio 7. juna 2021.²⁸

10. Dana 22. jula 2021, sudija za prethodni postupak je izdao pobijanu odluku, kojom je odbio Tačijev prigovor nenadležnosti u delu u kom se osporavaju nadležnost Specijalizovanih veća za UZP i optužbe protiv Tačija, uz tvrdnju da one navodno izlaze iz okvira Izveštaja Saveta Evrope, a takođe je odbio i Seljimijev prigovor nenadležnosti za UZP i Krasnićijev prigovor nenadležnosti.²⁹ Sudija za prethodni postupak prihvatio je Veseljijev prigovor nenadležnosti u delu u kom se osporava merodavnost odgovornosti po osnovu UZP-a III za krivična dela s posebnim

²⁷ F00304, *Thaçi Defence Reply to "Prosecution response to preliminary motions concerning Council of Europe Report, investigation deadline, and temporal mandate"* /Replika Tačijeve odbrane na odgovor tužilaštva na preliminarne podneske o Izveštaju Saveta Evrope, roku za završetak istrage i trajanju mandata/, 14. maj 2021. (u daljem tekstu: Tačijeva replika u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope); F00306, *Thaçi Defence Reply to "Consolidated Prosecution response to preliminary motions challenging Joint Criminal Enterprise (JCE)"* /Replika Tačijeve odbrane na objedinjeni odgovor tužilaštva na preliminarne podneske kojima se osporava udruženi zločinački poduhvat (UZP)/, 14. maj 2021; F00310, *Veseli Defence Reply to the Consolidated Prosecution Response to Preliminary Motions Challenging Joint Criminal Enterprise (JCE)* /Replika Veseljijeve odbrane na objedinjeni odgovor tužilaštva na preliminarne podneske kojima se osporava udruženi zločinački poduhvat (UZP)/, 17. maj 2021; F00311, *Veseli Defence Reply to Prosecution Response to the Preliminary Motion of the Defence of Kadri Veseli to Challenge the Jurisdiction of the KSC (Customary International Law)* /Replika Veseljijeve odbrane na odgovor tužilaštva na preliminarni podnesak odbrane Kadrija Veselija kojim se osporava nadležnost SVK (merodavnost međunarodnog običajnog prava)/, 17. maj 2021. (u daljem tekstu: Veseljijeva replika o međunarodnom običajnom pravu); F00301, *Selimi Defence Reply to SPO Response to Defence Challenge to Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* /Replika Seljimijeve odbrane na odgovor tužilaštva na prigovore odbrane o nenadležnosti: udruženi zločinački poduhvat/, 14. maj 2021. (u daljem tekstu: Seljimijeva replika o UZP-u); F00299, *Krasniqi Defence Reply to Prosecution Response to Preliminary Motions Concerning Council of Europe Report, Investigation Deadline, and Temporal Mandate* /Replika Krasnićijeve odbrane na odgovor tužilaštva na preliminarne podneske o Izveštaju Saveta Evrope, roku za završetak istrage i trajanju mandata/, 14. maj 2021; F00302, *Krasniqi Defence Reply to Consolidated Prosecution Response to Preliminary Motions Challenging Joint Criminal Enterprise (JCE)* /Replika Krasnićijeve odbrane na objedinjeni odgovor tužilaštva na preliminarne podneske kojima se osporava udruženi zločinački poduhvat (UZP)/, 14. maj 2021. (u daljem tekstu: Krasnićijeva replika o UZP-u).

²⁸ F00333, *Prosecution sur-reply* /Duplika tužilaštva/, 1. jun 2021; F00342, *Veseli Defence Response to Prosecution Sur-Reply* /Odgovor Veseljijeve odbrane na dupliku tužilaštva/, 7. jun 2021. (u daljem tekstu: Veseljijev odgovor na dupliku tužilaštva o međunarodnom običajnom pravu).

²⁹ Pobijana odluka, stav 214. U pobijanoj odluci takođe se odbijaju Seljimijevi argumenti u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope izneti u Seljimijevom prigovoru nenadležnosti (diskriminacija). V. pobijanu odluku, stavove 112, 115, 129, 134, 136, 138.

umišljajem, i odbio sve ostale delove Veseljijevog prigovora nenadležnosti.³⁰ Shodno tome, sudija za prethodni postupak je delimično prihvatio Veseljijev prigovor nenadležnosti i naložio tužilaštvu da podnese izmenjenu verziju optužnice, u kojoj će izostaviti odgovornost po osnovu UZP-a III za krivična dela s posebnim umišljajem.³¹

II. KRITERIJUMI PREISPITIVANJA

11. Panel Apelacionog suda usvaja iste kriterijume preispitivanja koje je za interlokutorne žalbe usvojio u svojoj prvoj odluci i nadalje ih primenjivao.³²

III. ANALIZA

A. PRELIMINARNA PITANJA

12. Veselji traži da apelacioni panel zakaže usmenu raspravu i tvrdi da je taj zahtev opravdan s obzirom na važnost i složenost spornih pitanja, dodajući da bi se time panelu pružila prilika da, ukoliko želi, postavlja pitanja stranama u postupku.³³ Veselji tvrdi da su usmene rasprave po žalbama koje se odnose na prigovore nenadležnosti uobičajena praksa na međunarodnim krivičnim sudovima i tribunalima.³⁴

13. Panel podseća da se, prema pravilu 170(3) Pravilnika, odluka o interlokutornim žalbama donosi na osnovu pismenih podnesaka, osim ukoliko panel Apelacionog

³⁰ Pobjana odluka, stavovi 176-209, 214.

³¹ Pobjana odluka, stavovi 208-209, 214.

³² KSC-BC-2020-07, F00005, *Decision on Hysni Gucati's Appeal on Matters Related to Arrest and Detention* /Odluka po žalbi Hisnija Gucatiya o pitanjima u vezi sa hapšenjem i pritvorom/, 9. decembar 2020. (u daljem tekstu: odluka po žalbi u predmetu *Gucati*), stavovi 4-14. V. takođe npr. F00008/RED, *Public Redacted Version of Decision on Hashim Thaçi's Appeal Against Decision on Review of Detention* /Javna redigovana verzija odluke po žalbi Hašima Tačija na odluku o preispitivanju pritvora/, 27. oktobar 2021 (poverljiva verzija podneta je 27. oktobra 2021) (u daljem tekstu: odluka po Tačijevoj žalbi na preispitivanje pritvora), stav 6.

³³ Veseljijeva žalba, stav 116. V. takođe Veseljijevu repliku, stav 50.

³⁴ Veseljijeva žalba, stav 116, gde se poziva na ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2. oktobar 1995. (u daljem tekstu: *Tadić Appeal Decision on Jurisdiction*), stav 26; STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/PT/AC/AR90.1, *Scheduling Order on Interlocutory Appeals*, 27. avgust 2012, stav 4; SCSL, *Prosecutor v. Kallon et al.*, SCSL-2004-14-AR72E, *Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction*, 13. mart 2004, stav 7.

suda ne odluči drugačije.³⁵ Prema tome, isključivo apelacioni panel ima diskreciono pravo da odobri održavanje usmene rasprave.³⁶ Panel takođe konstatuje da je Veselji jedini žalilac koji je izneo taj zahtev. Osim toga, panel ne smatra da primeri na koje se Veselji poziva pokazuju da je na međunarodnim krivičnim tribunalima „uobičajena“ praksa da se održavaju usmene rasprave po žalbama koje se odnose na prigovore nenadležnosti;³⁷ naprotiv, u mnogim slučajevima je primenjen suprotan pristup.³⁸

14. Panel je već dozvolio stranama u postupku povećanje broja reči i produženje rokova, kako bi im omogućio da iznesu detaljna i svrsishodna pismena izjašnjenja u vezi sa važnim i složenim pitanjima koja proističu iz pobijane odluke.³⁹

15. Imajući u vidu značajno povećanje broja reči koje je odobreno svim žaliocima za njihove žalbe koje se odnose na prigovore nenadležnosti, panel je uveren da su oni imali dovoljno prilike da iznesu svoja izjašnjenja u celosti. Panel smatra da je dobio dovoljno detaljna pismena izjašnjenja na osnovu kojih može da donese utemeljenu odluku. Panel stoga smatra da u datim okolnostima usmena rasprava nije neophodna i odbija Veseljijev zahtev.

³⁵ Nasuprot tome, Pravilnik propisuje da panel Apelacionog suda „može“ da donosi odluke o zahtevima za izvođenje dodatnih dokaza isključivo na osnovu pismenih podnesaka. V. pravilo 181(4) Pravilnika.

³⁶ V. npr. ICTR, *Nahimana et al. v. Prosecutor*, ICTR-99-52-A, *Decision on Appellant Jean-Bosco Barayagwiza's Motion for Leave to Present Additional Evidence Pursuant to Rule 115*, 5. maj 2006, stav 9; ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-271, *Decision on the "Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)"*, 17. avgust 2011, stav 10; ICC, *Prosecutor v. Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-421, *Decision on the "Request to Make Oral Submissions on Jurisdiction under Rule 156(3)"*, 1. maj 2012. (u daljem tekstu: *Muthaura et al. Decision*), stav 10.

³⁷ V. Veseljijevu žalbu, stav 116 i tamo citirane izvore.

³⁸ V. npr. ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, IT-04-84bis-AR73.1, *Decision on Request for Oral Argument*, 16. mart 2011, str. 1-2, fusnotu 8; *Muthaura et al. Decision*, stavovi 10-13.

³⁹ V. odluku o zahtevima za izmenu rokova, stavove 5-6, 8 (gde je rok za podnošenje žalbi na pobijanu odluku produžen do 27. avgusta 2021, za podnošenje odgovora do 30. septembra 2021, a za podnošenje replika do 18. oktobra 2021); odluka o zahtevima za povećanje broja reči, stavovi 5, 7 (gde se svakom od optuženih odobrava povećanje dozvoljenog broja reči u žalbama na pobijanu odluku za 4.000 reči); odluka o Seljimijevom zahtevu za povećanje broja reči, stavovi 4-6, 8 (gde se svakom od optuženih odobrava povećanje dozvoljenog broja reči u replikama za 1.400 reči).

B. GREŠKE U VEZI SA PITANJEM MERODAVNOSTI MEĐUNARODNOG OBIČAJNOG PRAVA

1. Da li se međunarodno običajno pravo direktno primenjuje u kosovskom pravnom sistemu i da li ima primat nad domaćim zakonima (deo Tačijevog žalbenog razloga B1; Veseljijevi žalbeni razlozi 1, 3 i deo razloga 6; Seljimijevi žalbeni razlozi A1-A2)

16. Panel Apelacionog suda najpre konstatuje da se deo žalbenog razloga B1 koji iznosi Tači, žalbeni razlozi 1, 3 i delimično žalbeni razlog 6 koje iznosi Veselji i žalbeni razlozi A1 i A2 koje iznosi Seljimi u značajnoj meri preklapaju, s obzirom na to da se u svima njima tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se međunarodno običajno pravo direktno primenjuje u Specijalizovanim većima i da ima primat nad domaćim zakonima. Stoga će svi ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(a) Argumentacija strana u postupku

17. Tači tvrdi da sudija za prethodni postupak nije uzeo u obzir da Specijalizovana veća funkcionišu isključivo u skladu s precizno definisanim normativnim okvirom u koji međunarodno običajno pravo nije inkorporirano *en bloc*.⁴⁰ Prema Tačijevim rečima, član 19(2) Ustava Kosova upućuje samo na međunarodne sporazume i *jus cogens*, a sudija za prethodni postupak nije objasnio da li relevantna regulativa međunarodnog običajnog prava podrazumeva ratifikovane međunarodne sporazume ili pravno obavezujuće norme međunarodnog prava.⁴¹

18. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da član 12 Zakona utvrđuje da se međunarodno običajno pravo direktno primenjuje u Specijalizovanim većima i da ima primat nad domaćim zakonima.⁴² Po njegovom mišljenju, ni prema Ustavu Kosova a ni prema Ustavu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. godine (u daljem tekstu: SFRJ i Ustav SFRJ

⁴⁰ Tačijeva žalba, stavovi 51, 54. V. takođe Tačijevu repliku, stav 12.

⁴¹ Tačijeva žalba, stavovi 55-57, 59; Tačijeva replika, stavovi 12-13.

⁴² Veseljijeva žalba, stavovi 17-23, 35-41, 66. V. takođe Veseljijevu žalbu, stavove 30-31, 58.

iz 1974.), krivične zabrane predviđene u međunarodnom običajnom pravu nemaju direktno pravno dejstvo na Kosovu, ukoliko ne ispunjavaju uslov o dvojnomo izvoru prava, što zahteva postojanje ekvivalentnih odredbi u domaćem zakonodavstvu, kao što je potvrdio Vrhovni sud Kosova.⁴³ Prema Veseljičevim navodima, sudija za prethodni postupak nije razmotrio ova izjašnjenja, prenebregao je primat Ustava nad domaćim zakonodavstvom i nije naveo po kom pravnom osnovu međunarodno običajno pravo ima primat na Kosovu.⁴⁴ Veselji također tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je odbacio relevantnost Ustava SFRJ iz 1974. i Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, kao i jedne odluke Ustavnog suda Srbije kojom se ne dozvoljava direktna primena međunarodnog običajnog prava na dela izvršena 1998. godine, zbog čega je krivično gonjenje za postupke kažnjive prema članovima 12 do 16 Zakona neustavno.⁴⁵

19. Seljimi iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je na osnovu člana 3(2)(d) Zakona izvukao zaključak o direktnoj primeni i primatu međunarodnog običajnog prava, a nije uzeo u obzir Seljimijev argument o nesaglasnosti između tog člana i definicije međunarodnog prava iz člana 19(2) Ustava Kosova, prema kojoj su u pitanju „ratifikovani međunarodni sporazumi i [pravno obavezujuće norme] međunarodnog prava“.⁴⁶ On također tvrdi da je sudija za prethodni postupak zloupotrebio svoja diskreciona prava time što nije pridao značaj odluci u kojoj je Vrhovni sud Kosova zaključio da prema Ustavu SFRJ iz 1974. godine međunarodno običajno pravo ne može da se primenjuje na događaje iz 1998. i 1999.

⁴³ Veseljičeva žalba, stavovi 14, 20, gde se poziva na Veseljičev prigovor nenadležnosti, stavove 41-56. V. također Veseljičevu žalbu, stavove 23, 31.

⁴⁴ Veseljičeva žalba, stavovi 21-23, 66.

⁴⁵ Veseljičeva žalba, stavovi 36-40. V. također Veseljičevu repliku, stavove 10-12, 19-20.

⁴⁶ Seljimijeva žalba, stavovi 11, 18-22. V. također Seljimijevu žalbu, stavove 10, 12-17, 23; Krasnićevu žalbu, stav 71.

godine.⁴⁷ Seljimi tome dodaje da ima pravo na pravnu sigurnost u okviru pravosudnog sistema Kosova.⁴⁸

20. Tužilaštvo u svom odgovoru navodi da Zakon predviđa direktnu primenu međunarodnog običajnog prava pred Specijalizovanim većima i da su sve optužbe zasnovane isključivo na međunarodnom pravu, u skladu sa članom 12 Zakona.⁴⁹ Po rečima tužilaštva, to je u saglasnosti sa članovima 19(2) i 33(1) Ustava Kosova, kao i sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava, koja omogućava krivično gonjenje za postupke koji su bili kažnjivi prema međunarodnom običajnom pravu pre proglašenja zakona kao što je Zakon o Specijalizovanim većima.⁵⁰ Tužilaštvo takođe tvrdi da Ustav SFRJ iz 1974. nije jedan od izvora pravne regulative Specijalizovanih veća i da odluke srpskih sudova nisu obavezujuće za Kosovo.⁵¹ Štaviše, tužilaštvo u odgovoru iznosi da Veselji ne navodi nikakve pravne izvore kojima bi potkrepio svoju tvrdnju da uslov o dvojnem izvoru prava predstavlja opšti preduslov za primenu međunarodnog prava na Kosovu.⁵²

21. Veselji u replici navodi da član 19(1) Ustava Kosova propisuje da odredbe međunarodnog prava moraju biti deo unutrašnjeg pravnog sistema i samoizvršive da bi imale direktno dejstvo.⁵³ Takav zaključak, po njegovom mišljenju, dodatno potvrđuje zaštita ustavnih prava koja je garantovana članovima 22 i 55 Ustava

⁴⁷ Seljimijeva žalba, stavovi 24-28, 30.

⁴⁸ Seljimijeva žalba, stav 29.

⁴⁹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 12, 19-20; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 16, 23. V. takođe odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 36; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 30.

⁵⁰ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 21-22; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 24-25.

⁵¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 23, 36; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 26.

⁵² Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 25.

⁵³ Veseljijeva replika, stavovi 4, 28.

Kosova.⁵⁴ On takođe tvrdi da se Ustav SFRJ iz 1974. primenjuje preko člana 33 Ustava Kosova, a da uslov o dvojnem izvoru prava nužno proističe iz principa zakonitosti.⁵⁵

(b) Ocena panela Apelacionog suda

22. Sudija za prethodni postupak je zaključio da se međunarodno običajno pravo u Specijalizovanim većima uzima kao referentno, što se vidi ne samo iz jasne formulacije člana 12 Zakona, već takođe i iz članova Zakona 3(2)(d), 3(3), 13 i 14.⁵⁶ Premda se slaže sa tim zaključkom, panel Apelacionog suda ipak konstatuje da sudija za prethodni postupak nije razmotrio argumente u vezi sa pitanjem da li je taj aspekt Zakona u saglasnosti sa Ustavom Kosova, iako je bio dužan da to učini.⁵⁷

23. Panel podseća da, prema članu 19(2) Ustava Kosova, „[r]atifikovani međunarodni sporazumi i obavezna načela međunarodnog prava imaju premoć nad zakonima Republike Kosovo“.⁵⁸ Tači i Seljimi u suštini izjednačavaju „obavezna načela međunarodnog prava“ i *jus cogens*,⁵⁹ dok Veselji tvrdi da se individualna krivična odgovornost i kazna mogu definisati isključivo na osnovu međunarodnih sporazuma iz člana 19(1) Ustava Kosova i onih normi međunarodnog običajnog prava koje ispunjavaju uslov o dvojnem izvoru prava.⁶⁰ Panel Apelacionog suda podseća da međunarodno običajno pravo predstavlja kombinaciju ustaljene, rasprostranjene i

⁵⁴ Veseljijeva replika, stavovi 4, 29.

⁵⁵ Veseljijeva replika, stav 32. V. takođe Veseljijevu repliku, stavove 31, 34.

⁵⁶ Pobijana odluka, stav 91. V. član 12 Zakona (koji predviđa da se materijalno krivično pravo Kosova primenjuje samo „u onoj meri u kojoj je ono u skladu sa međunarodnim običajnim pravom“).

⁵⁷ Član 16(1) Ustava Kosova; član 3(2)(a) Zakona; Kosovo, Constitutional Court, *Constitutional review of Law No. 06/L-145 on the Duties, Responsibilities and Competences of the State Delegation of the Republic of Kosovo in the Dialogue Process with Serbia*, KO/43/19, *Judgment*, 27. jun 2019, stavovi 68-69.

⁵⁸ V. takođe član 16(3) Ustava Kosova, koji predviđa da će Kosovo „poštovati međunarodno pravo“.

⁵⁹ V. Tačijevu žalbu, stav 55; Seljimijeva žalba, stavovi 18-20, 22.

⁶⁰ Veseljijeva žalba, stavovi 20-21. Veselji preko referenci uvodi u svoju žalbu argumente koje je već izneo sudiji za prethodni postupak u preliminarom podnesku. V. Veseljijev prigovor nenadležnosti, stavove 41-56. Takav pristup ocenjen je kao neprimeren jer mu nedostaje neophodna potkrepljenost. V. KSC-BC-2020-07, F00007, *Decision on the Defence Appeals Against Decision on Preliminary Motions* /Odluka po žalbi odbrane na odluku o preliminarim podnescima/, 23. jun 2021. (u daljem tekstu: odluka po žalbi na odluku o preliminarim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*), stav 65. Međutim, u ovom slučaju panel će razmotriti ove argumente s obzirom na suštinski značaj pitanja koja Veselji pokreće, kao i na činjenicu da je u njegovoj žalbi ipak izneta barem sažeta verzija tih argumenata i.

dosledne prakse koju države sprovode i uverenja da je takva praksa obavezujuća zbog postojanja vladavine prava, usled koje je primena te prakse obavezna (*opinio juris*).⁶¹ Stoga je međunarodno običajno pravo obavezujuće za sve države,⁶² a shodno tome, član 19(1) Ustava Kosova se pridržava pomenutog načela.

24. Iz tog razloga, panel Apelacionog suda smatra da nema protivrečnosti između formulacije iz članova 3(2)(d) i 12 Zakona, u kojima se govori o „međunarodnom običajnom pravu“ i člana 19(2) Ustava Kosova, gde se koristi izraz „obavezna načela međunarodnog prava“.⁶³ S obzirom na navedeno, panel takođe smatra da ne postoji pravni osnov po kome bi bilo nužno da u vreme izvršenja krivičnih dela u domaćem zakonodavstvu postoji ekvivalentna odredba.⁶⁴ Ovi zaključci takođe su u skladu sa

⁶¹ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986 (str. 14), *Judgment*, 27. jun 1986. (u daljem tekstu: *Nicaragua Military and Paramilitary Activities Case*), stavovi 183, 188, 207; ICJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports 1985 (str. 13), *Judgment*, 3. jun 1985, stav 27; ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark/the Netherlands)*, ICJ Reports 1969 (str. 3), *Judgment*, 20. februar 1969. (u daljem tekstu: *North Sea Continental Shelf Cases*), stavovi 76-77. V. takođe pobijanu odluku, stav 182.

⁶² V. član 38(1)(b) Statuta Međunarodnog suda pravde. V. takođe *North Sea Continental Shelf Cases*, stav 63 (gde je Međunarodni sud pravde između ostalog zaključio da odredbe običajnog prava zbog same svoje prirode moraju imati podjednaku snagu za sve pripadnike međunarodne zajednice); *Nicaragua Military and Paramilitary Activities Case*, stav 188; Henckaerts, J.-M., “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, (2005) 87(857) *International Review of the Red Cross* <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0860.pdf>, str. 197.

⁶³ ICTY je u vreme pre nego što su izvršena krivična dela za koja se tereti u ovom predmetu zaključio da, zapravo, „većina normi međunarodnog humanitarnog prava, a naročito onih koje zabranjuju ratne zločine, zločine protiv čovječnosti i genocid, ujedno [predstavlja] imperativne norme međunarodnog prava odnosno *jus cogens*, tj. najvažnije norme koje odnose prevagu nad svim ostalim normama i koje se ne može derogirati“. V. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, *Judgment*, 14. januar 2000. (u daljem tekstu: *Kupreškić et al. Trial Judgment*), stav 520. V. takođe *Tadić Appeal Decision on Jurisdiction*, stav 143. Dok utvrđuju koje su odredbe međunarodnog običajnog prava bile na snazi u vreme izvršenja krivičnih dela, sudije se služe izvorima međunarodnog prava, uključujući pomoćne izvore kao što je sudska praksa međunarodnih *ad hoc* sudova. V. član 3(3) Zakona; ECtHR, *Vasiliasauskas v. Lithuania*, br. 35343/05, *Judgment*, 20. oktobar 2015. (u daljem tekstu: *Vasiliasauskas v. Lithuania Judgment*), stav 177.

⁶⁴ V. ECCC, *Ieng Sary et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order*, 11. april 2011. (u daljem tekstu: “*Ieng Sary Appeal Decision*”), stav 213 (gde je veće za prethodni postupak zaključilo: „Pošto međunarodno prihvaćeni princip zakonitosti ne iziskuje da krivična dela i vidovi odgovornosti iz međunarodnog prava budu obuhvaćeni i domaćim zakonima da bi se izvršioci oglasili krivim, onda to što je pravni sistem Kambodže okarakterisan kao monistički ili dualistički nema uticaja na merodavnost pravnih odredbi koje se primenjuju pred Vanrednim većima Kambodže“). V. takođe član 33(1) Ustava Kosova.

primerima iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u kojima je zaključeno da domaći sudovi nisu prekršili član 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Evropska konvencija) kada su izrekli osudu za radnje koje su u vreme izvršenja bile inkriminisane samo prema međunarodnom pravu, i koje su tek kasnije unete u domaće pisane zakone na osnovu kojih je osuda izrečena.⁶⁵

25. Kad je reč o tome da li Ustav SFRJ iz 1974. priznaje međunarodno običajno pravo, panel Apelacionog suda ima u vidu da Ustav uključuje princip zakonitosti, koji propisuje da neka radnja mora biti predviđena kao kažnjiva „zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu“, a da se krivična dela „mogu [...] odrediti samo zakonom“.⁶⁶ Međutim, panel konstatuje da se u Ustavu SFRJ iz 1974, u poglavlju “Osnovna načela”, govori o zalaganju za poštovanje „opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava”, gde spada i međunarodno običajno pravo, kao i zalaganju SFRJ da ispunjava svoje međunarodne obaveze prema međunarodnim organizacijama kojima pripada, što uključuje Evropski sud za ljudska prava.⁶⁷ Panel takođe podseća na svoj zaključak da je međunarodno običajno pravo obavezujuće za sve države.⁶⁸ Pored toga, Panel ima u vidu činjenicu da se barem neka od krivičnih dela za koja se tereti u ovom predmetu odnose na period kada je na snazi bio Ustav Savezne Republike Jugoslavije (u daljem tekstu: SRJ) iz 1992, prema kome je međunarodno običajno pravo postalo sastavni deo

⁶⁵ ECtHR, *Penart v. Estonia*, br. 14685/04, *Decision*, 24. januar 2006, str. 10 (gde je Evropski sud za ljudska prava zaključio da član 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima nije prekršen, iako su se radnje podnosioca predstavke mogle smatrati zakonitim prema sovjetskim zakonima koji su u vreme njihovog izvršenja bili na snazi, pošto su sudovi Estonije, nakon što je ta država stekla nezavisnost, ustanovili da su te radnje u vreme izvršenja predstavljale zločine protiv čovečnosti prema međunarodnom pravu); ECtHR, *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, br. 51552/10, *Decision*, 10. april 2012, stavovi 23-25; ECtHR, *Kononov v. Latvia*, br. 36376/04, *Judgment*, 17. maj 2010. (u daljem tekstu: “*Kononov v. Latvia Judgment*”), stavovi 237-244.

⁶⁶ Ustav SFRJ iz 1974, član 181.

⁶⁷ V. Ustav SFRJ iz 1974, Osnovno načelo VII: „U svojim međunarodnim odnosima [SFRJ] se pridržava načela Povelje Ujedinjenih nacija, ispunjava svoje međunarodne obaveze i aktivno učestvuje u delatnosti međunarodnih organizacija kojima pripada. [...] Radi ostvarivanja ovih načela [SFRJ] se zalaže: [...] za poštovanje opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava [...]“ (kurziv dodat).

⁶⁸ V. gore stav 23.

nacionalnog pravnog sistema,⁶⁹ kao i da je Ustav SFRJ iz 1974. počeo da se primenjuje retroaktivno zbog posebnih okolnosti koje su postojale u to vreme.⁷⁰

26. Osim toga, u Ustavu Kosova izričito se kaže da svaki „zakon koji je bio primenjiv na dan stupanja na snagu ovog Ustava nastavlja da se sprovodi [samo] dok je u saglasnosti sa ovim Ustavom, i dok god se ne ukine, zameni ili izmeni u saglasnosti sa ovim Ustavom”.⁷¹ Po mišljenju panela, jasno je da su usvajanjem Ustava Kosova stavljeni van snage svi drugi ustavi koji su prethodno važili na teritoriji Kosova, pa su za Specijalizovana veća obavezujuća samo prava zagarantovana tim Ustavom.⁷² Panel stoga smatra da je sudija za prethodni postupak ispravno postupio kada je odlučio da ne primeni Ustav SFRJ iz 1974.⁷³ Pošto je zaključio da međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima, kao i da je to u saglasnosti sa Ustavom Kosova,⁷⁴ panel takođe nalazi da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da Krivični zakon SFRJ iz 1976. ne ograničava nadležnost Specijalizovanih veća.⁷⁵

27. Kad je reč o odlukama Vrhovnog suda Kosova na koje se pozivaju Veselji i Seljimi,⁷⁶ panel Apelacionog suda konstatuje da se u njima govori o primeni

⁶⁹ Kosovo, Vrhovni sud, *Besović*, AP-KZ 80/2004, *Presuda*, 7. septembar 2004. (u daljem tekstu: presuda Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004), str. 18-19; Kosovo, Vrhovni sud, *Kolašinac*, AP-KZ 139/2003, *Presuda*, 5. avgust 2004. (u daljem tekstu: presuda Vrhovnog suda Kosova od 5. avgusta 2004), str. 23.

⁷⁰ V. UNMIK, *Regulation 1999/24*, UNMIK/REG/1999/24, 12. decembar 1999. (u daljem tekstu: *UNMIK Regulation 1999/24*), član 1.1. Ova uredba je usvojena 12. decembra 1999, ali se smatralo da je stupila na snagu 10. juna 1999. V. UNMIK *Regulation 1999/24*, članovi 1.4, 3. V. takođe UNMIK, *Regulation 2000/59*, UNMIK/REG/2000/59, 27. oktobar 2000, član 1.4.

⁷¹ V. član 145(2) Ustava Kosova.

⁷² V. član 162(2) Ustava Kosova; član 3(2) Zakona. V. takođe član 21(2) Ustava Kosova. Slično tome, kako predviđa član 1(1) Krivičnog zakonika Kosova iz 2019.: „[k]rivična dela i krivične sankcije propisuju se samo za ona dela kojima se ugrožavaju ili krše ljudska prava i slobode, kao i druga prava i društvene vrednosti zagarantovane i zaštićene *Ustavom Republike Kosovo i međunarodnim pravom* [...]” (kurziv dodat).

⁷³ V. pobijanu odluku, stav 99.

⁷⁴ V. gore stavove 23-24. V. takođe pobijanu odluku, stavove 98-102.

⁷⁵ To je u saglasnosti sa ograničenom primenom Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. „u zavisnosti od člana 12” Zakona. V. član 15(1) Zakona.

⁷⁶ V. Veseljjevu žalbu, stavove 20, 56-57, gde se poziva na presudu Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004; presuda Vrhovnog suda Kosova od 5. avgusta 2004; Seljimijeva žalba, stavovi 27-30,

međunarodnog običajnog prava na osnovu Ustava SFRJ iz 1974. u okviru konkretnog „pravnog režima definisanog UNMIK-ovom uredbom 1999/24”.⁷⁷ Panel napominje da su ove odluke donete pre usvajanja Ustava Kosova 2008. godine i da se odnose na drugačiji ustavni okvir. Panel smatra da Ustav SFRJ iz 1974. nije obavezujući za Specijalizovana veća. Prema tome, zaključci izvedeni u tim odlukama su irelevantni za Specijalizovana veća.

28. Kad je reč o odluci Ustavnog suda Srbije na koju se poziva Veselji,⁷⁸ panel Apelacionog suda konstatuje da je sudija za prethodni postupak zaključio da Specijalizovana veća nisu dužna da se rukovode praksom drugih sudova.⁷⁹ U svakom slučaju, ta odluka je doneta u normativnom okviru drugačijem od onog koji se primenjuje u Specijalizovanim većima,⁸⁰ pa je, prema tome, sudija za prethodni postupak bio u pravu kada je zaključio da je ona irelevantna.

29. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da to što sudija za prethodni postupak nije uzeo u obzir argumente koje su Tači, Veselji i Seljimi izneli u vezi sa pitanjem saglasnosti Zakona sa Ustavom Kosova kad je reč o direktnoj primeni međunarodnog običajnog prava u Specijalizovanim većima, ne utiče na opšti zaključak sudije za prethodni postupak s tim u vezi. Panel Apelacionog suda takođe smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima i stoga delimično

gde se poziva na Kosovo, Vrhovni sud, *Gashi i drugi*, AP-KZ 139/2004, *Presuda*, 21. jul 2005. (u daljem tekstu: *presuda Vrhovnog suda Kosova* od 21. jula 2005), str. 5-8.

⁷⁷ V. *presudu Vrhovnog suda Kosova* od 7. septembra 2004, str. 18-19; *presuda Vrhovnog suda Kosova* od 5. avgusta 2004, str. 21-23, 33, 35. V. takođe *presudu Vrhovnog suda Kosova* od 21. jula 2005, str. 8.

⁷⁸ V. Veseljijevu žalbu, stavove 39-40, gde se poziva na odluku Ustavnog suda Srbije broj UŽ-11470/2017 u predmetu *G.M. i drugi* od 1. oktobra 2020. (u daljem tekstu: *odluka Ustavnog suda Srbije*), navedena u F00310/A02, prilog 2 uz *Veseli Defence Reply to the Consolidated Prosecution Response to Preliminary Motions Challenging Joint Criminal Enterprise (JCE)* /Replika Veseljijeve odbrane na objedinjeni odgovor tužilaštva na preliminarne podneske kojima se osporava udruženi zločinački poduhvat (UZP)/, 17. maj 2021. V. takođe Veseljijevu žalbu, stav 41.

⁷⁹ Pobjana odluka, stav 100.

⁸⁰ V. odluku Ustavnog suda Srbije, str. 14.

odbija Tačijev žalbeni razlog B1, Veseljijeve žalbene razloge 1, 3 i delimično 6, kao i Seljimijeve žalbene razloge A1 i A2.

2. Da li je primena međunarodnog običajnog prava prema članu 12 Zakona u saglasnosti sa principom zabrane retroaktivnosti (Veseljijev žalbeni razlog 2; Seljimijev žalbeni razlog A3)

30. Panel Apelacionog suda smatra da se Veseljijev žalbeni razlog 2 i Seljimijev žalbeni razlog A3 u značajnoj meri preklapaju, budući da se oba odnose na njihovo gledište da primena međunarodnog običajnog prava predstavlja kršenje principa zabrane retroaktivnosti. Stoga će ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(a) Argumentacija strana u postupku

31. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da se član 7 Evropske konvencije u celosti primenjuje na član 12 Zakona, kao i time što se u tumačenju Zakona pozvao na princip svrsishodnog dejstva, odnosno „*effet utile*”.⁸¹ Po Veseljijevom mišljenju, domaći kosovski kriterijum zabrane retroaktivnosti je viši od kriterijuma predviđenog članom 7(1) Evropske konvencije, koji pruža samo minimalnu zaštitu i ne može da zameni ustavne norme kojima se reguliše odnos između međunarodnog i domaćeg prava.⁸²

32. Slično tome, Seljimi tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da direktna primena međunarodnog običajnog prava ne predstavlja kršenje principa zabrane retroaktivnosti, budući da član 7(1) Evropske konvencije sam po sebi nije dovoljan da bi pozivanje na međunarodno običajno pravo postalo legitimno kao izvor za inkriminisanje određenih radnji.⁸³ Seljimi smatra upitnim zaključak sudije za prethodni postupak da je kosovski zakonodavac imao ovlašćenje da usvaja domaće zakone u kojima se navode međunarodna krivična dela

⁸¹ Veseljijeva žalba, stavovi 26-30.

⁸² Veseljijeva žalba, stavovi 32-34. V. takođe Veseljijevu žalbu, stav 41.

⁸³ Seljimijeva žalba, stavovi 31-35.

koja su već postojala u međunarodnom običajnom pravu, budući da sudska praksa Vrhovnog suda Kosova ograničava takva ovlašćenja.⁸⁴

33. Tužilaštvo u svom odgovoru navodi da je merodavno ono međunarodno običajno pravo koje je postojalo u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice, te da je, prema tome, sudija za prethodni postupak ispravno zaključio da je član 12 Zakona u saglasnosti sa Ustavom Kosova, kao i sa članom 7 Evropske konvencije, članom 15 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Međunarodni pakt) i sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava.⁸⁵ S tim u vezi, tužilaštvo iznosi da je Vrhovni sud Kosova potvrdio da na Kosovu može da se krivično goni neko lice na osnovu odgovornosti koju međunarodno običajno pravo predviđa za krivična dela izvršena pre kodifikacije tog vida odgovornosti.⁸⁶ Tužilaštvo takođe ukazuje na to da član 33(1) Ustava Kosova propisuje da dela koja se smatraju genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti predstavljaju izuzetak.⁸⁷

34. Veselji u replici iznosi da bi se izuzetak naveden u članu 33(1) Ustava Kosova mogao primeniti samo ukoliko pre toga postoji direktna primena međunarodnog običajnog prava.⁸⁸ On takođe tvrdi da su u predmetu u kome se sudilo pred Vrhovnim sudom Kosova, a na koji se tužilaštvo poziva kako bi potkrepilo svoje argumente, okolnosti bile drugačije.⁸⁹ Osim toga, Veselji u replici navodi da član 7(2) Evropske konvencije ne može imati primat u odnosu na zaštitu od retroaktivne primene zakona, predviđenu članom 7(1) Evropske konvencije i članom 33(1) Ustava Kosova.⁹⁰ Kako on tvrdi, nema dokaza da je to bila namera Skupštine Kosova.⁹¹

⁸⁴ Seljimijeva žalba, stavovi 36-39.

⁸⁵ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 13, 15, 24, 26-27, 29-31; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 17-18, 27-29, 31-34.

⁸⁶ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 32-35.

⁸⁷ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 21; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 24.

⁸⁸ Veseljijeva replika, stav 24. V. takođe Veseljijevu repliku, stavove 5, 8, 25-27.

⁸⁹ Veseljijeva replika, stav 36.

⁹⁰ Veseljijeva replika, stavovi 4, 7. V. takođe Veseljijevu žalbu, stav 25.

⁹¹ Veseljijeva replika, stav 6.

(b) Ocena panela Apelacionog suda

35. Sudija za prethodni postupak je zaključio da je član 12 Zakona u saglasnosti sa članom 7 Evropske konvencije, članom 15 Međunarodnog pakta, kao i članom 33(1) Ustava Kosova.⁹² Panel Apelacionog suda podseća da član 7(1) Evropske konvencije, koji je skoro istovetan sa članom 15(1) Međunarodnog pakta, potvrđuje princip zakonitosti time što između ostalog predviđa da „[n]iko ne može biti osuđen zbog dela ili propusta koji nisu predstavljali krivično delo prema domaćem ili međunarodnom pravu u trenutku kada su učinjeni”. Kontekstualno objašnjenje tog principa dato je u članu 7(2) Evropske konvencije i članu 15(2) Međunarodnog pakta, u kojima se kaže da on „ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vreme izvršenja smatralo krivičnim delom prema opštim pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi”.

36. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da se član 7 Evropske konvencije i član 15 Međunarodnog pakta u celosti primenjuju na član 12 Zakona, budući da se u tom članu Zakona konkretno poziva samo na drugi stav relevantnih članova Evropske konvencije i Međunarodnog pakta.⁹³ Međutim, panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da, prema članu 22 Ustava Kosova, ljudska prava i osnovne slobode, koji su zagantovani Ustavom Kosova, uključujući princip zakonitosti, treba tumačiti u skladu sa Evropskom konvencijom i Međunarodnim paktom. Panel stoga smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio ni kada je zaključio da se član 7 Evropske konvencije i član 15 Međunarodnog pakta u celosti primenjuju na član 12 Zakona.⁹⁴ Uostalom, i Evropski sud za ljudska prava je izneo stav da se dva stava člana 7 Evropske konvencije međusobno dopunjuju i da ih treba tumačiti usklađeno.⁹⁵

⁹² Pobijana odluka, stavovi 94-95, 101.

⁹³ V. Veseljijevu žalbu, stavove 26-27, 29.

⁹⁴ V. pobijanu odluku, stavove 94-95. V. takođe član 53 Ustava Kosova.

⁹⁵ ECtHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, br. 2312/08 i 34179/08, *Judgment*, 18. jul 2013. (u daljem tekstu: *Maktouf and Damjanović Judgment*), stav 72.

37. Opšte je prihvaćeno da izraz „pravo“ iz člana 7(1) Evropske konvencije obuhvata i pisane i nepisane izvore prava.⁹⁶ Štaviše, kao što je gore konstatovano, Evropski sud za ljudska prava je zaključio da član 7 Evropske konvencije nije prekršen u slučajevima u kojima su određene radnje u vreme izvršenja bile inkriminisane samo prema međunarodnom pravu, dok je osuda izrečena na osnovu domaćih pisanih zakona koji su usvojeni tek kasnije.⁹⁷ Veselji i Seljimi tvrde da to ne sprečava države da usvoje stroži kriterijum.⁹⁸ Međutim, Kosovo nije odabralo da usvoji stroži kriterijum. Prema članu 33(1) Ustava Kosova, princip zakonitosti se, slično kao u članu 7(1) Evropske konvencije, potvrđuje na osnovu činjenice da je izvršena radnja određena „zakonom“ kao krivično delo. Panel takođe konstatuje da u istom članu Ustava Kosova stoji da su kažnjiva ona dela koja su u vreme izvršenja „na osnovu međunarodnog prava“ smatrana genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti.⁹⁹

38. Panel Apelacionog suda slaže se sa Veseljijem da je izuzetak od principa zabrane retroaktivnosti, koji je definisan u Evropskoj konvenciji, uveden u član 7(2) konvencije kako bi se obezbedila pravovaljanost presuda Nirnberškog suda,¹⁰⁰ i da taj izuzetak treba da bude ograničenog karaktera.¹⁰¹ Međutim, u ovom predmetu ne

⁹⁶ *Kononov v. Latvia* Judgment, stav 185; ECtHR, *Korbely v. Hungary*, br. 9174/02, Judgment, 19. septembar 2008. (u daljem tekstu: *Korbely v. Hungary* Judgment), stav 70. V. takođe *Ieng Sary* Appeal Decision, stav 213 (gde je veće za prethodni postupak Vanrednih veća pri sudovima Kambodže (u daljem tekstu: ECCC) zaključilo da princip zakonitosti prema međunarodnom pravu predviđa krivičnu odgovornost bez obzira na to da li su krivična dela u vreme izvršenja po svom karakteru bila domaća ili međunarodna).

⁹⁷ V. gore stav 24, fusnota 65.

⁹⁸ Veseljijeva žalba, stavovi 29-32, gde se između ostalog poziva na Evropsku komisiju za ljudska prava, Preparatory Work on Article 7 of the European Convention on Human Rights, 21. maj 1957. (u daljem tekstu: ECHR *travaux préparatoires*), str. 6; Seljimijeva žalba, stavovi 31, 35.

⁹⁹ Osnovna međunarodna krivična dela, pošto su obuhvaćena međunarodnim običajnim pravom, a ne „međunarodnim pravom“ u opštem smislu, bila bi u svakom slučaju kažnjiva. V. gore stav 23.

¹⁰⁰ ECHR *travaux préparatoires*, str. 4-5, 7, 10.

¹⁰¹ ECHR *travaux préparatoires*, str. 10 (gde je ekspertska komisija za ljudska prava iznela stav da princip iz člana 7 Evropske konvencije „ne utiče na zakone koji su doneti u vanrednim okolnostima koje su vladale po završetku Drugog svetskog rata, u cilju suzbijanja ratnih zločina, izdaje i saradnje s neprijateljom“ (kurziv dodat)); *Maktouf and Damjanović* Judgment, stav 72. Princip zakonitosti je jedno od neotuđivih prava. V. član 56(2) Ustava Kosova; član 15(2) Evropske konvencije; član 4(2) Međunarodnog pakta.

postoji problem retroaktivnosti. Kao što je sudija za prethodni postupak istakao, stvarna nadležnost Specijalizovanih veća određena je međunarodnim običajnim pravom koje se primenjivalo u vreme kad su izvršena inkriminisana krivična dela, a pre usvajanja Zakona.¹⁰² Iz istog razloga, ne postoji ni problem ograničavanja principa zabrane retroaktivnosti u skladu sa članom 55 Ustava.¹⁰³

39. Panel pored toga konstatuje da su „opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi” različit izvor prava od međunarodnog običajnog prava.¹⁰⁴ U vreme kada je usvojena Evropska konvencija, međunarodno običajno pravo još uvek nije bilo u potpunosti razvijeno. Budući da opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi nisu obavezujuća za Specijalizovana veća, panel smatra da se u članu 12 Zakona poziva na član 7(2) Evropske konvencije i član 15(2) Međunarodnog pakta kako bi se istakla posebna priroda osnovnih međunarodnih krivičnih dela, koja su tek nedavno inkorporirana u domaće pisane zakone.¹⁰⁵ Član 33(1) Ustava Kosova, koji se spominje i u članu 12 Zakona, na sličan način odražava tu činjenicu: „Niko se ne može proglasiti krivim ili kazniti za krivično delo koje, u momentu izvršenja, nije bilo određeno zakonom kao krivično delo, *osim* za dela koja su, u periodu u kojem su počinjena, na osnovu međunarodnog prava smatrana genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti” (kurziv dodat).¹⁰⁶ Panel smatra da ova odredba ne bi imala smisla ako namera nije bila da se njome obuhvate oni slučajevi u kojima je delo

¹⁰² Članovi 12, 13(1), 14(1) Zakona. V. takođe član 6(1) Zakona, kao i pobijanu odluku, stav 101.

¹⁰³ U svakom slučaju, „zakon” iz člana 55 Ustava Kosova treba tumačiti u kontekstu Ustava u celini, što uključuje i međunarodno običajno pravo. U tom smislu, ljudska prava i osnovne slobode garantovani Ustavom Kosova biće tumačeni u skladu sa sudskim odlukama Evropskog suda za ljudska prava. V. član 53 Ustava Kosova.

¹⁰⁴ V. *ICJ Statute*, član 38(1)(b), (c).

¹⁰⁵ U beleškama uz Međunarodni pakt, Generalni sekretar Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: UN) navodi da postoji mišljenje po kome je stav 2 člana 15 Međunarodnog pakta suvišan, budući da je izraz „opšti principi prava koje priznaju sve nacije” već obuhvaćen „međunarodnim pravom” koje se pominje u prvom stavu tog člana. V. ECHR *travaux préparatoires*, Annex, str. 16.

¹⁰⁶ U praksi Vanrednih veća sudova Kambodže, formulacija principa zakonitosti prema domaćim zakonima takođe je predviđala izuzetak kad je reč o međunarodnim krivičnim delima. V. *Ieng Sary Appeal Decision*, stav 214.

izvršeno pre nego što su data krivična dela uneta u pisane zakone Kosova.¹⁰⁷ Za takvo tumačenje nije potrebno da se poziva na princip *effet utile*.

40. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda nalazi da je član 12 Zakona u potpunosti usklađen sa principom zakonitosti predviđenim međunarodnim pravom o ljudskim pravima i Ustavom Kosova i da nije neustavan zbog toga što se u njemu poziva na član 7(2) Evropske konvencije i član 15(2) Međunarodnog pakta. Shodno tome, panel Apelacionog suda odbija Veseljijev žalbeni razlog 2 i Seljimijev žalbeni razlog A3.

3. Da li primena međunarodnog običajnog prava u Specijalizovanim većima predstavlja kršenje principa nediskriminacije i jednakosti pred zakonom (Veseljijev žalbeni razlog 4)

(a) Argumentacija strana u postupku

41. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada nije uzeo u obzir njegov argument da su Kosovo i Srbija nastali usled raspada jedinstvene države.¹⁰⁸ On tvrdi da je zbog toga relevantan zaključak Ustavnog suda Srbije da međunarodno običajno pravo ne može da se primenjuje na radnje izvršene na Kosovu 1998. godine.¹⁰⁹ Imajući to u vidu, tvrdi dalje Veselji, ako bi se prema njemu postupalo drugačije nego prema odgovarajućim akterima u Srbiji, to bi predstavljalo kršenje principa jednakosti pred zakonom, predviđenog članom 26 Međunarodnog pakta i članom 24 Ustava Kosova.¹¹⁰

¹⁰⁷ Međunarodna krivična dela su prvi put izričito navedena u poglavlju XIV Privremenog krivičnog zakona Kosova iz 2003. V. takođe presudu Vrhovnog suda Kosova od 5. avgusta 2004, str. 33, fusnotu 72 (gde je Vrhovni sud Kosova potvrdio da član 7 Evropske konvencije ne zabranjuje retroaktivnost kad je reč o toj kategoriji krivičnih dela).

¹⁰⁸ Veseljijeva žalba, stavovi 44, 46-48, 50-52.

¹⁰⁹ Veseljijeva žalba, stav 43. V. takođe Veseljijevu žalbu, stavove 56-57.

¹¹⁰ Veseljijeva žalba, stavovi 42-43, 49-50, 53-55.

42. Tužilaštvo u svom odgovoru navodi da ne postoji problem diskriminacije, budući da su relevantni zakoni na Kosovu i u Srbiji različiti.¹¹¹

43. Veselji u replici navodi da nema ubedljivog opravdanja za razliku u postupanju i da su kosovski sudovi u predmetima vezanim za ratne zločine sudili na osnovu Krivičnog zakona SFRJ iz 1976.¹¹²

(b) Ocena panela Apelacionog suda

44. Panel konstatuje da se sudija za prethodni postupak, kada je zaključio da je „sasvim moguće“ da različite jurisdikcije, pa i one proistekle iz jednog te istog prethodnika, krivično gone lica za krivična dela izvršena tokom istog oružanog sukoba na osnovu različitih zakona,¹¹³ nije posebno bavio Veseljijevim argumentima u vezi sa njegovom navodnom diskriminacijom i kršenjem principa jednakosti pred zakonom.¹¹⁴ Panel Apelacionog suda podseća da je već prihvatio zaključak sudije za prethodni postupak da Specijalizovana veća nisu dužna da se rukovode praksom drugih sudova.¹¹⁵ Veselji zasniva svoju argumentaciju na shvatanju da, u vezi sa radnjama izvršenim na Kosovu 1998. godine i u kombinaciji sa obavezom Kosova da preuzme prava i obaveze Srbije koji proističu iz Međunarodnog pakta, odgovarajući akteri u Srbiji ne bi mogli biti optuženi za zločine protiv čovečnosti i proizvoljno lišenje slobode kao ratni zločin, ili po osnovu učešća u UZP-u ili komandne odgovornosti.¹¹⁶

45. Panel konstatuje da se zaštita koju garantuju kako Međunarodni pakt,¹¹⁷ tako i Ustav Kosova, odnosi na postupanje sa licima unutar iste nacionalne jurisdikcije. S tim u vezi, panel konstatuje da Međunarodni pakt obavezuje sve države članice „da

¹¹¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 36.

¹¹² Veseljijeva replika, stavovi 2, 13-16. V. takođe Veseljijevu repliku, stavove 17-20.

¹¹³ Pobjana odluka, stav 100.

¹¹⁴ V. Veseljijevu repliku o međunarodnom običajnom pravu, stavove 3-15; Veseljijev odgovor na dupliku tužilaštva o međunarodnom običajnom pravu, stavovi 2-12, na koji se poziva u Veseljijevoj žalbi, stav 42, fusnota 29.

¹¹⁵ V. gore stav 28.

¹¹⁶ Veseljijeva žalba, stavovi 43-52.

¹¹⁷ Međunarodni pakt se direktno primenjuje na Kosovu. V. član 22(3) Ustava Kosova.

poštuju i garantuju svim licima *koja se nalaze na njihovoj teritoriji i koja potpadaju pod njihovu nadležnost*, prava priznata ovim paktom“, uključujući pravo na nediskriminaciju i jednakost pred zakonom, „bez obzira naročito na rasu, boju, pol, jezik, veru, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, imovno stanje, rođenje ili svaku drugu okolnost“. ¹¹⁸ U datom slučaju, licima optuženim pred Specijalizovanim većima sa jedne strane, i pred srpskim sudovima sa druge strane, sudi se na osnovu različitih zakona pred sudovima koji pripadaju različitim nacionalnim jurisdikcijama. Obaveza određene države da u slučaju sukcesije nastavi da štiti prava garantovana Međunarodnim paktom ne utiče na ovaj zaključak.

46. Kad je reč o postupanju sa optuženima pred Specijalizovanim većima u poređenju sa licima optuženim pred drugim kosovskim sudovima, panel konstatuje da Veselji to pitanje prvi put pokreće u žalbenom postupku. ¹¹⁹ Panel smatra da je činjenica da pitanje nije pokrenuto u okviru prvostepenog postupka sama po sebi dovoljna da se ono odbaci bez daljeg razmatranja. ¹²⁰ U svakom slučaju, Veselji ne navodi nijedan osnov po kome je diskriminisan. Specijalizovana veća su osnovana da bi se pred njima sudilo za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti koji potpadaju pod nadležnosti definisane članovima 6 do 9 Zakona i koji su u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope. ¹²¹ Prema tome, sve eventualne razlike u postupanju sa optuženima pred Specijalizovanim većima i sa licima optuženim pred drugim kosovskim sudovima su objektivno i razumno opravdane i stoga ne predstavljaju diskriminaciju. ¹²²

47. Prema tome, čak i da je sudija za prethodni postupak izričito ocenio eventualni uticaj svojih zaključaka na principe nediskriminacije i jednakosti pred zakonom, to po mišljenju panela ne bi promenilo njegov opšti zaključak o merodavnosti i primatu

¹¹⁸ V. član 2(1) Međunarodnog pakta (kurziv dodat); UN Human Rights Committee, CCPR, *General Comment No. 18: Non-discrimination*, 10. novembar 1989, stav 1. V. takođe članove 1, 14 Evropske konvencije.

¹¹⁹ V. Veseljiju žalbu, stavove 56-57; Veseljiju repliku, stavove 17-20.

¹²⁰ V. odluku po žalbi na odluku o preliminarim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 15.

¹²¹ Članovi Zakona 1(2), 6(1); član 162(1) Ustava Kosova. V. takođe dole, stavove 66-67, 71.

¹²² V. ECtHR, *Molla Sali v. Greece*, br. 20452/14, *Judgment*, 19. decembar 2018, stav 135.

međunarodnog običajnog prava. Shodno tome, panel Apelacionog suda odbija Veseljijev žalbeni razlog 4.

4. Da li princip *lex mitior* potpada pod pitanje nadležnosti i da li se primenjuje na međunarodno običajno pravo (Veseljijevi žalbeni razlozi 5 i 7, kao i, delimično, žalbeni razlozi 6, 8-9)

48. Veseljijevi žalbeni razlozi 5 i 7, kao i deo njegovih žalbenih razloga 6, 8 i 9 odnose se na primenu principa *lex mitior*. Stoga će ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(a) Argumentacija strana u postupku

49. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da primena principa *lex mitior* ne potpada pod pitanje nadležnosti, pošto je taj princip povezan sa kršenjem ustavne norme i sa stvarnom nadležnošću Specijalizovanih veća.¹²³ Veselji navodi da međunarodno običajno pravo nije dato jednom za svagda i da bi, ukoliko se u međuvremenu promenilo, trebalo da se primeni princip *lex mitior*.¹²⁴ Veselji osim toga tvrdi da sudija za prethodni postupak nije razmotrio njegov argument da je član 7(2) Evropske konvencije zastareo i da time što se primat dâ međunarodnom običajnom pravu taj član ne može da se kao izuzetak primenjuje umesto načela *lex mitior*.¹²⁵ On takođe iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešno primenio pravo kada je zaključio da se princip *lex mitior* primenjuje samo na međunarodno običajno pravo, s obzirom da se taj princip automatski primenjuje kada postoji više merodavnih zakona, zbog čega se u ovom slučaju Zakon mora uporediti sa Krivičnim zakonom SFRJ iz 1976. kad je reč o odredbama koje se odnose na ratne zločine, vidove odgovornosti i odmeravanje

¹²³ Veseljijeva žalba, stavovi 67-71; Veseljijeva replika, stav 37.

¹²⁴ Veseljijeva žalba, stav 87. V. takođe Veseljijevu repliku, stav 42 (gde Veselji tvrdi da propust da se ispita da li je došlo do promene zakona predstavlja kršenje pravila kojim se zabranjuje retroaktivna primena krivičnog prava).

¹²⁵ Veseljijeva žalba, stavovi 59-61. V. takođe Veseljijevu repliku, stav 30.

kazne.¹²⁶ Time što nije uporedio navedene zakone, sudija za prethodni postupak je, kako Veselji tvrdi, prekršio Ustav Kosova i Evropsku konvenciju.¹²⁷ Po Veseljijevim rečima, za primenu principa *lex mitior* je irelevantno da li postoje neke razlike u pogledu vidova odgovornosti predviđenih članom 16(1)(a) Zakona i onih koji su predviđeni u Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976.¹²⁸

50. Tužilaštvo u odgovoru navodi da Veseljijeve argumente treba odbaciti zbog toga što se zaključci sudije za prethodni postupak o principu *lex mitior* ne mogu podvesti pod pitanje nadležnosti.¹²⁹ Prema tvrdnjama tužilaštva, čak i ako Veselji ima stvarnu legitimaciju, on nije ukazao ni na jednu grešku koja bi značajno uticala na pobijanu odluku.¹³⁰ Tužilaštvo takođe tvrdi da Veselji pogrešno prikazuje pobijanu odluku kada ne prihvata da je sudija za prethodni postupak razmotrio njegove argumente u vezi sa međunarodnim običajnim pravom i primenom principa *lex mitior*.¹³¹ Kako tužilaštvo ukazuje, uslov za primenu principa *lex mitior* je postojanje više merodavnih zakona, a po mišljenju tužilaštva: (i) prema članu 12 Zakona, u slučaju krivičnih dela iz optužnice obavezujuće je isključivo međunarodno običajno pravo; (ii) Krivični zakon SFRJ iz 1976. ne sadrži odgovarajuće odredbe koje se odnose na ta krivična dela; i (iii) član 16(1)(a) Zakona ne upućuje na kosovske zakone, koji su merodavni samo kada su izričito preuzeti.¹³² Po rečima tužilaštva, navedeni normativni okvir je u saglasnosti sa Ustavom Kosova, Evropskom konvencijom i drugim međunarodnim pravnim instrumentima.¹³³

51. Kad je reč o odmeravanju kazne, tužilaštvo u odgovoru navodi da je Evropski sud za ljudska prava zaključio da se princip *lex mitior* ne primenjuje na kazne za

¹²⁶ Veseljijeva žalba, stavovi 64-65, 72, 81-82. V. takođe Veseljijevu repliku, stavove 38-39.

¹²⁷ Veseljijeva žalba, stavovi 81-82.

¹²⁸ Veseljijeva žalba, stav 80.

¹²⁹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 39, 44.

¹³⁰ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 39.

¹³¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 51, gde se poziva na Veseljijevu žalbu, stav 87.

¹³² Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 14, 40-41.

¹³³ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 14-15.

krivična dela prema međunarodnom običajnom pravu koja su kasnije inkriminisana u domaćim zakonima, a da se na Kosovu ne primenjuje nekakav drugačiji režim kažnjavanja, pošto se Zakon odnosi isključivo na ratne zločine i zločine protiv čovečnosti definisane u okviru međunarodnog običajnog prava.¹³⁴

(b) Ocena panela Apelacionog suda

52. Panel najpre konstatuje da je automatsko pravo na žalbu koje imaju strane u postupku ograničeno na osporavanje nadležnosti. Panel je ovlašćen da u vezi s tim utvrdi da li je neko sporno pitanje zaista stvar nadležnosti.¹³⁵

53. U pobijanoj odluci, sudija za prethodni postupak je zaključio da primena principa *lex mitior* nije stvar nadležnosti. Problem koji se u slučaju spora javlja zapravo se tiče pitanja koje pravo panel treba da primenjuje kao povoljnije po optuženog.¹³⁶ Osim toga, sudija za prethodni postupak je zaključio da se to ne tiče direktno pitanja o kojima se raspravlja u ovom postupku, pošto jedini sledeći merodavni izvor prava koji se može oceniti da bi se pronašao eventualni povoljniji normativni okvir jeste međunarodno običajno pravo, u meri u kojoj bi ono moglo evoluirati u korist optuženog.¹³⁷

54. Panel Apelacionog suda podseća da se prema članovima 6 do 9 Zakona i prema pravilu 97(1)(a) Pravilnika, posmatranim zajedno, osporavanje nadležnosti Specijalizovanih veća odnosi na njihovu personalnu, teritorijalnu, vremensku ili stvarnu nadležnost.¹³⁸ Panel se već, u kontekstu ranijih odluka, oslanjao na sudsku

¹³⁴ Odgovor tužilaštva na Veseljjevu žalbu, stavovi 42-43.

¹³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-PT, *Decision on Six Preliminary Motions Challenging Jurisdiction*, 28. april 2009. (u daljem tekstu: *Karadžić Decision on Jurisdiction Challenges*), stav 81.

¹³⁶ Pobijana odluka, stav 106.

¹³⁷ Pobijana odluka, stav 106.

¹³⁸ V. KSC-BC-2020-07, F00005, *Decision on the Admissibility of Appeal and Joinder Against Decision on Preliminary Motions* /Odluka o dopuštenosti žalbe i pridružene žalbe na odluku o preliminarnim podnescima/, 12. maj 2021. (u daljem tekstu: odluka po žalbi o dopuštenosti dokaza u predmetu *Gucati i Haradinaj*), stav 14; odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 17.

praksu drugih sudova, i to pre svega na praksu *ad hoc* sudova, kao smernicu za tumačenje sopstvenog normativnog okvira.¹³⁹

55. Panel smatra da je sudska praksa Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKSJ) naročito relevantna za ovaj predmet, budući da pravilo 72(D) Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a (u daljem tekstu: Pravilnik MKSJ) ograničava osporavanje nadležnosti na slične potkategorije koje se navode u tom pravilu. Panel s tim u vezi konstatuje da Veselji tvrdi da sudska praksa MKSJ-a nije relevantna za pitanje koje je ovde predmet spora zbog toga što MKSJ, za razliku od Specijalizovanih veća, nije bio dužan da se pridržava domaće sudske prakse.¹⁴⁰ Premda panel prihvata da je rad MKSJ-a i Specijalizovanih veća regulisan različitim normativnim okvirima kad je reč o merodavnim izvorima prava,¹⁴¹ to ne uskraćuje mogućnost oslanjanja na sudsku praksu MKSJ-a prilikom utvrđivanja da li je neko sporno pitanje zaista stvar nadležnosti.

56. Panel konstatuje da se sudija za prethodni postupak za potkrepljenje svog zaključka da primena principa *lex mitior* ne potpada pod pitanje nadležnosti oslonio na rezonovanje Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Tužilac protiv Dragana Nikolića*, koje glasi:

Žalbeno vijeće primjećuje da pitanje primjenjivosti tog načela nije vezano za pitanje [nadležnosti], već za to jesu li drugačiji krivični zakoni relevantni i primjenjivi na pravne odredbe na osnovu kojih Međunarodni sud odmjerava kazne.¹⁴²

¹³⁹ V. npr. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stavove 9-11, 50; F00005/RED, *Public Redacted Version of Decision on Jakup Krasniqi's Appeal Against Decision on Interim Release* /Javna redigovana verzija odluke po žalbi Jakupa Krasnićija na odluku o privremenom puštanju na slobodu/, 30. april 2021. (poverljiva verzija podneta je 30. aprila 2021) (u daljem tekstu: odluka po Krasnićijevoj žalbi na odluku o privremenom puštanju na slobodu), stav 17.

¹⁴⁰ Veseljjeva žalba, stav 68.

¹⁴¹ U članu 3(2)(a) Zakona izričito se poziva na Ustav Kosova kao jedan od izvora prava u skladu sa kojima Specijalizovana veća sude i rade, dok statut MKSJ-a ne sadrži ekvivalentnu odredbu.

¹⁴² V. pobijanu odluku, stav 106, fusnota 214, gde se poziva na ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, IT-94-2-A, *Judgement on Sentencing Appeal*, 4. februar 2005. (u daljem tekstu: *Nikolić Appeal Judgement on Sentencing*), stav 80.

57. Panel se slaže sa zaključkom sudije za prethodni postupak u vezi sa ovim pitanjem. Panel Apelacionog suda takođe ukazuje na sledeće:

Značenje načela *lex mitior* treba shvatiti tako da se, u slučaju da dođe do promjena zakona relevantnih za krivično djelo optuženog, treba primijeniti blaži zakon. Inherentan element ovog načela jest da je relevantni zakon obavezujući za sud. Optuženim osobama može se izreći blaža kazna samo ako je zakon obavezujući, budući da [optuženi]imaju zaštićen pravni status samo u slučaju kada se dati raspon kazne mora primijeniti na njih. Načelo *lex mitior* stoga je primjenjivo jedino ako se pravne odredbe koje obavezuju Međunarodni sud kasnije promijene u povoljnije, kojih se Međunarodni sud takođe mora pridržavati.¹⁴³

58. Panel osim toga konstatuje da, prema Veseljijevoj argumentaciji, primena principa *lex mitior* potpada pod pitanje nadležnosti „prosto“ zato što je taj princip povezan sa kršenjem ustavne norme.¹⁴⁴ Veselji pored toga tvrdi da rešenje ovog pitanja između ostalog određuje koja su krivična dela u stvarnoj nadležnosti Specijalizovanih veća prema članu 6 Zakona.¹⁴⁵ Međutim, panel podseća na svoje ranije zaključke da međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima i da je to u saglasnosti sa Ustavom Kosova.¹⁴⁶ Panel takođe podseća da se, kao što je zaključilo Žalbeno veće Međunarodnog krivičnog suda (u daljem tekstu: MKS), princip *lex mitior* odnosi na inkriminisano *ponašanje* iz koga proističe krivična odgovornost,¹⁴⁷ a ne na

¹⁴³ Nikolić Appeal Judgement on Sentencing, stav 81. V. takođe ECtHR, *Jidic v. Romania*, br. 45776/16, Judgment, 18. jun 2020, stav 80, gde se poziva na ECtHR, *Scoppola v. Italy*, br. 10249/03, Judgment, 17. septembar 2009, stav 109 (gde je Evropski sud za ljudska prava zaključio da član 7 Evropske konvencije takođe garantuje primenu principa retroaktivnosti u vezi sa blažim krivičnim zakonima, utoliko što u slučajevima „kada postoje razlike između krivičnog zakona koji je bio na snazi u vreme izvršenja krivičnog dela i kasnijih krivičnih zakona usvojenih pre donošenja pravosnažne presude, sudovi moraju da primene onaj zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog“).

¹⁴⁴ Veseljijeva žalba, stav 69.

¹⁴⁵ Veseljijeva žalba, stav 70.

¹⁴⁶ V. gore stavove 23-24, 29.

¹⁴⁷ V. ICC, *Prosecutor v. Ruto and Sang*, ICC-01/09-01/11-2024, Judgment on the Appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang Against the Decision of Trial Chamber V(A) of 19 August 2015 Entitled “Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony”, 12. februar 2016, stav 70.

krivičnu odgovornost kao takvu, i da stoga izlazi iz okvira odluke po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća prema pravilu 97 Pravilnika.

59. Shodno tome, panel zaključuje da Veselji nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da primena principa *lex mitior* ne potpada pod pitanje nadležnosti. Panel stoga neće razmatrati Veseljijeva iscrpna izjašnjenja u vezi sa principom *lex mitior*. U skladu s tim, panel Apelacionog suda odbija Veseljijeve žalbene razloge 5 i 7, kao i deo njegovih žalbenih razloga 6, 8 i 9.

C. GREŠKE U VEZI SA IZVEŠTAJEM SAVETA EVROPE

1. Da li Izveštaj Saveta Evrope ograničava nadležnost Specijalizovanih veća (Tačijevi žalbeni razlozi A1-A2; Krasnićijev žalbeni razlog 4)

(a) Argumentacija strana u postupku

60. Kako Tači iznosi, po mišljenju Ustavnog suda Kosova, uslov za osnivanje Specijalizovanih veća kao nadležnog „specijalizovanog suda“ sa „usko definisanom nadležnošću“ u skladu sa članom 103(7) Ustava Kosova, proishodi iz toga što je Kosovo dužno da ispunjava svoje međunarodne obaveze koje proističu iz Izveštaja Saveta Evrope.¹⁴⁸ Po Tačijevom sudu, Ustavni sud Kosova je potvrdio da Izveštaj Saveta Evrope predstavlja *raison d'être* Specijalizovanih veća, kao i da je stvarna nadležnost Specijalizovanih veća ograničena na „konkretna krivična dela“ koja se u njemu pominju, a da ne obuhvata široki niz krivičnih dela koja su uneta u članove Zakona 12 do 16.¹⁴⁹ Kako on tvrdi, iz toga sledi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zanemario pomenutu presudu Ustavnog suda Kosova i zaključio da upućivanje na „niz veoma konkretnih navoda o krivičnim delima“ iznetih u Izveštaju Saveta Evrope zapravo ne isključuje mogućnost da

¹⁴⁸ V. Tačijevu žalbu, stavove 13-15, gde se poziva na Kosovo, Constitutional Court, *Assessment of an Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo proposed by the Government of the Republic of Kosovo and referred by the President of the Assembly of the Republic of Kosovo on 9 March 2015 by Letter No. 05-433/DO-318*, KO 26/15, *Judgment*, 15. april 2015. (u daljem tekstu: presuda Ustavnog suda Kosova), stavovi 43, 45, 50-51, 53. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 20, 22; Tačijeva replika, stavovi 2-3, 9.

¹⁴⁹ Tačijeva žalba, stavovi 16-18, 20. V. takođe Tačijevu repliku, stavove 2-3, 5.

optužbe koje bi mogle proizaći iz Izveštaja „prekorače“ okvir navoda o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji.¹⁵⁰ Po Tačijevom mišljenju, takvo rastezanje nadležnosti Specijalizovanih veća kakvo je usvojeno u pobijanoj odluci dovelo bi do toga da Specijalizovana veća izgube svoj specijalizovani karakter i postanu vanredni sud, što je zabranjeno članom 103(7) Ustava Kosova.¹⁵¹

61. Tači dalje iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je proširio nadležnost Specijalizovanih veća, kao i u svom tumačenju fraze „u vezi sa“ /in relation to/ koja se javlja u članu 162(1) Ustava Kosova i sličnih izraza upotrebljenih u članovima 1(2) i 6(1) Zakona, budući da te odredbe ograničavaju obim rada Specijalizovanih veća na optužbe iznete u Izveštaju i po njima je Specijalna istražna radna grupa (u daljem tekstu: SIRG) obavila istragu.¹⁵² Po Tačijevom mišljenju, ograničenje iz člana 1(2) Zakona ne odnosi se samo na nadležnost, već takođe određuje obim rada i svrhu Specijalizovanih veća i Zakona u celini.¹⁵³

62. Krasnići iznosi da je nadležnost Specijalizovanih veća strogo ograničena na optužbe iznete u Izveštaju Saveta Evrope u vezi sa kojima je Kosovo na osnovu svojih međunarodnih obaveza dužno da sprovodi istragu i krivično gonjenje, a da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da te optužbe samo moraju biti „u dovoljno jasnoj vezi“ sa Izveštajem.¹⁵⁴ Krasnići tvrdi da je u presudi Ustavnog suda Kosova, prilikom tumačenja uslova neophodnosti iz člana 103(7) Ustava Kosova, nadležnost Specijalizovanih veća ograničena na „veoma konkretne

¹⁵⁰ Tačijeva žalba, stavovi 19, 21. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 20, 22; Tačijeva replika, stavovi 2-3.

¹⁵¹ Tačijeva žalba, stavovi 21-23.

¹⁵² Tačijeva žalba, stavovi 24-27, 29, 32. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 31, 33; Tačijeva replika, stav 8. Kako Tači tvrdi, iako se u Rimskom statutu kaže da države članice osnivaju stalni sud koji je „nadležan za najteža krivična dela, koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice“, Međunarodni krivični sud nema nadležnost za sva takva krivična dela zbog različitih uslova koji ograničavaju njegovu nadležnost. V. Tačijevu žalbu, stav 28.

¹⁵³ Tačijeva žalba, stav 31; Tačijeva replika, stav 8.

¹⁵⁴ Krasnićijeva žalba, stavovi 78-87; Krasnićijeva replika, stavovi 19-21, 25.

navode o krivičnim delima“ iznete u Izveštaju Saveta Evrope.¹⁵⁵ Po njegovom mišljenju, sudija za prethodni postupak je pogrešio kada je te reči protumačio kao tek „uopšteni opis“ i zaključio da time nije isključena mogućnost da optužbe koje bi mogle proizaći iz Izveštaja prekorače okvir navoda o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji.¹⁵⁶ Krasnići takođe tvrdi da član 162(1) Ustava Kosova dodatno potvrđuje da bi bilo kakva šira nadležnost bila *ultra vires*.¹⁵⁷ On na kraju iznosi da zapravo nije postojala konkretna neophodnost iz člana 103(7) Ustava Kosova da se osnuje specijalizovani sud nadležan za krivična dela izvršena još u martu 1998. i na lokacijama na Kosovu, s obzirom na to da su istrage i krivično gonjenje u vezi sa takvim krivičnim delima već sprovedi ili ih sprovode MKSJ ili domaći sudovi na Kosovu.¹⁵⁸

63. Tužilaštvo odgovara da je nadležnost Specijalizovanih veća u saglasnosti sa članom 103(7) Ustava Kosova i da odbrana pogrešno tumači relevantnu odluku Ustavnog suda Kosova. Kako tužilaštvo tvrdi, Ustavni sud Kosova nije bio dužan da se izjašnjava, i nije se ni izjasnio, o nadležnosti Specijalizovanih veća, već je umesto toga potvrdio da je njihovo osnivanje bilo „neophodno“ u smislu člana 103(7) Ustava Kosova.¹⁵⁹ Tužilaštvo dalje iznosi da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da optužbe kojima se neko lice tereti samo moraju biti „u vezi sa“ Izveštajem i da je uslov da je ta veza „dovoljno jasna“. ¹⁶⁰ Po mišljenju tužilaštva, to je vidljivo i iz jasnih formulacija upotrebljenih u članu 162(1) Ustava Kosova i članu 6(1) Zakona.¹⁶¹ Kako tužilaštvo tvrdi, imajući u vidu da su odredbe Zakona koje se odnose

¹⁵⁵ Krasnićijeva žalba, stavovi 78-82, gde se poziva na presudu Ustavnog suda Kosova, stavove 50-51, 53, 71. V. takođe Krasnićijevu repliku, stavove 19-20.

¹⁵⁶ Krasnićijeva žalba, stavovi 81-82, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 118. V. takođe Krasnićijevu žalbu, stav 87.

¹⁵⁷ Krasnićijeva žalba, stav 83. V. takođe Krasnićijevu žalbu, stavove 79, 85.

¹⁵⁸ Krasnićijeva žalba, stav 86. V. takođe Krasnićijevu repliku, stavove 21, 25.

¹⁵⁹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 12-18; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 74-75.

¹⁶⁰ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 24; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 71-72, 76-78.

¹⁶¹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 14, 19, 21; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 70-71.

na nadležnost Specijalizovanih veća napisane sa punom svešću o sadržini Izveštaja, kao i uz upućivanje na njega, iskrivljeno tumačenje odbrane mora da bude odbijeno.¹⁶² Po rečima tužilaštva, nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena na „veoma konkretne navode o krivičnim delima“, odnosno na „tipične slučajeve“ /case studies/ iz Izveštaja Saveta Evrope.¹⁶³ S tim u vezi, tužilaštvo iznosi da razmena pisama sa Evropskom unijom, kao i odluka Ustavnog suda Kosova, dodatno potvrđuju da su međunarodne obaveze Kosova šire i povezane sa osnivanjem Specijalizovanih veća, te da se ne mogu svesti na „obavezu da se sprovede istraga“ o krivičnim delima koja se pominju u Izveštaju.¹⁶⁴ Tužilaštvo osim toga navodi da odbrana greši kada se oslanja na član 1(2) Zakona i da pomenuta odredba ne može da se upotrebi za nametanje ograničenja u pogledu nadležnosti Specijalizovanih veća.¹⁶⁵

64. Tači u replici odgovara da su u vezi sa krivičnim delima za koja se tereti u optužnici istraga, odnosno krivično gonjenje već sprovedeni na Kosovu ili od strane MKSJ-a.¹⁶⁶

65. Krasnići u svojoj replici tvrdi da Ustav Kosova i odluka Ustavnog suda Kosova pobijaju tumačenje tužilaštva i potvrđuju da međunarodne obaveze zbog kojih je osnivanje Specijalizovanih veća bilo neophodno proističu iz Izveštaja, a ne iz razmene pisama.¹⁶⁷

¹⁶² Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 20-21; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 91. V. takođe odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavove 71, 74.

¹⁶³ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 14-18, 25; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 71, 77. V. takođe odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 92.

¹⁶⁴ Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 72-77, gde se poziva na Zakon br. 04/L-274 o ratifikaciji međunarodnog sporazuma između Republike Kosovo i Evropske unije o Misiji Evropske unije za vladavinu prava na Kosovu, 23. april 2014. (u daljem tekstu: razmena pisama).

¹⁶⁵ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 22-23.

¹⁶⁶ Tačijeva replika, stav 7.

¹⁶⁷ Krasnićijeva replika, stavovi 19-21.

(b) Ocena panela Apelacionog suda

66. Što se tiče pitanja da li je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena na optužbe iznete u Izveštaju, panel konstatuje da se pre pomena Izveštaja Saveta Evrope u članu 162(1) Ustava Kosova koristi formulacija „u vezi sa“ /in relation to/,¹⁶⁸ a u članu 6(1) Zakona fraza „u vezi sa“ /relate to/.¹⁶⁹ Panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da se treba vratiti na prosto značenje ovih izraza.¹⁷⁰ U tom smislu, iako je sudija za prethodni postupak zaključio da optužbe iznete protiv nekog lica na osnovu normativnog okvira i parametara nadležnosti koji određuju rad Specijalizovanih veća moraju biti „u dovoljno jasnoj vezi“ s Izveštajem,¹⁷¹ apelacioni panel smatra da je i obična „povezanost“ /relation/ tih optužbi sa Izveštajem dovoljna da se zadovolji uslov nadležnosti iz člana 6(1) Zakona. Panel se takođe uverio da ako se odredbe Zakona iz članova 6 do 9, koje se odnose na nadležnost, tumače zajedno, one definišu opseg nadležnosti Specijalizovanih veća, koji je širi od većine navoda sadržanih u Izveštaju. Panel smatra da Tači i Krasnići nisu izneli nikakve razloge koji bi opravdavali odstupanje od jasnih formulacija upotrebljenih u navedenim odredbama. Međutim, to ne znači da Specijalizovana veća imaju nadležnost za svako krivično delo izvršeno između 1998. i 2000. godine u Albaniji ili na Kosovu, pošto relevantna krivična dela ipak moraju da potpadaju pod različite parametre nadležnosti određene članovima 6

¹⁶⁸ Član 162(1) Ustava Kosova predviđa sledeće:

Kako bi ispunila međunarodne obaveze u vezi sa Izveštajem Parlamentarne skupštine Saveta Evrope, Dokument 12462 od 7. januara 2011, Republika Kosovo može osnovati Specijalizovana veća i Specijalizovano tužilaštvo u okviru pravosudnog sistema Kosova. Organizacija, funkcionisanje i nadležnost Specijalizovanih veća i Specijalizovanog tužilaštva uređuju se ovim članom i posebnim zakonom.

¹⁶⁹ Član 6(1) Zakona glasi: „Specijalizovana veća su nadležna za krivična dela iz članova 12-16, koja su u vezi sa Izveštajem Skupštine Saveta Evrope“.

¹⁷⁰ V. pobijanu odluku, stavove 107-108.

¹⁷¹ V. pobijanu odluku, stav 111.

do 9 i 17 Zakona, da zadovoljavaju kriterijum(e) propisan(e) članovima 13 i 14 Zakona i da budu povezana sa Izveštajem Saveta Evrope.¹⁷²

67. Po mišljenju panela, da je namera prilikom osnivanja Specijalizovanih veća bila da se njihova nadležnost ograniči na konkretne navode o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji koji čine glavni predmet Izveštaja, to bi bilo nedvosmisleno izraženo i formulisano u odredbama Zakona kojima se utvrđuje nadležnost Specijalizovanih veća.¹⁷³ Jasno je da nijedna od odredbi iz članova 6 do 9 Zakona ne sužava nadležnost Specijalizovanih veća samo na radnje izvršene počev od leta 1999. nadalje, radnje izvršene u Albaniji ili one koja imaju prekogranično obeležje, odnosno na krivična dela nehumanog postupanja i trgovine organima.¹⁷⁴ Budući da to nije slučaj i da članovi 6 do 9 Zakona imaju širi obim, kao i da je Zakon usvojen sa punim znanjem o Izveštaju, to samo pokazuje svesnu nameru Skupštine Kosova da se nadležnost Specijalizovanih veća ne ograniči na te navode. Osim toga, kao što je i sudija za prethodni postupak naglasio,¹⁷⁵ panel podseća da je Zakon usvojen nakon što je SIRG javno objavio da njegove istrage nisu ograničene na navode o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji.¹⁷⁶ Panel smatra neubedljivom Tačijevu tvrdnju da je stav sudije za prethodni

¹⁷² Isti principi važe između ostalog i za MKS: iako se u članu 5 Rimskog statuta kaže da je MKS „nadležan za najteža krivična dela, koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice“, ta krivična dela ipak moraju da zadovolje raznovrsne kriterijume u okviru različitih parametara nadležnosti propisanih članovima 6 do 8, 11 do 13, 15*bis* i 15*ter* Rimskog statuta. V. Tačijevu žalbu, stav 28.

¹⁷³ V. amandman br. 24 na Ustav Kosova, član 162, 05-D-139, 3. avgust 2015.

¹⁷⁴ V. pobijanu odluku, stav 110.

¹⁷⁵ Pobijana odluka, stavovi 113, 121.

¹⁷⁶ Savet bezbednosti UN, *Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*, S/2014/558, 1. avgust 2014. (u daljem tekstu: izveštaj UNMIK-a), Annex II, Statement dated 29 July 2014 of the Chief Prosecutor of the Special Investigative Task Force, str. 18-19 (gde se pominje da su istrage koje je sproveo SIRG pokazale da su „određeni elementi u OVK namerno izložili manjinske zajednice progonu, što je uključivalo protivpravno lišavanje života, otmice, prisilne nestanke, nezakonito zatvaranje u logorima *na Kosovu* i u Albaniji, seksualno nasilje, druge vidove nehumanog postupanja, prisilno raseljavanje lica iz njihovih domova i zajednica, kao i sknavljenje i rušenje crkava i drugih verskih objekata“, da su „određeni elementi u OVK sprovodili neprekidnu kampanju nasilja i zastrašivanja *u 1998. i 1999. usmerenu protiv njihovih političkih suparnika među kosovskim Albancima*“, kao i da su tužioci, u kontekstu krivične istrage koja je sprovedena na celom Kosovu, ispitali navode iz izveštaja Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (u daljem tekstu:

postupak time oslabljen; naprotiv, panel smatra da to potvrđuje sledeće tumačenje: da su pisci Zakona nameravali da ograniče nadležnost Specijalizovanih veća s obzirom na tu javnu objavu, oni bi to izričito naveli u tekstu Zakona.¹⁷⁷

68. Što se pak tiče pitanja da li je nadležnost Specijalizovanih veća u saglasnosti sa članom 103(7) Ustava Kosova, panel Apelacionog suda podseća da se u toj odredbi kaže da se „[s]pecijalni sudovi [...] mogu osnivati na osnovu zakona onda kada je to neophodno, ali se nikako ne mogu osnivati vanredni sudovi“. Panel konstatuje da je Ustavni sud Kosova zaključio da Specijalizovana veća ispunjavaju uslove iz člana 103(7) Ustava Kosova, između ostalog zbog toga što je u pitanju „sud sa usko definisanom nadležnošću“, kao i zbog toga što je Republika Kosovo bila u obavezi da osnuje Specijalizovana veća kako bi ispunila svoje međunarodne obaveze koje proističu iz Izveštaja Saveta Evrope.¹⁷⁸

69. Panel primećuje da je predmet zahteva za ocenu ustavnosti upućenog Ustavnom sudu Kosova bio da se utvrdi da li amandman br. 24 na Ustav Kosova, a time i novi član 162 Ustava, umanjuje prava i slobode garantovane poglavljima II i III Ustava Kosova.¹⁷⁹ Prema tome, ocena Ustavnog suda Kosova bila je ograničena na to da se sud uveri da ustavni amandman na osnovu koga su osnovana Specijalizovana veća ne umanjuje te garancije, a da su Specijalizovana veća deo pravosudnog sistema Kosova, u skladu sa članom 103(7) Ustava Kosova. Ustavni sud Kosova se zaista uverio da nijedna od relevantnih garancija nije umanjena i ograničio se na ocenjivanje tog pitanja.¹⁸⁰ Imajući to u vidu, panel smatra neubedljivim argument odbrane da je Ustavni sud Kosova zauzeo stav o nadležnosti Specijalizovanih veća ili da je ograničio

OEBS) i Hjuman rajts voča na Kosovu, „kao i“ navode iz Izveštaja Saveta Evrope) (kurziv dodat). V. takođe SIRG, *Factsheet* (gde je SIRG najavio da će sprovesti „podrobnju krivičnu istragu u kojoj će ispitati sve zločine navedene u Izveštaju Saveta Evrope“).

¹⁷⁷ Za suprotan stav v. Tačijevu žalbu, stav 32.

¹⁷⁸ Presuda Ustavnog suda Kosova, stavovi 43, 50-51, 53-54.

¹⁷⁹ Presuda Ustavnog suda Kosova, stav 2, gde se poziva na član 113(9) Ustava Kosova. V. takođe presudu Ustavnog suda Kosova, stav 22.

¹⁸⁰ V. npr. presudu Ustavnog suda Kosova, stavove 57-59, 71-72, 104-105, i dispozitiv, str. 18.

njihovu nadležnost na pomenute konkretne navode kada se pozvao na činjenicu da Izveštaj Saveta Evrope „sadrži više vrlo konkretnih krivičnih navoda i preporučuje da se o njima sprovede istraga i krivični postupak“.¹⁸¹ Panel s tim u vezi deli mišljenje sudije za prethodni postupak da ta referenca predstavlja samo „uopšteni opis“ Izveštaja, kojim se ne isključuje mogućnost da nadležnost Specijalizovanih veća izađe iz okvira navoda o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji.¹⁸²

70. Slično tome, panel smatra da činjenica da su Specijalizovana veća osnovana zbog međunarodnih obaveza Kosova koje „proističu“ iz Izveštaja Saveta Evrope ne ograničava njihovu nadležnost na način na koji odbrana sugerise. Panel podseća da te međunarodne obaveze proizlaze iz razmene pisama i da su uvedene u kosovski pravosudni sistem preko Zakona br. 04/L-274.¹⁸³ Iako se pomenute obaveze odnose na Izveštaj Saveta Evrope, one su šire od puke obaveze da se istraže navodi iz tog Izveštaja, utoliko što su takođe povezane sa osnivanjem Specijalizovanih veća kao „obavezom Republike Kosovo“,¹⁸⁴ a takođe i potrebom da se omogući bezbedno, nezavisno, nepristrasno, pravično i efikasno procesuiranje krivičnih dela povezanih sa Izveštajem.¹⁸⁵ S tim u vezi, panel smatra da je važno istaći da je odmah po

¹⁸¹ Presuda Ustavnog suda Kosova, stav 51.

¹⁸² V. pobijanu odluku, stav 118. Za suprotan stav v. Tačijevu žalbu, stav 19; Krasnićijeva žalba, stav 81.

¹⁸³ V. presudu Ustavnog suda Kosova, stavove 37-38, 51; razmena pisama, str. 8-10 (PDF paginacija). V. takođe pobijanu odluku, stav 98.

¹⁸⁴ V. presudu Ustavnog suda Kosova, stavove 39, 50; razmenu pisama, str. 8-9 (PDF paginacija) (gde se pominje obaveza u vezi sa „svim postupcima“ koji su rezultat istraga SIRC-a) (kurziv dodat).

¹⁸⁵ V. član 1(2) Zakona, u kome se kaže:

Specijalizovana veća u okviru kosovskog pravosudnog sistema i Specijalizovano tužilaštvo, neophodni su kako bi se ispunile međunarodne obaveze preuzete Zakonom br. 04/L-274, a u cilju garantovanja zaštite osnovnih prava i sloboda sadržanih u Ustavu Republike Kosovo, te kako bi se osigurao bezbedan, nezavisan, nepristrasan, pravičan i efikasan krivični postupak u vezi sa navodima o teškim prekograničnim i međunarodnim krivičnim delima izvršenim u toku i posle sukoba na Kosovu, a koja se tiču dela iz Izveštaja [Saveta Evrope] i koja su bila predmet krivične istrage [SIRC-a].

V. takođe razmenu pisama, str. 8 (PDF paginacija) (gde se pominje da je potrebno obezbediti „povoljno okruženje za vršenje pravosuđa“); KSC-CC-2020-11, F00015, *Judgment on the Referral of Proposed Amendments to the Constitution of Kosovo* /Odluka po zahtevu za ocenu ustavnosti predloženih amandmana na Ustav Kosova/, 26. novembar 2020, stav 55 (gde se podseća da je razmenom pisama „predviđeno osnivanje Specijalizovanih veća i Specijalizovanog tužilaštva kako bi se obezbedilo valjano vršenje pravosudne delatnosti u postupcima koji budu pokrenuti na osnovu istraga SIRC-a“).

objavljivanju Izveštaja Saveta Evrope Parlamentarna skupština Saveta Evrope usvojila rezoluciju u kojoj se poziva na „dodatne istrage“ koje bi sproveli EULEKS ili ovlašćena međunarodna sudska tela, a u vezi sa „svim krivičnim delima povezanim sa sukobom na Kosovu“, i od Kosova se traži da „sarađuje“ u pogledu tih „dodatnih istraga“.¹⁸⁶

71. Pored toga, panel Apelacionog suda smatra da činjenica da su okviri nadležnosti Specijalizovanih veća utvrđeni članovima 6 do 9 Zakona, a ne konkretnim navodima iz Izveštaja, nema za posledicu ukidanje njihovog „specijalizovanog“ statusa u smislu člana 103(7) Ustava Kosova. Panel se ne slaže sa Krasnićijevim argumentom da bi neophodnost osnivanja Specijalizovanih veća u skladu sa članom 103(7) Ustava nestala ukoliko bi Veća imala nadležnost za krivična dela izvršena na Kosovu, i to još od marta 1998, pošto bi se to preklapalo sa krivičnim delima koja su već procesuirana u MKSJ-u i u domaćim postupcima na Kosovu.¹⁸⁷ Ako su neka od krivičnih dela za koja se tereti već bila predmet postupaka u MKSJ-u ili na Kosovu, primenjivalo bi se načelo *non bis in idem*, predviđeno članom 17 Zakona, što bi obezbedilo da Specijalizovana veća nemaju nadležnost za lica kojima se za ta krivična dela već sudilo. Prema tome, primenom te odredbe bi bila rešena svaka takva situacija, što dodatno ukazuje da Zakon predviđa eventualno preklapanje nadležnosti Specijalizovanih veća i MKSJ-a, odnosno sudova na Kosovu.¹⁸⁸

72. I na kraju, što se tiče pitanja da li je moguće tumačenje prema kome član 1(2) Zakona ograničava nadležnost Specijalizovanih veća, panel primećuje da član 1 Zakona, u poglavlju nazvanom „Opšte odredbe“, nosi naslov „Obim primene i svrha Zakona“ (naglasak dodat). Nasuprot tome, članovi 6 do 10 Zakona, u poglavlju naslovljenom „Nadležnost i merodavno pravo“, direktno govore o nadležnosti

¹⁸⁶ V. Parlamentarna skupština Saveta Evrope, rezoluciju 1782(2011), Istraga u vezi s navodima o nečovečnom postupanju sa ljudima i nedozvoljenoj trgovini ljudskim organima na Kosovu, 25. januar 2011, stavove 19.1.1, 19.6. V. takođe Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavovi 169-174.

¹⁸⁷ V. Krasnićijevu žalbu, stav 86.

¹⁸⁸ V. pobijanu odluku, stav 117. I dok se u članu 34 Ustava Kosova uopšteno kaže da se nikome ne može suditi više od jednog puta za isto krivično delo, važno je istaći da se u članu 17 Zakona to načelo izričito pominje u vezi sa MKSJ-om i sudovima na Kosovu.

Specijalizovanih veća. Iz tog razloga, panel konstatuje da se član 1(2) Zakona ne tiče pitanja nadležnosti i smatra da Tači i Krasnići nisu pokazali da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se članom 1(2) Zakona ne ograničava nadležnost Specijalizovanih veća.¹⁸⁹

73. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da Izveštaj Saveta Evrope ne ograničava nadležnost Specijalizovanih veća i da optužbe iznete u optužnici samo moraju biti u vezi sa tim Izveštajem.¹⁹⁰ Tačijevi žalbeni razlozi A1-A2 i Krasnićijev žalbeni razlog 4 stoga se odbijaju.

2. Da li su krivična dela za koja se tereti u optužnici povezana sa Izveštajem Saveta Evrope (Tačijev žalbeni razlog A3; Krasnićijev žalbeni razlog 5)

(a) Argumentacija strana u postupku

74. Tači iznosi da krivična dela za koja se tereti u optužnici prekoračuju stvarnu nadležnost Specijalizovanih veća.¹⁹¹ On tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešno protumačio Izveštaj Saveta Evrope u odnosu na geografske i vremenske parametre nadležnosti Specijalizovanih veća kada je zaključio da je opseg Izveštaja širi od navoda o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim centrima u Albaniji koji su se odigrali nakon rata i da obuhvata navode o međunarodnim krivičnim delima izvršenim tokom sukoba na Kosovu.¹⁹² Prema Tačijevoj argumentaciji, sudija za prethodni postupak nije imao osnova da izvede taj zaključak budući da se zatvorenički centri koji se pominju u okviru „vrlo konkretnih krivičnih navoda“ iz Izveštaja svi nalaze u Albaniji, a da su radnje navedene u Izveštaju

¹⁸⁹ V. pobijanu odluku, stav 120. U svakom slučaju, i član 1(2) i član 6(1) Zakona prosto propisuju da postupci koji se vode pred Specijalizovanim većima moraju biti u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope.

¹⁹⁰ V. pobijanu odluku, stavove 107-112, 139.

¹⁹¹ Tačijeva replika, stav 11.

¹⁹² Tačijeva žalba, stavovi 34-41, 44; Tačijeva replika, stavovi 4, 10-11. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 30, gde Tači tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio zbog toga što nije utvrdio da li su, prema kriterijumu koji je on sam uspostavio, tačke optužnice „u korelaciji“ sa Izveštajem.

„uglavnom“ izvršene od leta 1999. nadalje.¹⁹³ On na kraju iznosi da sudija za prethodni postupak nije dao obrazloženo mišljenje, s obzirom na to da u pobijanoj odluci uopšte nije razmotrio Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope ni argumente koji su u njoj izneti.¹⁹⁴

75. Krasnići smatra da čak i ako bi se pretpostavilo da je sudija za prethodni postupak ispravno zaključio da se samo traži da postoji dovoljna veza između optužbi i Izveštaja, on je svejedno pogrešio kada je zaključio da je to slučaj sa krivičnim delima za koja se tereti u optužnici.¹⁹⁵ Krasnići tvrdi da postoji „nepodudarnost“ između vremenskog i geografskog okvira Izveštaja i optužnice, utoliko što se Izveštaj prvenstveno odnosi na krivična dela izvršena posle aprila 1999. u Albaniji, ili sa prekograničnim obeležjem, dok se optužnica u prvom redu odnosi na krivična dela izvršena između marta 1998. i septembra 1999. u 42 zatvorenička objekta, od kojih su se samo dva nalazila u Albaniji.¹⁹⁶ Po Krasnićijevim rečima, sudija za prethodni postupak je pogrešio utoliko što je po svom nahođenju birao neke elemente iz Izveštaja i na selektivan način se oslonio na određene stavove iz odeljka o kontekstu da bi na osnovu toga utvrdio da se Izveštaj odnosi na krivična dela izvršena na Kosovu 1998. godine.¹⁹⁷ Krasnići tvrdi da takvi navodi nisu u dovoljnoj meri povezani sa Izveštajem, budući da je priroda njihove povezanosti slučajna ili marginalna.¹⁹⁸

76. Tužilaštvo u svom odgovoru navodi da je sudija za prethodni postupak ispravno zaključio da su optužbe iz optužnice povezane sa Izveštajem Saveta Evrope.¹⁹⁹ Tužilaštvo tvrdi da je strategija odbrane da se Izveštaj podeli na odeljke

¹⁹³ Tačijeva žalba, stavovi 36, 39. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 37-38, 40-41, 44.

¹⁹⁴ Tačijeva žalba, stavovi 42-43, gde se poziva na Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope, stavove 19-20. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 40-41.

¹⁹⁵ Krasnićijeva žalba, stavovi 88-96.

¹⁹⁶ Krasnićijeva žalba, stavovi 88-95, gde se poziva na zatvoreničke objekte u Cahanu i Kukešu. V. takođe Krasnićijevu repliku, stavove 22-24.

¹⁹⁷ Krasnićijeva žalba, stavovi 91-93.

¹⁹⁸ Krasnićijeva žalba, stavovi 94-96.

¹⁹⁹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 24; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 79-93. V. takođe odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 25.

posvećene kontekstu s jedne strane i na konkretne navode s druge strane, uz jednovremeno ograničavanje njegovog geografskog i vremenskog okvira, „manipulativna“ i „neosnovana“.²⁰⁰ Po mišljenju tužilaštva, takva strategija prenebregava šire reference date u Izveštaju, pa čak i njegov naziv i činjenicu da ga treba razmatrati kao celinu.²⁰¹ Kako tužilaštvo navodi, „tipični slučajevi“ koje odbrana opisuje nisu iscrpni, već predstavljaju samo ilustrativne primere.²⁰² Prema argumentaciji tužilaštva, faktori kao što su izvršioc, žrtve, lokacije, vremenski okvir, *modus operandi*, priroda postupanja, umišljaj za postupanje i kontekst postupanja potvrđuju da navodi iz Izveštaja, u kome se opisuje „obrazac“ međusobno blisko povezanih kažnjivih postupaka, direktno odražavaju optužbe iz optužnice.²⁰³ Naposletku, tužilaštvo iznosi da je netačna Tačijeva tvrdnja da sudija za prethodni postupak nije razmotrio njegovu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope.²⁰⁴

77. I Tači i Krasnići u svojim replikama osporavaju stav tužilaštva da su vrlo konkretni krivični navodi istaknuti u Izveštaju samo „tipični slučajevi“ koji treba da ilustruju daleko širu pojavu, budući da se svi oni odnose na lokacije u Albaniji i na vremenski period posle aprila 1999.²⁰⁵

(b) Ocena panela Apelacionog suda

78. Panel najpre primećuje da nema sumnje da se Izveštaj u prvom redu bavi konkretnim navodima o trgovini organima i nehumanom postupanju u zatvoreničkim objektima pod kontrolom Oslobođilačke vojske Kosova (u daljem tekstu: OVK) koji su se nalazili u Albaniji ili bili povezani sa Albanijom i uglavnom su

²⁰⁰ Odgovor tužilaštva na Krasnićevu žalbu, stavovi 81, 87.

²⁰¹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 25-26, 28, 31; odgovor tužilaštva na Krasnićevu žalbu, stavovi 81, 87-89.

²⁰² Odgovor tužilaštva na Krasnićevu žalbu, stav 92. V. takođe odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavove 16, 25; odgovor tužilaštva na Krasnićevu žalbu, stavovi 71, 88.

²⁰³ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 29; odgovor tužilaštva na Krasnićevu žalbu, stavovi 80, 82-88, 90, 93.

²⁰⁴ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 27-28, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 135.

²⁰⁵ Tačijeva replika, stav 4; Krasnićeva replika, stav 24.

izvršeni od leta 1999. nadalje.²⁰⁶ U stvari, sudija za prethodni postupak to i potvrđuje u pobijanoj odluci.²⁰⁷ Međutim, panel primećuje da iako je u Izveštaju to u centru pažnje, njegov je obim širi i nije ograničen samo na te navode.²⁰⁸ Panel takođe podseća na svoj raniji zaključak da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je konstatovao da predmetni, vremenski i geografski okvir Izveštaja ne ograničava nadležnost Specijalizovanih veća i da optužbe iznete u optužnici samo moraju biti povezane sa Izveštajem.²⁰⁹ Prema tome, panel sada mora da utvrdi da li je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da su optužbe iz optužnice povezane sa Izveštajem Saveta Evrope.

79. Kad je reč o geografskom okviru Izveštaja, panel konstatuje da se u Izveštaju na nekim mestima javljaju reference na šire navode o krivičnim delima izvršenim na Kosovu, a ne u Albaniji ili u vezi sa Albanijom.²¹⁰ Panel se slaže sa odbranom da su te reference prilično ograničene i da se uglavnom javljaju u odeljcima koji su posvećeni kontekstu događaja, ili u uopštenim formulacijama iz odeljka Izveštaja koji sadrži nacrt rezolucije, a kojima se vlasti pozivaju da sarađuju i da sprovedu istragu o zločinima izvršenim na tom području.

80. Međutim, po mišljenju panela, činjenica da se određeni navodi detaljno razmatraju u Izveštaju ne znači da je njegov obim ograničen samo na te radnje. To što

²⁰⁶ V. npr. Izveštaj Saveta Evrope, str. 1, odeljak B, stavove 4, 16, 19, 93, 101-114, 129-130, 132, 156-158; Izveštaj Saveta Evrope, odeljak A, stavovi 3, 12.

²⁰⁷ V. npr. pobijanu odluku, stavove 108 (fusnota 219), 110-111, 130, 132, 134-135.

²⁰⁸ V. npr. Izveštaj Saveta Evrope, odeljak A, stavove 19.5.1, 19.5.3 (gde Parlamentarna skupština poziva vlasti Albanije i Kosova da sarađuju kako bi se „utvrdila istina o zločinima počinjenim na Kosovu“ i da pokrenu istragu radi utvrđivanja „potpune istine o postojanju tajnih zatvoreničkih centara u kojima su [određena lica] podvrgavana nečovečnom postupanju“ (pri čemu se ne pominju lokacije na kojima su se nalazili ti zatvorenički centri, niti se te lokacije ograničavaju isključivo na Albaniju), a zatim se konkretno kaže da se tom istragom moraju „obuhvatiti“ i tvrdnje o „nezakonitoj trgovini ljudskim organima“ (a ne da se istraga mora ograničiti na te tvrdnje)).

²⁰⁹ V. gore stavove 66-73.

²¹⁰ V. npr. Izveštaj Saveta Evrope, odeljak A, stavove 19.4.2, 19.5.1, 19.5.3; Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavovi 72, 85, 87 na koje se poziva u pobijanoj odluci, stav 133. Valja istaći da naslov Izveštaja glasi „Nečovečno postupanje sa ljudima i nedozvoljena trgovina ljudskim organima na Kosovu“ (kurziv dodat).

su navodi koji su predmet detaljnijeg razmatranja u Izveštaju nazvani „tipičnim slučajevima“²¹¹ pokazuje da su u pitanju samo primeri koji nisu zamišljeni kao iscrpna lista izvršenih krivičnih dela. Panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da je Izveštaj potrebno oceniti kao celinu i da vrlo konkretne navode koji se u njemu pominju ne treba razmatrati odvojeno od događaja na Kosovu, budući da su krivična dela na koja se ti navodi odnose izvršena tokom istog oružanog sukoba i da su predstavljala deo istog napada na civilno stanovništvo Kosova.²¹² Shodno tome, panel smatra da činjenica da se optužbe iz optužnice odnose na različite lokacije, koje se uglavnom nalaze na Kosovu, ne znači da se ne može zaključiti da su te optužbe povezane sa Izveštajem.²¹³

81. Što se tiče navodnog propusta sudije za prethodni postupak da razmotri Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope, panel konstatuje da se, kao što tužilaštvo ukazuje i kao što i sam Tači priznaje,²¹⁴ u pobijanoj odluci zapravo eksplicitno poziva na Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope i daje sažetak Tačijevih izjašnjenja iznetih u tom podnesku,²¹⁵ uključujući njegov argument u vezi sa tumačenjem izraza „uglavnom“ u Izveštaju.²¹⁶ Panel smatra da obrazloženje sudije za prethodni postupak iz pobijane odluke i njegov sažetak Tačijevih izjašnjenja pokazuju da je sudija za prethodni postupak prilikom donošenja svojih zaključaka imao u vidu i uzeo u obzir Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope.²¹⁷ Panel takođe podseća da iako panel mora da obrazloži svoje zaključke o materijalnopravnim pitanjima relevantnim za odluku koju donosi, on nije dužan da

²¹¹ V. npr. Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 115-128, 141-152, 159-167.

²¹² V. pobijanu odluku, stav 132.

²¹³ V. pobijanu odluku, stav 111.

²¹⁴ V. Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 27; Tačijeva žalba, stav 42.

²¹⁵ V. pobijanu odluku, stavove 41-44.

²¹⁶ Pobijana odluka, stav 44, gde se poziva na Tačijevu repliku u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope, stavove 19-21.

²¹⁷ V. pobijanu odluku, stav 135.

obrazloži svaki korak u svom rezonovanju, niti da se osvrne na sve argumente strana u postupku.²¹⁸

82. U svakom slučaju, kad je reč o vremenskom okviru Izveštaja, panel se uverio da već i sam tekst potvrđuje da Izveštaj nije ograničen isključivo na radnje izvršene od leta 1999. nadalje – i pored toga što su glavni predmet Izveštaja krivična dela učinjena upravo u tom periodu.²¹⁹ Shodno tome, panel smatra da činjenica da se optužbe iz optužnice odnose na krivična dela izvršena između marta 1998. i septembra 1999. ne isključuje zaključak da su ta dela povezana sa Izveštajem, pogotovu što potpadaju pod vremensku nadležnost Specijalizovanih veća, koja obuhvata period od 1998. do 2000. godine.²²⁰

83. Po mišljenju panela, pažljivo upoređivanje navoda iz Izveštaja i optužbi iz optužnice pokazuje da oni dele više ključnih karakteristika, među kojima su sledeći elementi: (i) izvršioci (odnosno pripadnici OVK);²²¹ (ii) žrtve (odnosno lica albanske

²¹⁸ V. npr. F00005, *Decision on Kadri Veseli's Appeal Against Decision on Interim Release* /Odluka po žalbi Kadrija Veseljija na odluku o privremenom puštanju na slobodu/, 30. april 2021. (u daljem tekstu: odluka po Veseljijevoj žalbi na odluku o privremenom puštanju na slobodu), stav 72; ICTY, *Prosecutor v. Mladić*, IT-09-92-AR73.6, *Decision on Interlocutory Appeal Against Decision on Defence Motion for a Fair Trial and the Presumption of Innocence*, 27. februar 2017, stav 25, gde se citira ICTR, *Prosecutor v. Niyiramasuhuko et al.*, ICTR-98-42-A, *Judgement*, 14. decembar 2015, stav 105.

²¹⁹ V. pobijanu odluku, stavove 135-136. V. takođe gore, stavove 66-67, 73.

²²⁰ V. pobijanu odluku, stav 111.

²²¹ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 5 (gde se pominju zločini koje je izvršila OVK, uključujući ličnosti iz vrha OVK), 7 (gde se pominju krivična dela koja su izvršile ličnosti iz vrha OVK), 58 (gde se pominje Tači kao vođa Dreničke grupe), 67-68 (gde se pominje umešanost Tačija i pripadnika Dreničke grupe, uključujući Kadrija Veseljija, u kriminalne delatnosti), 72 (gde se pominje da su Haljiti, Veselji, Silja i Ljima, pored Tačija i drugih članova njegovog užeg kruga, naređivali ili lično nadgledali ubistva, pritvaranja, batinanja i saslušavanja u raznim delovima Kosova i Albanije od 1998. do 2000), 98 (gde se pominju civili koji su držani zatvoreni u zatvorskim objektima na teritoriji Albanije, a držali su ih članovi i saradnici OVK), 101-104 (gde se pominje Veselji kao glavni pokretač politike zatvaranja lica za koja se sumnjalo da su kolaboracionisti), 114 (gde se pominju operativci OVK povezani sa Dreničkom grupom, koji su delovali pod Tačijevom upravom i u dogovoru sa Veseljijem), 129-130 (gde se pominje da su pripadnici i saradnici OVK vršili zatvaranja i otmice) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 452 (gde se optuženi i drugi pripadnici OVK pominju kao učesnici u UZP-u), 455 (gde se pominje Tači kao pripadnik OVK), 460 (gde se pominje Veselji kao pripadnik OVK), 464 (gde se pominje Seljimi kao pripadnik OVK), 468 (gde se pominje Krasnići kao pripadnik OVK), 484 (gde se pominje da je Tači u OVK imao status pretpostavljenog), 492 (gde se pominje da je Veselji u OVK imao status pretpostavljenog), 499 (gde se pominje da je Seljimi u OVK imao status pretpostavljenog), 506 (gde se pominje da je Krasnići u OVK imao status pretpostavljenog), kao i sa

nacionalnosti za koja se smatralo da sarađuju sa srpskim vlastima i lica srpske, romske i drugih nacionalnosti);²²² (iii) lokacije (različite lokacije širom Kosova i u nekim

navodima iz optužnice, stavovima 2 (gde se pominje Tači kao pripadnik OVK), 3 (gde se pominje Veselji kao pripadnik OVK), 8 (gde se pominje Seljimi kao pripadnik OVK), 11 (gde se pominje Krasnići kao pripadnik OVK), 35 (gde su kao učesnici u UZP-u navedeni: Azem Silja, Ljahi Brahimaj, Fatmir Ljimaj, Sulejman Seljimi, Rustem Mustafa, Šukri Buja, Ljatif Gaši i Sabit Geci, kao i određeni drugi politički i vojni rukovodioci OVK i Privremene vlade Kosova (u daljem tekstu: Privremena vlada), uključujući druge članove Glavnog štaba; ministri i zamenici ministara u Privremenoj vladi; komandanti i zamenici komandanata zona OVK, kao i drugi pripadnici komandnog kadra u zonama; komandanti brigada i jedinica; komandanti i pripadnici policije i obaveštajnih službi OVK i Privremene vlade; i drugi vojnici OVK i zvaničnici Privremene vlade), 37 (gde se pominje da su se učesnici u UZP-u nalazili na ključnim funkcijama u OVK), 53 (gde se pominju optuženi kao pretpostavljeni i najviši rukovodioci u OVK). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²² Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 4 (gde se pominju brojni zločini počinjeni kako protiv Srba koji su ostali u regionu, tako i protiv kosovskih Albanaca osumnjičenih za „izdajništvo“ i „kolaboracionizam“), 88 (gde se pominje da su kao meta uzimani oni za koje se sumnjalo da su kolaboranti, uključujući etničke Albance, Rome i pripadnike drugih manjina, a pominju se i oni koji su stradali kao žrtve suparničkih obračuna unutar OVK), 103 (gde se pominje da je OVK sprovodila „politiku“ prema kojoj je sva lica za koja se sumnjalo da sarađuju sa Srbima trebalo podvrgnuti „saslušavanju“), 111 (gde se kao žrtve pominju etnički Albanci osumnjičeni za kolaboraciju ili izdajništvo), 139 (gde se pominje da su neka lica uzimana kao meta zbog svog etničkog porekla) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 124 (gde se, kao meta sistematskog napada ili napada širih razmera pominju civilno stanovništvo i protivnici na Kosovu i u delovima severne Albanije, uključujući lica za koja se znalo ili za koja se smatralo: (i) da su sarađivala ili imala veze sa snagama, zvaničnicima ili državnim institucijama SRJ; ili (ii) da na drugi način nisu podržavala ciljeve ili metode OVK i, kasnije, Privremene vlade, uključujući lica koja su bila povezana sa Demokratskim savezom Kosova (u daljem tekstu: DSK), kao i lica srpske, romske i drugih nacionalnosti), 126 (gde se pominje da su u lica koja su smatrana protivnicima OVK spadali: (i) stanovništvo srpske, romske i aškalijske nacionalnosti; (ii) katolici; (iii) civili koji su navodno sarađivali sa srpskim vlastima ili imali veze sa Srbima; (iv) Albanci koji su imali veze ili su podržavali DSK ili druge stranke za koje je smatrano da su protiv OVK; (v) Albanci koji se nisu priključili ili nisu podržavali OVK; i (vi) pojedinci za koje je zbog aktuelnog ili ranijeg zaposlenja smatrano da su protiv OVK), kao i sa navodima iz optužnice, stavovima 32 (gde se kao „protivnici“ pominju lica za koja se znalo ili za koja se smatralo: (a) da su sarađivala ili imala veze sa snagama, zvaničnicima ili državnim institucijama SRJ; ili (b) da na drugi način nisu podržavala ciljeve ili metode OVK i, kasnije, Privremene vlade, uključujući lica koja su bila povezana sa DSK, kao i lica srpske, romske i drugih nacionalnosti), 36 (gde se pominje da su protivnici bili proglašavani za „izdajice“ ili [„kolaboracioniste“]). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

delovima severne Albanije);²²³ (iv) vremenski okvir (od 1998. pa do posle leta 1999);²²⁴ (v) *modus operandi* (organizovani i konzistentni „obrazac“ nasilja koje su pripadnici OVK vršili nad licima koja su smatrali izdajnicima ili protivnicima);²²⁵ (vi) priroda

²²³ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 72 (gde se pominju ubistva, pritvaranja, batinanja i saslušavanja koji su vršeni u raznim delovima Kosova i Albanije od 1998. do 2000), 74 (gde se pominju zatvorski objekti OVK u Albaniji), 87 (gde se pominje da su jedinice OVK razmeštene na Kosovu bile nošene osvetoljubivošću prema svakome za koga se verovalo da je ugnjetavao kosovske Albance), 105 (gde se pominje da su zatvorski objekti OVK u Albaniji ujedno služili i kao vojne baze), 108 (gde se pominju zatvorski objekti OVK u Albaniji za ratne zarobljenike), 130 (gde se pominju tajni zatvori u Albaniji), 144 (gde se pominju zatvorenici srpske nacionalnosti koji su bili oti na Kosovu i odvedeni u Albaniju) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 15 (gde se pominju zločini izvršeni na Kosovu i u delovima severne Albanije), 41-42 (mesna nadležnost: krivična dela izvršena na Kosovu i u Albaniji), 125 (gde se pominje kampanja nasilja i zlostavljanja nad stotinama civila širom Kosova i u Albaniji koja je predstavljala sistematski napad ili napad širih razmera), 129 (gde se pominje sistematski napad ili napad širih razmera koji je vršen na Kosovu i u severnoj Albaniji), kao i sa navodima iz optužnice, stavovima 16 (gde se pominje sistematski napad ili napad širih razmera koji je vršen na Kosovu i u severnoj Albaniji), 57 (progon na Kosovu i u severnoj Albaniji), 59 (proizvoljno lišenje slobode na Kosovu i u severnoj Albaniji), 136 (ubistva na Kosovu i u severnoj Albaniji), 171 (prisilni nestanci lica na Kosovu i u severnoj Albaniji), tabelarnim pregledima A-B (mesta zločina u Albaniji i na Kosovu). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁴ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 4 (gde se pominju radnje vršene uglavnom od leta 1999. nadalje), 56 (gde se pominje da je najkasnije 1998. godine jedna grupa ličnosti iz OVK preuzela kontrolu nad nedozvoljenim kriminalnim poslovima u Albaniji), 72 (gde se pominju ubistva, pritvaranja, batinanja i saslušavanja koji su vršeni u raznim delovima Kosova i Albanije od 1998. do 2000), 102 (gde se pominju zatvori OVK u Albaniji u periodu od aprila do juna 1999), 129 (gde se pominje da su posle 12. juna 1999. kosovski Albanci nastavili da zatvaraju ljude) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 15 (gde se period na koji se odnosi optužnica određen kao period najkasnije od marta 1998. do septembra 1999), 39 (gde se kaže da su krivična dela učinjena u navedenom vremenskom periodu obuhvaćena vremenskom nadležnošću Specijalizovanih veća), 125 (gde se pominje kampanja nasilja i zlostavljanja nad stotinama civila širom Kosova i u Albaniji koja je predstavljala sistematski napad ili napad širih razmera), 129 (gde se pominje sistematski napad ili napad širih razmera koji je vršen u tom vremenskom okviru), 137 (gde se pominje da je od marta 1998. pa približno do 16. septembra 1999. postojao nemeđunarodni oružani sukob), 453 (gde se pominje vremenski okvir UZP-a), kao i sa navodima iz optužnice, stavovima 16 (gde se pominje da je tokom tog vremenskog perioda vršen sistematski napad ili napad širih razmera), 32 (gde se pominje vremenski okvir UZP-a). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁵ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 4 (gde se pominju brojni zločini počinjeni kako protiv Srba koji su ostali u regionu, tako i protiv kosovskih Albanaca osumnjičenih za „izdajništvo“ i „kolaboracionizam“), 88 (gde se pominje da su kao meta uzimani Srbi ili oni za koje se sumnjalo da su kolaboranti, uključujući etničke Albance, Rome i pripadnike drugih manjina), 89 (gde se pominje da su zlostavljanja koja su počinili pripadnici OVK bila toliko rasprostranjena da predstavljaju utvrđeni obrazac), 90 (gde se pominje da su zlostavljanja, kako se čini, bila koordinirana i činila deo ukupne strategije vođstva), 98 (gde se pominju zatvorski objekti u kojima su držani zatvoreni civili, a koji su postojali kao delovi ustaljene, koordinirane mreže nad kojom su kontrolu imali komandanti OVK) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 128 (gde se pominje da su radnje nasilja vršene na organizovan način i u skladu s ustaljenim obrascem: postojao je organizovan obrazac proganjanja protivnika, koji nije bio nasumičan; oni su zatvarani u štabovima i bazama OVK i premeštani u zatvore koji su se nalazili na više mesta; organizovano delovanje na više nivoa i ustaljeni

postupanja (radnje koje predstavljaju različita krivična dela na koja se odnose članovi 13 i 14 Zakona);²²⁶ (vii) umišljaj prilikom postupanja (radnje su vršene protiv lica koja su smatrana izdajnicima ili protivnicima, u nameri da se ostvari i sprovede kontrola nad celim Kosovom);²²⁷ i (viii) kontekst postupanja (radnje su činjene u kontekstu

obrazac vršenja radnji nasilja i zlostavljanja ukazuju da je postojao sistematski napad), 454 (gde se pominje obrazac krivičnih dela izvršenih na lokacijama navedenim u tačkama 1-10 optužnice), 476 (gde se pominje obrazac zastrašivanja, zatvaranja, zlostavljanja i ubijanja protivnika), kao i sa navodima iz optužnice, stavovima 17 (gde se pominje da su se krivična dela činila po ustaljenom obrascu i da su pogadala širu porodicu žrtava, kao i cele zajednice, sa svrhom da posluže kao upozorenje i vrsta pritiska na ciljanu populaciju u celini, kako bi se sprečio svaki otpor OVK i Privremenoj vladi i u odnosu na njih silom uspostavilo potpuno jedinstvo), 57 (gde se pominje kampanja progona protivnika, pri čemu radnje progona pokazuju da se radilo o široj kampanji progona protivnika koja je sprovedena širom Kosova pre, u toku i posle inkriminisanog perioda). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁶ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, str. 1 (gde se pominju ratni zločini protiv Srba i kosovskih Albanaca, kao i navodi o nehumanom postupanju), odeljak B, stavove 7-8 (gde se pominju ratni zločini koje je izvršila OVK), 72 (gde se pominje da su Haljiti, Veselji, Silja i Ljimaj, pored Tačija i drugih članova njegovog užeg kruga, naređivali ili lično nadgledali ubistva, pritvaranja, batinanja i saslušavanja u raznim delovima Kosova i Albanije od 1998. do 2000), 101 (gde se pominje da zatvori OVK koji su postojali u vreme rata po svemu sudeći potpadaju pod definiciju ratnih zločina), 121 (gde se pominje nečovečno postupanje), 128 (gde se pominje da su na suđenjima pred domaćim sudovima, odnosno u jurisdikciji Euleksa, pripadnici OVK bili optuženi za ratne zločine protiv civilnog stanovništva, uključujući ubistvo, mučenje, nečovečno postupanje i premlaćivanje), 137 (gde se pominju žrtve prisilnih nestanaka), 174 (gde se pominju navodi o umešanosti OVK u zatvaranje, mučenje i ubistva u Albaniji) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovima 32 (gde se pominje da zločini protiv čovečnosti i ratni zločini iz članova 13 i 14 Zakona spadaju u stvarnu nadležnost Specijalizovanih veća), 454 (gde se pominje da je zajednički cilj UZP-a obuhvatao izvršenje krivičnih dela za koja se tereti u tačkama 1-10 optužnice), 521(a) (gde se potvrđuju optužbe protiv optuženih iznete u tačkama 1-10 optužnice, za zločine protiv čovečnosti i ratne zločine kažnjive po članovima 13 i 14 Zakona), kao i sa navodima iz optužnice, stavovima 32 (gde se pominje da je zajednički cilj obuhvatao krivična dela za koja se tereti u tačkama 1-10 optužnice), 57 (gde se pominje progon), 59 (gde se pominje proizvoljno lišenje slobode), 94 (gde se pominju surovo postupanje i drugi nehumani postupci), 135 (gde se pominje mučenje), 136 (gde se pominje ubistvo), 171 (gde se pominju prisilni nestanci lica), 173 (gde se pominju navodi o krivičnim delima). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁷ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 4 (gde se pominje da je OVK imala efektivnu kontrolu nad velikom teritorijom, koja je obuhvatala Kosovo, ali i neke pogranične delove severne Albanije, a pominju se i brojni zločini počinjeni kako protiv Srba koji su ostali u regionu, tako i protiv kosovskih Albanaca osumnjičenih za „izdajništvo“ i „kolaboracionizam“), 87 (gde se pominje da su jedinice OVK bile razmeštene na Kosovu sa proklamovanim ciljem da „obezbede teritoriju“, ali da su njihovi pripadnici bili nošeni gnevom prema svakome za koga su verovali da je doprineo ugnjetavanju etničkih Albanaca), 88 (gde se pominje da su kao meta uzimani Srbi ili oni za koje se sumnjalo da su kolaboranti), 101 (gde se pominje da su pripadnici OVK posle sukoba zatvarali ljude u okviru organizovane kriminalne delatnosti) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stav 453 (gde se pominje zajednički cilj da se ostvari i sprovodi kontrola nad celim Kosovom, između ostalog, vršenjem nasilja nad onima koji su smatrani protivnicima i njihovim protivpravnim zastrašivanjem, zlostavljanjem i uklanjanjem), kao i sa navodima iz optužnice, stav 32 (gde se pominje zajednički cilj da se ostvari i sprovodi kontrola nad celim Kosovom, između ostalog, vršenjem nasilja nad onima koji su

sistematskog napada ili napada širokih razmera na civilno stanovništvo u toku nemeđunarodnog oružanog sukoba na Kosovu).²²⁸

84. Na osnovu gorenavedenog, a naročito s obzirom na postojanje veze i sličnosti između optužbi iz optužnice i navoda koji proističu iz Izveštaja Saveta Evrope, panel Apelacionog suda smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da su optužbe iz optužnice povezane sa Izveštajem.²²⁹ Stoga se Tačijev žalbeni razlog A3 i Krasnićijev žalbeni razlog 5 odbijaju.

D. GREŠKE U VEZI SA PITANJEM STVARNE NADLEŽNOSTI

1. Proizvoljno lišenje slobode (Veseljijevi žalbeni razlozi 10-13)

(a) Da li je proizvoljno lišenje slobode obuhvaćeno članom 14 Zakona (Veseljijev žalbeni razlog 10)

(i) Argumentacija strana u postupku

85. Veselji tvrdi da proizvoljno lišenje slobode ne može biti obuhvaćeno članom 14 Zakona i da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se formulacija „uključujući bilo koje od sledećih dela” iz člana 14 Zakona, stav (1)(c),

smatrani protivnicima i njihovim protivpravnim zastrašivanjem, zlostavljanjem i uklanjanjem). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁸ Uporedi Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 4 (gde se pominju brojni zločini počinjeni kako protiv Srba koji su ostali u regionu, tako i protiv kosovskih Albanaca osumnjičenih za „izdajništvo” i „kolaboracionizam”), 29 (gde se pominje sukob na Kosovu), 89 (gde se pominje da su zlostavljanja koja su počinili pripadnici OVK bila toliko rasprostranjena da predstavljaju utvrđeni obrazac), 90 (gde se pominje da su zlostavljanja, kako se čini, bila koordinirana i činila deo ukupne strategije vođstva), 103 (gde se pominje da je OVK sprovodila „politiku” prema kojoj je sva lica za koja se sumnjalo da sarađuju sa Srbima trebalo podvrgnuti „saslušavanju”) sa navodima iz odluke o potvrđivanju optužnice, stavovi 125 (gde se pominje kampanja nasilja i zlostavljanja nad stotinama civila širom Kosova i u Albaniji koja je predstavljala sistematski napad ili napad širih razmera), 129 (gde se pominje sistematski napad ili napad širih razmera kao kontekstualno obeležje zločina protiv čovečnosti), 131 (gde se pominje oružano nasilje između srpskih snaga i OVK na Kosovu), 137 (gde se pominje da je između srpskih snaga i OVK postojao nemeđunarodni oružani sukob), kao i sa navodima iz optužnice, stavovi 16 (gde se pominje da je tokom relevantnog vremenskog perioda vršen sistematski napad ili napad širih razmera), 17 (gde se pominju radnje činjenja i nečinjenja koje se u optužnici stavljaju optuženima na teret, a koje su bile deo sistematskog napada ili napada širih razmera), 18 (gde se pominje da je postojao oružani sukob između OVK i snaga SRJ i Republike Srbije), 31 (gde se pominju krivična dela izvršena u kontekstu oružanog sukoba između OVK i snaga SRJ). V. takođe pobijanu odluku, stavove 111, 140-141.

²²⁹ V. pobijanu odluku, stavove 139-142.

odnosi na netaksativno nabranje, slično formulaciji „uključujući, između ostalog, neko od sledećih dela“ iz stavova (1)(b) i (d) istog člana Zakona.²³⁰ Veselji pored toga navodi da sudija za prethodni postupak nije razmotrio njegove argumente da se u članu 8(2)(c) Rimskog statuta, iz koga je tekst člana 14(1)(c) Zakona navodno preuzet, taksativno nabranju sva relevantna krivična dela.²³¹ Kako Veselji takođe iznosi, budući da su po Ustavu Kosova zvanični jezici albanski i srpski, u slučaju razlika u formulaciji „treba dati prvenstvo onoj verziji koja je najpovoljnija po optuženog“.²³²

86. Tužilaštvo u odgovoru navodi da Veselji nije pokazao da postoji bilo kakva nepodudarnost između verzija člana 14(1)(c) Zakona na različitim jezicima, niti da u pobijanoj odluci postoji bilo kakva druga greška s tim u vezi.²³³ Tužilaštvo dalje iznosi da sudija za prethodni postupak nije bio dužan da razmatra član 8(2)(c) Rimskog statuta, s obzirom na to da je već razmotrio sam tekst Zakona.²³⁴ U svakom slučaju, tužilaštvo tvrdi da upoređivanje taksativnog nabranja delâ u članu 8(2)(c) Rimskog statuta i netaksativnog nabranja iz člana 14(1)(c) Zakona zapravo potvrđuje nameru zakonodavaca da se nadležnost Specijalizovanih veća za ratne zločine prema međunarodnom običajnom pravu ne ograniči na dela koja su izričito nabrojana u relevantnim odredbama Zakona.²³⁵

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

87. Panel primećuje da se proizvoljno lišenje slobode ne pominje izričito u spisku dela navedenih u članu 14(1)(c) Zakona. Međutim, panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da formulacija „uključujući bilo koje od sledećih dela“ znači da taj spisak nije iscrpan i da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena samo na one radnje koje su izričito nabrojane u članu 14(1)(c) Zakona.²³⁶ Panel pored toga

²³⁰ Veseljijeva žalba, stav 89. V. takođe Veseljijevu žalbu, stav 91; Veseljijeva replika, stav 43.

²³¹ Veseljijeva žalba, stavovi 89-90.

²³² Veseljijeva žalba, stav 88.

²³³ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 54.

²³⁴ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 55.

²³⁵ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 55.

²³⁶ Pobijana odluka, stav 145. V. takođe odluku o potvrđivanju optužnice, stav 33.

podseća da je sudija za prethodni postupak detaljno razmotrio Veseljijevu tvrdnju da se verzije člana 14(1)(c) Zakona na različitim jezicima ne poklapaju i da je nakon provere utvrdio da takvo neslaganje ne postoji i da se u sve tri verzije dosledno koriste formulacije otvorenog tipa.²³⁷ Panel smatra da Veselji nije ukazao ni na kakvu konkretnu nepodudarnost između verzija ovog člana na različitim jezicima, niti je u vezi s tim pokazao da je sudija za prethodni postupak načinio bilo kakvu grešku kada je izveo svoje zaključke. Slično tome, panel smatra da Veselji nije potkrepio svoju tvrdnju da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da formulacije upotrebljene u stavu (1)(c) člana 14 Zakona s jedne strane i stavovima (1)(b) i (d) sa druge strane, iako nisu identične, predstavljaju slično netaksativno nabranje.²³⁸ Stoga se Veseljijevi argumenti s tim u vezi odbacuju.

88. Osim toga, imajući u vidu različite formulacije upotrebljene u članu 8(2)(c) i (e) Rimskog statuta („naime, bilo koje od dole navedenih krivičnih dela”), i članu 14(1)(c) Zakona („uključujući bilo koje od sledećih dela”), iz samog teksta ovih odredbi je jasno, ako se one uporede, da analogija koju Veselji izvodi nema merituma.²³⁹ Panel stoga smatra da je sudija za prethodni postupak imao diskreciono ovlašćenje da u pobijanoj odluci ne razmatra taj argument.

89. Zato panel konstatuje da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da su Specijalizovana veća nadležna za proizvoljno lišenje slobode kao ratni zločin izvršen u nemeđunarodnom oružanom sukobu ukoliko je to krivično delo postojalo prema međunarodnom običajnom pravu u periodu vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća i predstavlja teško kršenje člana 3 zajedničkog za sve četiri

²³⁷ Pobijana odluka, stav 144. Prema članu 162(9) Ustava Kosova, službeni jezici Specijalizovanih veća su albanski, srpski i engleski, tako da su, prema tome, sve tri verzije člana 14(1)(c) Zakona merodavne.

²³⁸ Pobijana odluka, stav 144.

²³⁹ V. Veseljijevu žalbu, stav 90; Veseljijeva replika o međunarodnom običajnom pravu, stav 41.

Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. (u daljem tekstu: zajednički član 3).²⁴⁰ Stoga se Veseljijev žalbeni razlog 10 odbacuje.

(b) Da li proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3 (Veseljijevi žalbeni razlozi 11-12)

(i) Argumentacija strana u postupku

90. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava.²⁴¹ On prvo osporava zaključak sudije za prethodni postupak da sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava, „svaki vid lišavanja slobode“ tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba predstavlja proizvoljan čin i u prilog tome iznosi sledeće argumente: (i) činjenica da se u međunarodnom humanitarnom pravu izričito ne odobrava proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu ne znači nužno da je ono zabranjeno;²⁴² (ii) pravni izvor na koji se sudija za prethodni postupak oslanja nije od ključnog značaja, niti se u njemu iznosi definitivni zaključak o ovom pitanju;²⁴³ (iii) sudija za prethodni postupak nije uzeo u obzir stav Međunarodnog komiteta crvenog krsta (u daljem tekstu: MKCK) da i međunarodno običajno pravo i međunarodno humanitarno pravo priznaju inherentno zakonsko pravo da se određena lica liše slobode i interniraju u nemeđunarodnim oružanim sukobima;²⁴⁴ i (iv) rasuđivanje sudije za prethodni postupak, zasnovano na principu ravnopravnosti zaraćenih strana, je nelogično.²⁴⁵

91. Veselji dalje iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je u vreme predmetnih događaja međunarodno običajno pravo zahtevalo da se licima koja je jedna od strana u sukobu lišila slobode moraju dati neke osnovne

²⁴⁰ V. pobijanu odluku, stav 145. V. takođe odluku o potvrđivanju optužnice, stav 33.

²⁴¹ Veseljijeva žalba, stavovi 92-96.

²⁴² Veseljijeva žalba, stavovi 92-93.

²⁴³ Veseljijeva žalba, stavovi 92-94, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 152. V. takođe Veseljijevu repliku, stav 44.

²⁴⁴ Veseljijeva žalba, stav 95; Veseljijeva replika, stav 44.

²⁴⁵ Veseljijeva žalba, stav 96. V. pobijanu odluku, stav 152.

garancije, i tvrdi da se spisak tih garancija zasniva samo na institucionalnim smernicama koje je MKCK izdao 2005, a da nije predstavljao pravilo utvrđeno u međunarodnom običajnom pravu, ni tada a ni u periodu na koji se odnose optužbe.²⁴⁶ On takođe tvrdi da u međunarodnom običajnom pravu još uvek nema opšteprihvaćene definicije koja bi utvrđivala šta tačno potpada pod „proizvoljno lišenje slobode”.²⁴⁷ Veselji na kraju tvrdi da se sudija za prethodni postupak nije bavio izvorom na koji se poziva, a prema kome lišenje slobode bez adekvatnih sudskih garancija predstavlja lakši oblik kršenja zajedničkog člana 3.²⁴⁸

92. Tužilaštvo odgovara da proizvoljno lišenje slobode predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, odnosno zajedničkog člana 3, zbog toga što se njime krši princip čovečnog postupanja koji se primenjuje na isti način u svim oblastima međunarodnog humanitarnog prava.²⁴⁹ Tužilaštvo dalje navodi da je garancija protiv proizvoljnog lišenja slobode priznata u međunarodnom običajnom pravu kao neotuđiva, uključujući u nemeđunarodnim oružanim sukobima.²⁵⁰

93. Kako tužilaštvo tvrdi, izjašnjenja odbrane u vezi sa pravnim osnovima za lišenje slobode i odgovarajućim mehanizmima zaštite zapravo se odnose na „opis ili obeležja“ krivičnog dela – što su pitanja koja se moraju rešavati na suđenju – i, prema tome, ne mogu ukazivati na grešku koja bi poništavala konačni zaključak sudije za prethodni postupak da je proizvoljno lišenje slobode nesaglasno sa načelom čovečnog

²⁴⁶ Veseljjeva žalba, stav 97, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 154. V. takođe Veseljjevu repliku, stav 44.

²⁴⁷ Veseljjeva žalba, stav 98.

²⁴⁸ Veseljjeva žalba, stav 99, gde se poziva na Veseljjevu repliku o međunarodnom običajnom pravu, stav 54, gde se poziva na Zimmermann, A. and Geiss, R., “Article 8 para. 2 (c)–(f) and para. 3: War crimes committed in an armed conflict not of an international character”, u: Triffterer, O. and Ambos, K. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, C.H.Beck, Hart, Nomos 2016 (Third Edition), str. 547, referenca na margini 878. V. takođe Zimmermann, A. and Geiss, R., “Paras. 2 (c)–(f) and 3: War crimes committed in an armed conflict not of an international character”, u: Ambos, K. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, C.H. Beck, Hart, Nomos 2021 (Fourth Edition) (u daljem tekstu: Zimmermann and Geiss, *Article 8*), str. 638, referenca na margini 892.

²⁴⁹ Odgovor tužilaštva na Veseljjevu žalbu, stavovi 56-59, 63.

²⁵⁰ Odgovor tužilaštva na Veseljjevu žalbu, stavovi 58-59.

postupanja i da predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3.²⁵¹ Što se pak tiče relevantnih procesnih garancija, tužilaštvo navodi da Veselji nije uzeo u obzir izvore na koje se sudija za prethodni postupak oslonio, a posebno studiju MKCK-a o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu u kojoj se, na osnovu velikog broja izvora, utvrđuju osnovne proceduralne smernice koje važe za sve vidove lišenja slobode u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima i bez kojih bi lišenje slobode bilo nespojivo sa čovečnim postupanjem.²⁵²

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

94. Panel podseća da je sudija za prethodni postupak konstatovao da je proizvoljno lišenje slobode, odnosno lišenje slobode bez zakonskog osnova *ili* bez pružanja osnovnih garancija, nespojivo sa zahtevom za čovečno postupanje i da predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, odnosno zajedničkog člana 3.²⁵³ U svojoj oceni, sudija za prethodni postupak je utvrdio da postoje dve situacije u kojima lišavanje slobode u kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba može biti proizvoljno i predstavljati kršenje međunarodnog humanitarnog prava: (i) kada se neko lice liši slobode bez valjanog pravnog osnova, ili (ii) kada licu lišenom slobode nisu date osnovne garancije na koje to lice ima pravo prema međunarodnom humanitarnom pravu.²⁵⁴ Što se tiče prve situacije, sudija za prethodni postupak je zaključio da u trenutku izvršenja krivičnih dela iz optužnice u međunarodnom humanitarnom pravu, i to kako u običajnom, tako i u onom čiji su izvor konvencije, nije postojao pravni osnov za lišenje slobode u okviru nemeđunarodnog oružanog

²⁵¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 60-61, 64.

²⁵² Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 62, gde se između ostalog poziva na pobijanu odluku, stav 154, fusnotu 315, kao i na Henckaerts, J.-M. and Doswald-Beck, L., *International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law*, 2005 (u daljem tekstu: *ICRC Customary IHL Study*), Volume I: Rules, str. 349-352. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 63.

²⁵³ Pobijana odluka, stavovi 154-156. V. takođe pobijanu odluku, stav 151; odluka o potvrđivanju optužnice, stav 35.

²⁵⁴ Pobijana odluka, stav 151. Sudija za prethodni postupak je konstatovao da se ista logika primenjuje i u kontekstu međunarodnih oružanih sukoba. V. pobijanu odluku, stav 151, fusnotu 303, gde se između ostalog poziva na ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-A, *Judgement*, 20. februar 2001 (u daljem tekstu: *Delalić et al. Appeal Judgement*), stav 322.

sukoba, i da je utoliko, „sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava, *svaki* vid lišavanja slobode tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba proizvoljan čin“.²⁵⁵ Što se tiče druge situacije, sudija za prethodni postupak je zaključio da, bez obzira na to da li postoji pravni osnov za pritvaranje ili interniranje lica koja su lišena slobode, lišenje slobode postaje proizvoljno ukoliko dođe do kršenja načela čovečnog postupanja i pružanja minimalnih garancija koje su njime obuhvaćene.²⁵⁶ Po mišljenju sudije za prethodni postupak, uskraćivanje pomenutih osnovnih garancija licima lišenim slobode, što podrazumeva i one koji su onesposobljeni za borbu, čini to lišenje slobode proizvoljnim i predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, odnosno zajedničkog člana 3, budući da je nespojivo sa zahtevom za čovečno postupanje.²⁵⁷

95. Panel će se prvo pozabaviti Veseljijevim izjašnjenjima u vezi sa pravnim osnovima za lišenje slobode i zaključkom sudije za prethodni postupak da je sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava svaki vid lišenja slobode tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba proizvoljan čin.²⁵⁸ Pre svega, panel se slaže sa odbranom da činjenica da se u međunarodnom humanitarnom pravu izričito ne odobrava proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu ne znači nužno da je ono zabranjeno.²⁵⁹ Panel smatra da, shodno tome, sa stanovišta

²⁵⁵ Pobjana odluka, stav 152 (naglasak u originalu), gde se poziva na United Kingdom, Supreme Court, *Al-Waheed and Mohammed v. Ministry of Defence*, [2017] UKSC 2, *Judgment*, 17. januar 2017. (u daljem tekstu: *Al Waheed and Mohammed Judgment*), stavovi 12, 234-276.

²⁵⁶ Pobjana odluka, stavovi 150, 153-155. Načelo čovečnog postupanja predviđeno je zajedničkim članom 3 i članovima 4-6 Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949 o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba od 8. juna 1977, a takođe je preuzeto kao norma u međunarodnom običajnom pravu koje je merodavno kako u međunarodnim, tako i u nemeđunarodnim sukobima.

²⁵⁷ Pobjana odluka, stav 155. V. takođe pobjanu odluku, stavove 151, 153.

²⁵⁸ V. Veseljijevu žalbu, stavove 92-96, gde se poziva na pobjanu odluku, stav 152.

²⁵⁹ Veseljijeva žalba, stav 93. V. Goodman, R., "Authorization versus Regulation of Detention in Non-International Armed Conflicts" (2015) 91 *International Law Studies* 155, str. 158; Hill-Cawthorne, L. and Akande, D., "Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?" (7. maj 2014), *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/>, pristupljeno 22. decembra 2021.

međunarodnog humanitarnog prava ipak nije *svaki* vid lišenja slobode proizvoljan.²⁶⁰

Osim toga, kao što je prihvatio i sudija za prethodni postupak,²⁶¹ pored međunarodnog humanitarnog prava može biti i drugih izvora koji mogu da obezbede takav pravni osnov.

96. U svakom slučaju, panel konstatuje da se zaključak sudije za prethodni postupak da proizvoljno lišenje slobode predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, pa tako i zajedničkog člana 3, umesto toga, a što je u ovom slučaju i najvažnije, zasniva na zahtevu za čovečno postupanje.²⁶² Panel podseća na zaključak da pravila izneta u okviru zajedničkog člana 3 odražavaju „elementarne obzire čovečnosti“ u svim oružanim sukobima²⁶³ i mogu se smatrati „kvintesencijom“ humanitarnih načela na kojima se zasnivaju Ženevske konvencije kao celina.²⁶⁴ Po mišljenju MKCK-a, načelo čovečnog postupanja predstavlja „suštinsko jezgro“ i „glavni stožer“ zajedničkog člana 3.²⁶⁵ Budući da zabrane koje su izričito pobrojane u četiri tačke zajedničkog člana 3(1) direktno proizlaze iz tog načela, one predstavljaju samo konkretne primere postupanja kojim se nesumnjivo krši obaveza čovečnog postupanja, koja pak obuhvata dijapazon zabranjenih postupaka širi od onih koji su nabrojani.²⁶⁶ Panel pored toga konstatuje da su međunarodni sudovi i sudovi sa međunarodnom komponentom u svojoj praksi takođe široko tumačili pitanje koje

²⁶⁰ V. pobijanu odluku, stav 152 (naglasak u originalu).

²⁶¹ V. pobijanu odluku, stav 152.

²⁶² V. pobijanu odluku, stavove 151, 153-156.

²⁶³ V. *Nicaragua Military and Paramilitary Activities Case*, stav 218. V. takođe *Tadić Appeal Decision on Jurisdiction*, stav 102; *Delalić et al. Appeal Judgement*, stav 140; ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, *Judgement*, 25. jun 1999. (u daljem tekstu: *Aleksovski Trial Judgement*), stav 50.

²⁶⁴ V. *Delalić et al. Appeal Judgement*, stav 143.

²⁶⁵ ICRC *Commentary, Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 2020. (u daljem tekstu: *2020 ICRC Commentary GCIII*), Common Article 3, stavovi 588-589. V. takođe *Aleksovski Trial Judgement*, stavove 49, 51.

²⁶⁶ *2020 ICRC Commentary GCIII*, Common Article 3, stavovi 584, 588-589; *Aleksovski Trial Judgement*, stavovi 49, 52.

tačno zabranjene radnje mogu predstavljati teško kršenje odredbi zajedničkog člana 3, pored onih koje su izričito pobrojane u tačkama (1)(a) do (d) tog člana.²⁶⁷

97. Panel se stoga slaže da, bez obzira na (inicijalnu) zakonitost lišenja slobode, lišenje slobode postaje proizvoljno i predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3 ukoliko je njime povređeno načelo humanog postupanja.²⁶⁸ S tim u vezi, panel podseća na mišljenje Žalbenog veća MKSJ-a da neka radnja predstavlja teško kršenje zakona i običaja ratovanja u smislu člana 3 Statuta MKSJ ukoliko, između ostalog, predstavlja povredu nekog pravila kojim se štite važne vrednosti i ako je ta povreda dovela do teških posledica po žrtvu.²⁶⁹ Ustaljeno je shvatanje da kršenje zajedničkog člana 3 zadovoljava taj kriterijum.²⁷⁰ Shodno tome, panel smatra da u kontekstu ove odluke nije potrebno da se dalje bavi pitanjem da li je sudija za prethodni postupak pogrešio

²⁶⁷ V. npr. ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, *Judgement*, 29. jul 2004, stav 597 (gde se zaključuje da prisilni rad, u kome su zaštićena lica prisiljena da učestvuju u pripremi i izgradnji vojnih objekata u vezi sa ratnim operacijama protiv vlastitih snaga, predstavlja surovo postupanje kao teško kršenje zajedničkog člana 3); ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, *Judgement*, 16. novembar 1998, stav 1119 (gde se zaključuje da održavanje atmosfere terora samo po sebi, i *a fortiori*, zajedno sa uskraćivanjem odgovarajuće hrane, vode, uslova za spavanje i vršenje nužde, kao i zdravstvene nege, predstavlja surovo postupanje kao teško kršenje zajedničkog člana 3); ICTR, *Prosecutor v. Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, *Judgement and Sentence*, 18. decembar 2008, stav 2254 (gde se zaključuje da je Bagosora kriv za povrede ličnog dostojanstva kao teško kršenje zajedničkog člana 3 prilikom silovanja); SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-03-01-T, *Judgement*, 18. maj 2012. (u daljem tekstu: *Taylor Trial Judgement*), stav 432 (gde se zaključuje da „seksualno ropstvo, uključujući otmice žena i devojaka da bi bile upotrebljene kao „supruge u divljini“, što je seksualno ropstvo u vidu prisilnog braka“ predstavlja povredu ličnog dostojanstva kao teško kršenje zajedničkog člana 3). Takođe je važno istaći da iako se ovi vidovi postupanja izričito ne pominju u zajedničkom članu 3, u statutu MKSR-a i Specijalnog suda za Sijera Leone (u daljem tekstu: SCSL) pobrojani su silovanje, prisiljavanje na prostituciju i bilo koji oblik bludnih radnji kao povrede ličnog dostojanstva prema zajedničkom članu 3 (v. ICTR Statute, član 4(e); SCSL Statute, član 3(e)), kao i da se u Rimskom statutu kao posebni ratni zločini nabrajaju silovanje, seksualno ropstvo, prisiljavanje na prostituciju, nasilna trudnoća, prisilna sterilizacija, „ili bilo koji drugi oblik seksualnog zlostavljanja definisan kao teško kršenje člana 3. zajedničkog za sve četiri Ženevske konvencije“ (v. Rimski statut, član 8(2)(e)(vi) (kurziv dodat)).

²⁶⁸ Pobijana odluka, stavovi 151, 153-156. V. ICRC *Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 99, str. 344; 2020 ICRC *Commentary GCIII*, Common Article 3, stav 765; ICRC *Commentary on APII*, 1987, Article 5, stavovi 4565-4570. V. takođe ICRC *Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 87, str. 306; 2020 ICRC *Commentary GCIII*, Common Article 3, stavovi 588-589; *Aleksovski Trial Judgement*, stav 49.

²⁶⁹ *Tadić Appeal Decision on Jurisdiction*, stav 94.

²⁷⁰ *Tadić Appeal Decision on Jurisdiction*, stavovi 94,134; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 i IT-96-23/1-A, *Judgement*, 12. jun 2002, stav 68; ICTY, *Prosecutor v. Dorđević*, IT-05-87/1-T, *Public Judgement with Confidential Annex*, 23. februar 2011, stav 1529. V. takođe Zimmermann and Geiss, *Article 8*, str. 638, reference na margini 891-892.

kada je izveo zaključak da je sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava svaki vid lišenja slobode tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba proizvoljan čin. Bez obzira na to da li postoji pravni osnov za lišenje slobode, obaveza da se poštuju norme čovečnog postupanja nastavlja da važi. Prema tome, kad je reč o rezonovanju sudije za prethodni postupak u vezi sa postojanjem pravnog osnova za lišenje slobode, nikakva eventualna greška ne bi obesnažila njegov opšti zaključak da proizvoljno lišenje slobode predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, odnosno zajedničkog člana 3.²⁷¹ Shodno tome, nema potrebe da panel razmatra preostale Veseljijeve argumente o tome da li lišenje slobode tokom nemeđunarodnih oružanih sukoba može biti zakonito.²⁷²

98. Pored toga, panel smatra osnovanom tvrdnju tužilaštva²⁷³ da bi razmatranje pitanja da li je postojao pravni osnov za lišenje slobode zapravo predstavljalo materijalno-pravnu argumentaciju povezanu sa opisom ili obeležjima krivičnog dela, što izlazi izvan okvira pitanja nadležnosti u smislu pravila 97(1)(a) Pravilnika. Takva sporna pitanja iznose se i rešavaju na suđenju.²⁷⁴

²⁷¹ To je zapravo i stav koji je zauzela većina u Vrhovnom sudu Ujedinjenog Kraljevstva u predmetu u kome se sudija za prethodni postupak oslonio na suprotno mišljenje lorda Rida: dok je lord Rid zaključio da prema međunarodnom običajnom pravu nije postojalo ovlašćenje za lišenje slobode, većina je zaključila da „nije neophodno da se iznosi definitivni stav“ o tome da li u međunarodnom običajnom pravu postoji zakonito pravo da se pripadnici oružanih snaga suprotne strane lišavaju slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu. Većina je konstatovala da ne postoji međunarodni konsenzus o pitanju na koji je način ograničeno pravo da se neko lice liši slobode u nemeđunarodnim oružanim sukobima i iznela mišljenje da je u datom slučaju ovlašćenje da se lica lišavaju slobode bilo implicitno dato u relevantnim rezolucijama Saveta bezbednosti. V. *Al Waheed and Mohammed Judgment*, stavove 14-16, 275-276.

²⁷² V. Veseljijevu žalbu, stavove 93-96; Veseljijeva replika, stav 44.

²⁷³ V. odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 60.

²⁷⁴ V. odluku po žalbi o dopuštenosti dokaza u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 14; odluka po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 17. V. takođe ICTY, *Prosecutor v. Tolimir*, IT-05-88/2-AR72.1, *Decision on Tolimir's "Interlocutory Appeal Against the Decision of the Trial Chamber on the Part of the Second Preliminary Motion Concerning the Jurisdiction of the Tribunal"*, 25. februar 2009. (u daljem tekstu: *Tolimir Appeal Decision*), stav 10; ICTY, *Prosecutor v. Gotovina et al.*, IT-06-90-AR72.1, *Decision on Ante Gotovina's Interlocutory Appeal Against Decision on Several Motions Challenging Jurisdiction*, 6. jun 2007. (u daljem tekstu: *Gotovina Appeal Decision*), stavovi 15, 18.

99. Što se pak tiče osnovnih garancija na koja imaju pravo lica koja se lišavaju slobode, panel konstatuje da Veselji smatra problematičnim to što se sudija za prethodni postupak oslanja na institucionalne smernice MKCK-a izdate 2005. godine i tvrdi da taj dokument ne predstavlja potvrdu normi ustaljenih u međunarodnom običajnom pravu.²⁷⁵ Panel smatra da su Veseljijevi argumenti netačni iz sledećih razloga. Prvo, Veselji izdvaja taj dokument i usmerava pažnju samo na njega, a pri tome zanemaruje važniju činjenicu da se sudija za prethodni postupak, podsećajući na set minimalnih garancija koje međunarodno humanitarno pravo propisuje za lica lišena slobode u svim okolnostima, zapravo uglavnom oslonio na studiju MKCK-a o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, u kojoj se pak poziva na različite izvore iz međunarodnog humanitarnog prava koji odražavaju norme međunarodnog običajnog prava.²⁷⁶ Drugo, to da smernice MKCK-a same po sebi ne odražavaju norme međunarodnog običajnog prava nije samo nesporno, već je i irelevantno. Te smernice samo daju „pregled različitih pravnih izvora“ – koji odražavaju norme međunarodnog običajnog prava – a u kojima se utvrđuje osnov za takve garancije.²⁷⁷ Imajući to u vidu, Panel se uverio da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da postoji set osnovnih, minimalnih garancija koje proističu iz međunarodnog humanitarnog prava i odražavaju norme međunarodnog običajnog prava i koje se moraju pružiti svim licima lišenim slobode, bez obzira na zakonitost njihovog lišenja slobode i na međunarodnu ili nemeđunarodnu prirodu oružanog sukoba, te da njihovo uskraćivanje predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3.²⁷⁸

²⁷⁵ V. Veseljijevu žalbu, stav 97; Veseljijeva replika, stav 44, gde se poziva na Pejic, J., “Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 376 (u daljem tekstu: *ICRC Guidelines*), citirano u pobijanoj odluci, stav 154, fusnota 311.

²⁷⁶ V. pobijanu odluku, stav 154, fusnotu 315, gde se poziva na *ICRC Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 99, str. 349-350. V. takođe pobijanu odluku, stav 157.

²⁷⁷ V. *ICRC, Internment in armed conflict: Basic rules and challenges, Opinion Paper*, novembar 2014, fusnota 48.

²⁷⁸ Pobijana odluka, stavovi 150-151, 154-155. V. 2020 *ICRC Commentary GCIII*, Common Article 3, stavove 588-589, 756, 765; *ICRC Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 99, str. 349-352 i tamo citirani izvori. V. takođe ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-AR73.9, *Decision on Appeal from Denial of Judgement of Acquittal for Hostage-Taking*, 11. decembar 2012, stav 18 (gde je Žalbeno veće MKSJ-a

100. Osim toga, panel smatra da, iz istih razloga kao što su oni već izneti gore,²⁷⁹ u kontekstu ove odluke nije potrebno da se definišu obeležja proizvoljnog lišenja slobode. Panel smatra da bi utvrđivanje obeležja krivičnog dela proizvoljnog lišenja slobode izišlo iz okvira osporavanja stvarne nadležnosti Specijalizovanih veća u smislu pravila 97(1)(a) Pravilnika. Time bi se zapravo osporavala obeležja jednog određenog krivičnog dela, a to nisu pitanja povezana sa nadležnošću, već pitanja o kojima se rešava na suđenju.²⁸⁰ U svakom slučaju, panel ne misli da izvor na koji se Veselji oslanja potkrepljuje njegovu tvrdnju da „nema opšteprihvaćene definicije“ toga šta tačno potpada pod proizvoljno lišenje slobode.²⁸¹

101. Naposljetku, što se tiče Veseljijevog argumenta da se sudija za prethodni postupak nije bavio izvorom na koji se poziva, a prema kome lišenje slobode bez adekvatnih sudskih garancija predstavlja lakši oblik kršenja zajedničkog člana 3, panel napominje da Veselji pogrešno prikazuje pomenuti izvor, u kome se taj zaključak zapravo ograničava na „kratkotrajno“ lišenje slobode, dok se ujedno potvrđuje da svako postupanje koje za posledicu ima povredu nekog pravila kojim se štite važne vrednosti predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3.²⁸² Prema tome, iako se sudija za prethodni postupak nije bavio ovim argumentom, panel smatra da to nije nešto što bi uticalo na njegov opšti zaključak.

102. Panel primećuje da Veselji, osim pomenutih navoda, ne pokazuje da je sudija za prethodni postupak na bilo koji način pogrešio kada je izveo svoj konačni zaključak da je proizvoljno lišenje slobode nespojivo sa zahtevom za čovečno postupanje i da

potvrdilo da je osnovna svrha zajedničkog člana 3 između ostalog to da se licima lišenim slobode, bili oni borci ili ne, pruže određeni minimalni i neotuđivi vidovi zaštite).

²⁷⁹ V. gore stav 98.

²⁸⁰ V. odluku po žalbi o dopuštenosti dokaza u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 14; odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 17; *Tolimir Appeal Decision*, stav 10; *Gotovina Appeal Decision*, stavove 15, 18.

²⁸¹ Za suprotan stav v. Veseljijevu žalbu, stav 98, gde se poziva na *2020 ICRC Commentary GCIII*, Common Article 3, stav 756.

²⁸² Autori pominju „jedno izricanje kratkotrajne (!) mere zatvora bez adekvatnih sudskih garancija“ kao jedini mogući primer lakšeg oblika kršenja zajedničkog člana 3. V. Zimmermann and Geiss, *Article 8*, str. 638, referenca na margini 892 (kurziv dodat). Za suprotan stav v. Veseljijevu žalbu, stav 99; Veseljijeva replika o međunarodnom običajnom pravu, stav 46.

stoga predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3. Panel Apelacionog suda stoga potvrđuje zaključke sudije za prethodni postupak²⁸³ i odbija Veseljijeve žalbene razloge 11 i 12.

- (c) Da li je proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu postojalo kao ratni zločin u međunarodnom običajnom pravu tokom vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća (Veseljijev žalbeni razlog 13)

- (i) Argumentacija strana u postupku

103. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je 1998. godine proizvoljno lišenje slobode tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba bilo kažnjivo prema međunarodnom običajnom pravu.²⁸⁴ Kako Veselji iznosi, pošto je u malobrojnim domaćim zakonima na koje se sudija za prethodni postupak oslanja zapravo kažnjivo samo nezakonito lišenje slobode u međunarodnim oružanim sukobima, nastojanje sudije za prethodni postupak da pokaže da su države u tom pogledu sprovodile doslednu praksu je manjkavo, budući da nema dokaza da je bilo koja država još 1998. godine takvo postupanje tokom nemeđunarodnog oružanog sukoba oglasila kažnjivim.²⁸⁵ Pre svega, po Veseljijevom mišljenju, sudija za prethodni postupak pogrešno tumači član 142 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. Naime, s obzirom na uslov „dvojnog izvora kažnjivosti“ – prema kome krivične zabrane iz međunarodnog običajnog prava mogu biti obavezujuće samo ukoliko ekvivalentne odredbe postoje i u domaćim zakonima – po tom članu je zapravo kažnjivo samo nezakonito lišenje slobode u kontekstu međunarodnog oružanog sukoba, ali ne i kao teško kršenje zajedničkog člana 3.²⁸⁶ To je, prema Veseljijevim rečima, potvrdio i

²⁸³ Pobijana odluka, stavovi 155-156. V. takođe *ICRC Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 87, str. 306 i Rule 99, str. 344.

²⁸⁴ Veseljijeva žalba, stavovi 100-108. V. takođe Veseljijevu repliku, stav 45.

²⁸⁵ Veseljijeva žalba, stav 101; Veseljijeva replika, stav 45.

²⁸⁶ Veseljijeva žalba, stav 103. V. takođe F00010/A04, *Annex 4 to Veseli Defence Appeal Against Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers* /prilog 4 uz žalbu Veseljijeve odbrane na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 27. avgust 2021.

Vrhovni sud Kosova.²⁸⁷ On tvrdi da isti zaključak važi za zakone nekih od država nastalih na tlu bivše Jugoslavije, kao i za zakone iz drugih nacionalnih pravnih sistema izvan SFRJ, u čijim se relevantnim odredbama koriste ili iste formulacije kao u krivičnim zakonima država nastalih na tlu bivše Jugoslavije, ili su te formulacije doslovno preuzete iz člana 147 Ženevske konvencije o zaštiti građanskih lica za vreme rata, koji je merodavan samo za međunarodne oružane sukobe.²⁸⁸

104. Pored toga, Veselji navodi da je sudija za prethodni postupak jednako pogrešio kada se oslonio na svega nekoliko rezolucija nekih tela UN-a da bi potkrepio zaključak o postojanju krivične zabrane u okviru međunarodnog običajnog prava, budući da je u tim rezolucijama proizvoljno lišenje slobode priznato samo kao kršenje ljudskih prava, ili se u njima ne pominje individualna krivična odgovornost koja bi proisticala iz takvog kršenja u kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba.²⁸⁹ Veselji na kraju iznosi da je sudija za prethodni postupak propustio da uoči koliko je značajno to što proizvoljno lišenje slobode nije inkriminisano članom 8(2)(c) i (e) Rimskog statuta.²⁹⁰

105. Tužilaštvo u odgovoru iznosi da proizvoljno lišenje slobode predstavlja teško kršenje pravila o čovečnom postupanju iz zajedničkog člana 3, povlači individualnu krivičnu odgovornost i potpada pod nadležnost Specijalizovanih veća prema članu 14(1)(c) Zakona.²⁹¹ Po mišljenju tužilaštva, Veseljijeve tvrdnje u vezi sa praksom država i *opinio juris* su pogrešne i ne osporavaju običajno-pravni status proizvoljnog lišenja slobode.²⁹² Konkretno, tužilaštvo tvrdi da proizvoljno lišenje slobode potpada pod inkriminisane radnje izvršene tokom nemeđunarodnih oružanih sukoba prema

²⁸⁷ Veseljijeva žalba, stavovi 103-104, gde se između ostalog poziva na presudu Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004; presudu Vrhovnog suda Kosova od 5. avgusta 2004; Kosovo, Okružni sud u Peći/Peja, *Krasniqi*, P.br. 67/09, 29. april 2009. V. takođe Veseljijev prigovor nenadležnosti, stav 51; Veseljijevu repliku o međunarodnom običajnom pravu, stav 55.

²⁸⁸ Veseljijeva žalba, stavovi 105-106, gde se poziva na pobijanu odluku, stavove 160, 161, fusnotu 330.

²⁸⁹ Veseljijeva žalba, stavovi 102, 107-108.

²⁹⁰ Veseljijeva žalba, stav 109.

²⁹¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 66.

²⁹² Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 66. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 65.

članu 142 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. i prema drugim zakonima u kojima se koriste slične formulacije.²⁹³ Pored toga, tužilaštvo iznosi da rezolucije UN-a predstavljaju dokaz da je, u kontekstu nemeđunarodnih oružanih sukoba, zabrana proizvoljnog lišenja slobode priznata u međunarodnom običajnom pravu, i to kao teško kršenje načela čovečnog postupanja.²⁹⁴ Prema argumentaciji tužilaštva, pošto takvo teško kršenje potpada pod radnje zabranjene zajedničkim članom 3, ono povlači i individualnu krivičnu odgovornost.²⁹⁵

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

106. Panel će najpre razmotriti argument da u različitim državama nije postojala odgovarajuća praksa koja bi potkrepljivala tezu da je proizvoljno lišenje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu bilo inkriminisano 1998. godine. Iako panel primećuje da je, nasuprot Veseljijevoj tvrdnji,²⁹⁶ do 1998. godine proizvoljno lišenje slobode u više država bilo inkriminisano kao zaseban ratni zločin i u nemeđunarodnim oružanim sukobima,²⁹⁷ panel se ipak slaže da je u to vreme relevantna praksa u različitim državama bila prilično ograničena.²⁹⁸ Međutim, imajući u vidu i druge faktore koji se pominju u nastavku,²⁹⁹ panel smatra da to samo po sebi ne bi bilo dovoljno da ospori običajno-pravni status ovog krivičnog dela i u kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba, niti da pokaže da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je takvo postupanje bilo inkriminisano.³⁰⁰ Panel se takođe

²⁹³ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 67.

²⁹⁴ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 68.

²⁹⁵ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 68.

²⁹⁶ Veseljijeva žalba, stav 101.

²⁹⁷ V. *ICRC Customary IHL Study* (Vol. II (Practice)), Rule 99, stavove 2554 (Argentina, od 1998), 2562 (Belgija), 2563 (Bosna i Hercegovina, od 1998), 2565 (Bugarska, od 1998), 2572 (Demokratska Republika Kongo), 2576 (Hrvatska), 2579 (Etiopija), 2598 (Nikaragva), 2605 (Paragvaj), 2606 (Poljska), 2607 (Portugalija), 2608 (Rumunija), 2611 (Slovenija), 2613 (Španija), 2615 (Švedska), 2616 (Tadžikistan, od 1998), 2623 (Jemen, od 1998), 2624 (Jugoslavija). V. takođe *ICRC Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 99, str. 347; pobijana odluka, fusnote 323-330; odluka o potvrđivanju optužnice, fusnota 42.

²⁹⁸ V. *ICRC Customary IHL Study*, (Vol. II (Practice)), Rule 99, str. 2331-2337.

²⁹⁹ V. dole stav 108.

³⁰⁰ Pobijana odluka, stav 166. Mada relevantna praksa mora biti opšta, što znači da mora da bude dovoljno raširena i reprezentativna, njena primena ne mora da bude univerzalna. V. UN General Assembly, *Report of the International Law Commission, Seventieth Session, Draft conclusions on*

slaže sa sudijom za prethodni postupak da kasnija praksa iz različitih država, iz perioda posle 1998, može biti relevantna kako bi se pokazalo da je u tom pogledu postojao kontinuirani razvoj, a ne da se primenjivala suprotna praksa.³⁰¹ Prema tome, to što je u nekim od nacionalnih zakonodavstava na koje upućuje sudija za prethodni postupak takvo postupanje u nemeđunarodnom oružanom sukobu inkriminisano tek u godinama neposredno nakon vremenskog perioda na koji se odnosi optužnica ipak jeste u određenoj meri relevantno, kao dokaz da su države u tom pogledu sprovodile doslednu praksu.³⁰²

107. Zatim, što se tiče Veseljijevih argumenata u vezi sa članom 142 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. i uslovom „dvojnog izvora kažnjivosti“, panel podseća da su, iz razloga navedenih na drugim mestima u ovoj odluci, ti argumenti irelevantni kad je reč o pitanju da li su pravila međunarodnog običajnog prava merodavna u pravnom okviru Specijalizovanih veća.³⁰³ U svakom slučaju, po mišljenju panela, sam tekst člana 142 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. i ekvivalentnih odredbi iz krivičnih zakona drugih država nastalih na tlu bivše Jugoslavije jasno pokazuje da je protivpravno hapšenje u dato vreme bilo izričito sankcionisano kao ratni zločin, nezavisno od toga da li je izvršeno u nemeđunarodnom ili međunarodnom oružanom sukobu.³⁰⁴

108. I na kraju, panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada se, između ostalog, oslonio na više rezolucija UN-a da bi time potkrepio svoj opšti zaključak o statusu zabrane proizvoljnog lišenja slobode u međunarodnom običajnom

identification of customary international law, with commentaries, 2018, A/73/10 (u daljem tekstu: *ILC Draft Conclusions*), Conclusion 8(1), Commentary (3).

³⁰¹ V. pobijanu odluku, stav 158.

³⁰² V. *ICRC Customary IHL Study* (Vol. II (Practice)), Rule 99, stavove 2555 (Jermenija, 2003), 2563 (Republika Srpska, 2000), 2566 (Burundi, 2001), 2580 (Gruzija, 1999), 2593 (Moldavija, 2002), 2600 (Niger, 2003), na koje se poziva u odluci o potvrđivanju optužnice, fusnota 42, i u pobijanoj odluci, fusnote 327, 329, 331-332.

³⁰³ V. gore stavove 22-29, 37.

³⁰⁴ V. Krivični zakon SFRJ iz 1976, član 142; Krivični zakon Slovenije (1994), član 374(1); Krivični zakon Republike Severne Makedonije (1996), član 404(1); Krivični zakon Hrvatske (1997), član 158(1); Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (1998), član 154(1). V. takođe pobijanu odluku, stav 160.

pravu.³⁰⁵ Mada panel konstatuje da se u tim rezolucijama izričito ne pominje inkriminisanje proizvoljnog lišenja slobode kao zasebnog ratnog zločina u nemeđunarodnim oružanim sukobima, panel ipak smatra da one predstavljaju potvrdu da je još i pre 1998. godine proizvoljno ili nezakonito lišenje slobode bilo opšteosuđivano i priznato kao teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, uključujući u nemeđunarodnim oružanim sukobima,³⁰⁶ i da je moglo imati za posledicu krivičnu odgovornost.³⁰⁷

109. Panel smatra da su te rezolucije dodatan dokaz, kao sastavni deo *opinio juris*, za to da je u vreme kada su izvršena krivična dela iz optužnice proizvoljno lišenje

³⁰⁵ V. pobijanu odluku, stav 162.

³⁰⁶ V. UN Commission on Human Rights, *Situation of Human Rights in the Sudan*, E/CN.4/RES/1996/73, 23. april 1996, stav 15 (gde se „sve strane u sukobu pozivaju da u potpunosti poštuju važeće odredbe međunarodnog humanitarnog prava, odnosno člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949. i njihove Dopunske protokole iz 1977 [...] i da zaštite sve civile [...] od kršenja ljudskih prava i humanitarnog prava, uključujući [...] proizvoljno lišenje slobode” u Sudanu), na koji se poziva u pobijanoj odluci, fusnote 336-337.

³⁰⁷ V. UN Security Council, *Resolution 1019* (1995), S/RES/1019, 9. novembar 1995. (gde se izražava ozbiljna zabrinutost u vezi sa „teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava” u Bosni i Hercegovini, „što uključuje izveštaje o [...] nezakonitom lišenju slobode” i traži da se „istraže svi izveštaji o takvim kršenjima, kako bi lica odgovorna za takva dela bila izvedena pred lice pravde i kažnjena”), na koju se poziva u pobijanoj odluci, fusnota 334; UN Security Council, *Resolution 1034* (1995), S/RES/1034, 21. decembar 1995. (gde se „najoštrije” osuđuju „kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava” u nekim delovima Bosne i Hercegovine, „iz kojih je vidno postojanje doslednog obrasca [...] proizvoljnog lišenja slobode”, i „ponavlja da će se svi oni koji krše međunarodno humanitarno pravo smatrati lično odgovornim za takva dela”), na koju se poziva u pobijanoj odluci, fusnota 334; UN General Assembly, *Resolution 50/193* (1996) A/RES/50/193, 11. mart 1996. (gde se podseća da je Savet bezbednosti „osnovao međunarodni sud za krivično gonjenje lica odgovornih za [teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava]”, izražava ozbiljna zabrinutost u vezi sa izveštajima o „teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava [...] što uključuje izveštaje o [...] nezakonitom lišenju slobode” u nekim delovima Bosne i Hercegovine, „osuđuju sva kršenja ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava koja vrše strane u sukobu”, i pominje da politički i vojni rukovodioci „snose najveću odgovornost za većinu tih kršenja i da će se lica koja vrše takva dela smatrati lično i krivično odgovornim”), na koju se poziva u pobijanoj odluci, fusnota 335; UN Commission on Human Rights, *Situation of human rights in the Republic of Bosnia and Herzegovina, the State of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*, E/CN.4/RES/1996/71, 23. april 1996. (gde se izražava ozbiljna zabrinutost zbog izveštaja o „teškim i masovnim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava [...] što uključuje izveštaje o [...] nezakonitom lišenju slobode”, „najoštrije” osuđuju „sva kršenja ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava [...] a posebno masovna i sistematska kršenja, uključujući [...] lišenje slobode” i još jednom potvrđuje „da će se sva lica koja planiraju, vrše ili odobravaju takva dela smatrati lično i krivično odgovornim”), na koji se poziva u pobijanoj odluci, fusnota 335.

slobode bilo smatrano teškim kršenjem načela čovečnog postupanja. Budući da je zahtev za čovečno postupanje predviđen zajedničkim članom 3, a da je proizvoljno lišenje slobode nespojivo sa tim načelom,³⁰⁸ iz toga sledi da proizvoljno lišenje slobode povlači krivičnu odgovornost.³⁰⁹ Panel stoga smatra da Veselji nije pokazao da je sudija za prethodni postupak na bilo koji način pogrešio kada je zaključio da je u međunarodnom običajnom pravu proizvoljno lišenje slobode inkriminisano u kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba.³¹⁰

110. Na kraju, panel primećuje da premda Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak „propustio da uoči koliko je značajna“ činjenica da proizvoljno lišenje slobode nije navedeno u članu 8(2)(c) i (e) Rimskog statuta,³¹¹ on taj argument prvi put iznosi u žalbi. Prema tome, ta tvrdnja se može odbaciti bez daljeg razmatranja.³¹²

111. Imajući gorenavedeno u vidu, apelacioni panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da je periodu relevantnom za optužnicu u međunarodnom običajnom pravu postojalo pravilo koje inkriminiše proizvoljno lišenje slobode kao ratni zločin u nemeđunarodnom oružanom sukobu. Stoga se Veseljijev žalbeni razlog 13 odbija.

2. Prisilni nestanak

- (a) Da li je prisilni nestanak kao zločin protiv čovečnosti postojao u međunarodnom običajnom pravu tokom vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća (Veseljijev žalbeni razlog 14)

- (i) Argumentacija strana u postupku

112. Veselji tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da je prisilni nestanak kao zločin protiv čovečnosti bio deo međunarodnog

³⁰⁸ V. gore stavove 96-97, 99, 102.

³⁰⁹ V. *ICRC Customary IHL Study* (Vol. I (Rules)), Rule 87, str. 306 i Rule 99, str. 344.

³¹⁰ V. pobijanu odluku, stav 166.

³¹¹ V. Veseljijevu žalbu, stav 109.

³¹² V. npr. odluku po žalbi na odluku o preliminarnim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 15.

običajnog prava 1998. godine, i naglašava da se to mora razlikovati od statusa prisilnog nestanka u međunarodnom pravu o ljudskim pravima.³¹³ Kako Veselji navodi, sudija za prethodni postupak: (i) ukazuje na samo dva instrumenta međunarodnog prava u kojima se prisilni nestanak definiše kao zločin protiv čovečnosti, a to su Deklaracija UN o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka iz 1992. i Međuamerička konvencija o prisilnim nestancima lica iz 1994;³¹⁴ (ii) ne upućuje na nacionalna zakonodavstva u kojima se prisilni nestanak pre 1998. godine inkriminiše kao zločin protiv čovečnosti, sa izuzetkom francuskog zakonodavstva;³¹⁵ (iii) upućuje samo na neobavezujuće dokumente;³¹⁶ (iv) nije razmotrio konstataciju Komisije za međunarodno pravo iznetu u Nacrtu kodeksa zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva (u daljem tekstu: Nacrt kodeksa Komisije za međunarodno pravo iz 1996) da je u pitanju „relativno skorašnji fenomen“;³¹⁷ (v) nije se bavio Veseljijevim tvrdnjama o tome zašto je odlučeno da se u statute međunarodnih sudova, kao što su MKSJ, Međunarodni krivični sud za Ruandu (u daljem tekstu: MKSR), Vanredna veća pri sudovima Kambodže (u daljem tekstu: Vanredna veća Kambodže ili ECCC) i Specijalni sud za Sijera Leone, ne uključi prisilni nestanak kao krivično delo prema međunarodnom običajnom pravu;³¹⁸ i (vi) nije objasnio zašto se Radna grupa Ujedinjenih nacija za prisilne ili nedobrovoljne nestanke tek 2012. izjasnila o statusu prisilnog nestanka kao krivičnog dela u okviru međunarodnog običajnog prava.³¹⁹

113. Tužilaštvo odgovara da tvrdnje odbrane treba odbaciti budući da potiču iz neimenovanih izvora, selektivne su i predstavljaju puko ponavljanje argumenata koje je sudija za prethodni postupak već ocenio kao neubedljive.³²⁰ Što se tiče Veseljijeve

³¹³ Veseljijeva žalba, stavovi 110-115.

³¹⁴ Veseljijeva žalba, stav 110.

³¹⁵ Veseljijeva žalba, stav 111; Veseljijeva replika, stav 46. V. takođe F00026/A02, prilog 2 uz repliku Veseljijeve odbrane na odgovor tužilaštva (KSC-BC-2020-06/IA009/F00020), 18. oktobar 2021. (u daljem tekstu: prilog 2 uz Veseljijevu repliku).

³¹⁶ Veseljijeva replika, stav 47.

³¹⁷ Veseljijeva žalba, stav 112.

³¹⁸ Veseljijeva žalba, stav 113.

³¹⁹ Veseljijeva žalba, stav 114.

³²⁰ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 69.

tvrdnje da je pre 1998. godine prisilni nestanak definisan kao zločin protiv čovečnosti samo u dva instrumenta međunarodnog prava, tužilaštvo iznosi da je sudija za prethodni postupak već zaključio da odbrana „argumentuje selektivno“ i da stoga nije uzela u obzir višedecenijsku praksu država i *opinio juris*, kao ni presudni značaj te prakse za potvrdu „da je u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice postojala odgovarajuća norma običajnog prava.“³²¹

114. Pored toga, tužilaštvo tvrdi da odbrana u argumentima koji se odnose na Nacrt kodeksa Komisije za međunarodno pravo iz 1996. (u daljem tekstu: Nacrt kodeksa iz 1996) ignoriše mišljenje sudije za prethodni postupak o tom pitanju, kao i činjenicu da je Komisija za međunarodno pravo 1991. konstatovala da praksa sistematskih nestanaka „zaslužuje da bude izričito pomenuta“ u Nacrtu kodeksa iz 1996.³²² Na kraju, tužilaštvo takođe iznosi da je, suprotno Veseljijevoj tvrdnji, Radna grupa Ujedinjenih nacija za prisilne ili nedobrovoljne nestanke u svom Opštem komentaru iz 2009. potvrdila da je prisilni nestanak kao zločin protiv čovečnosti zapravo „i ranije imao taj status“.³²³

115. Veselji u replici navodi da je Komisija za međunarodno pravo u članu 13 Nacrta kodeksa iz 1996. jasno dala do znanja da nemaju sva krivična dela koja se u njemu pominju odgovarajući običajno-pravni status.³²⁴ On takođe tvrdi da se u Opštem komentaru iz 2009. nigde ne potvrđuje raniji status prisilnog nestanka u međunarodnom običajnom pravu.³²⁵

³²¹ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 71, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 168.

³²² Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 72.

³²³ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 73. Kako tužilaštvo ukazuje, iako Veselji pominje saopštenje Radne grupe Ujedinjenih nacija iz 2012, on se u stvari poziva na *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances* /Izveštaj Radne grupe za prisilne ili nedobrovoljne nestanke/, A/HRC/13/31, 21. decembar 2009, stav 39: General Comments on Enforced Disappearances as a Crime Against Humanity /Opšti komentari o prisilnim nestancima kao zločinu protiv čovečnosti/ (u daljem tekstu: Opšti komentar iz 2009). V. odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 73.

³²⁴ Veseljijeva replika, stav 48.

³²⁵ Veseljijeva replika, stav 49.

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

116. Panel najpre konstatuje da je sudija za prethodni postupak prilikom razmatranja običajno-pravnog statusa prisilnog nestanka ispravno postupio kada se usredsredio na inkriminisanje prisilnog nestanka kao zločina protiv čovečnosti, čime je istakao da je takvo postupanje priznato kao kršenje ljudskih prava.³²⁶

117. Panel konstatuje da Veselji sada u svojoj žalbi gotovo doslovno ponavlja argumente koje je već ranije izneo sudiji za prethodni postupak.³²⁷ Panel smatra da se Veselji prosto ne slaže sa sudijom za prethodni postupak i da ne ukazuje ni na jednu očiglednu grešku koju je sudija za prethodni postupak napravio prilikom razmatranja njegovih argumenata. Ti argumenti se stoga mogu odbaciti bez daljeg razmatranja.³²⁸

118. U svakom slučaju, panel smatra da je Veseljijev pristup selektivan, pa prema tome i netačan, pošto on izdvaja Deklaraciju UN o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka iz 1992. i Međuameričku konvenciju o prisilnim nestancima lica iz 1994, a zanemaruje niz drugih izvora na koje se oslanja sudija za prethodni postupak, uključujući regionalne pravne instrumente i državnu praksu koji potkrepljuju isto gledište, naime da je prisilni nestanak bio inkriminisan kao krivično delo pre 1998. godine.³²⁹

119. Panel smatra da je pitanje da li su pomenuta dva pravna instrumenta obavezujuća relevantno samo u ograničenoj meri kad je reč o utvrđivanju norme u okviru međunarodnog običajnog prava. Panel s tim u vezi podseća da međunarodno običajno pravo može biti izraženo kako u vidu obavezujućih, tako i u vidu

³²⁶ V. pobijanu odluku, stavove 168-174.

³²⁷ Uporedi Veseljijev prigovor nenadležnosti, stavove 152-153, 155; Veseljijevu repliku o međunarodnom običajnom pravu, stav 56, sa Veseljijevom žalbom, stavovima 110, 112-114. V. pobijanu odluku, stavove 168-169.

³²⁸ V. npr. F00005/RED, *Public Redacted Version of Decision on Hashim Taçi's Appeal Against Decision on Interim Release* /Javna redigovana verzija odluke o žalbi Hašima Tačija na odluku o privremenom puštanju na slobodu/, 30. april 2021. (poverljiva verzija izdata je 30. aprila 2021), stav 60.

³²⁹ V. pobijanu odluku, stavove 168-170, 172 i tamo citirane izvore.

neobavezujućih pravnih instrumenata. Instrumenti koji su prihvaćeni kao dokaz o postojanju određene običajno-pravne norme između ostalog obuhvataju rezolucije Generalne skupštine UN, regionalne konvencije i druge neobavezujuće instrumente, kao što su diplomatske konferencije, saopštenja za štampu ili mišljenja zvaničnih pravnih savetnika.³³⁰ Panel stoga odbija Veseljijeva izjašnjenja s tim u vezi.

120. Što se pak tiče nacionalnih zakonodavstava na koje se oslanja sudija za prethodni postupak, panel konstatuje da je Veselji u pravu kada tvrdi da se u njima pre 1998. godine prisilni nestanak uglavnom sankcionisao kao krivično delo prema domaćim zakonima, a ne kao zločin protiv čovečnosti.³³¹ Međutim, Panel primećuje da sudija za prethodni postupak nije ni tvrdio ništa drugačije.³³² Osim toga, panel smatra da to ipak ukazuje na postojanje dosledne prakse država i nameru da se takvo postupanje inkriminiše znatno pre 1998, a ne da se samo prizna kao puko kršenje ljudskih prava. Panel se takođe slaže sa sudijom za prethodni postupak da uključivanje prisilnog nestanka kao zločina protiv čovečnosti u Rimski statut, koji je usvojen 1998, kao i potonja kriminalizacija tog dela u većini nacionalnih zakonodavstava, pokazuju da je njegovo mandatorno inkriminisanje sve prihvaćeniije i da se može navesti u prilog tvrdnji da prisilni nestanak ima status krivičnog dela u okviru međunarodnog običajnog prava.³³³

121. Kad je reč o Nacrtu kodeksa iz 1996, panel smatra da činjenica da Komisija za međunarodno pravo nije uvrstila prisilni nestanak u verziju Nacrta kodeksa iz 1991, odnosno da je 1996. zaključila da je u pitanju „relativno skorašnji fenomen“, nije relevantna, s obzirom da su prisilni nestanci u svakom slučaju uneti u verziju tog

³³⁰ UN General Assembly, *Resolution 73/203* (2018), A/RES/73/203, 11. januar 2019, Annex, Conclusions 6(2), 10(2), 11-12. V. takođe Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law* (Eighth Edition), Oxford University Press 2013 (u daljem tekstu: Crawford, *Brownlie's Principles*), str. 24.

³³¹ V. prilog 2 uz Veseljijevu repliku. Od zakona sa spiska koji navodi sudija za prethodni postupak, samo je u francuskom krivičnom zakonu i krivičnom zakonu Salvadora iz 1997. prisilni nestanak inkriminisan kao zločin protiv čovečnosti pre 1998. godine. Međutim, ovaj drugi zakon je stupio na snagu tek 1998. godine. V. pobijanu odluku, fusnotu 342.

³³² V. pobijanu odluku, stav 169.

³³³ V. pobijanu odluku, stav 171.

dokumenta iz 1996. i kodifikovani kao zločin protiv čovečnosti.³³⁴ Panel deli mišljenje sudije za prethodni postupak da je to konzistentno sa činjenicom da je do 1998. formulisana i običajno-pravna norma koja se odnosi na to krivično delo.³³⁵

122. Panel smatra da je Veseljijska tvrdnja da „nije verovatno“ da je prisilni nestanak „u potpunosti stekao običajno-pravni status za manje od dve godine“ sasvim nepotkrepljena.³³⁶ Kako Panel primećuje, iako se može smatrati da je neka norma stekla običajno-pravni status ukoliko se posle određenog vremena može dokazati da je njena primena postala opšteprihvaćena u praksi i da se dosledno primenjuje, prema međunarodnom pravu ne postoji uslov minimalnog vremena tokom koga se takva norma mora primenjivati.³³⁷ Panel stoga smatra neubedljivom tvrdnju da je bilo neophodno da prođe određeni „minimalni“ period od uključivanja prisilnog nestanka kao zločina protiv čovečnosti u Nacrt kodeksa iz 1996. pre nego što bi to krivično delo moglo „u potpunosti“ da stekne običajno-pravni status. Zapravo, moglo bi se reći da je unošenje prisilnog nestanka u Nacrt kodeksa iz 1996. predstavljalo trenutak u kome se prethodno nastala običajno-pravna norma u potpunosti kodifikovala.

123. Osim toga, i suprotno Veseljijskoj tvrdnji,³³⁸ panel ne smatra da prema članu 13 Nacrta kodeksa iz 1996. krivična dela koja su u njemu pobrojana nemaju običajno-pravni status.³³⁹ U toj odredbi se samo ponavlja ustaljeni princip zabrane retroaktivne primene kodeksa na dela izvršena pre njegovog stupanja na snagu, ali se zapravo konkretno kaže da to ne isključuje mogućnost krivičnog gonjenja za ranije izvršena

³³⁴ ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Volume II, Part Two, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-eighth Session, A/51/10 (u daljem tekstu: *ILC 1996 Report*), str. 47, 50. Za suprotan stav v. Veseljijsku žalbu, stav 112.

³³⁵ V. pobijanu odluku, stav 169.

³³⁶ V. Veseljijsku žalbu, stav 112.

³³⁷ V. npr. Crawford, *Brownlie's Principles*, str. 24. To je potvrdio Međunarodni sud pravde, koji je u *North Sea Continental Shelf Cases* /predmetima vezanim za kontinentalni prag Severnog mora/ izneo stav da kratak vremenski period ne mora da predstavlja prepreku za formiranje nove norme međunarodnog običajnog prava ukoliko ujedno s tim u vezi postoji rasprostranjena i praktično jednoobrazna državna praksa. V. *North Sea Continental Shelf Cases*, stav 74.

³³⁸ Veseljijska replika, stav 48.

³³⁹ V. *ILC 1996 Report*, str. 38-39, stavove 4-5.

dela po različitim pravnim osnovima, kao na primer na osnovu međunarodnog običajnog prava.³⁴⁰ Panel smatra da to ne dovodi u pitanje običajno-pravni status koji je krivično delo prisilnog nestanka steklo u najmanju ruku od tog trenutka, kao i da to nije relevantno za krivična dela iz optužnice, koja su, kako se tamo navodi, izvršena kasnije.

124. Pored toga, po mišljenju panela, činjenica da prisilni nestanak nije izričito inkriminisan kao zasebno krivično delo u statutima MKSJ-a, MKSR-a, Vanrednih veća Kambodže i Specijalnog suda za Sijera Leone ne bi trebalo da se smatra dokazom da to krivično delo nema običajno-pravni status.³⁴¹ Panel smatra da je Veseljijevo poređenje pogrešno, budući da ti međunarodni sudovi i sudovi sa međunarodnom komponentom imaju različitu vremensku nadležnost, koja u većini slučajeva obuhvata i period pre 1998. godine.³⁴² Osim toga, budući da su pomenuti statuti prilagođeni krivičnim delima za koja se optuženi pred tim sudovima terete i koja su izvršena tokom odgovarajućih sukoba, to što je neko konkretno krivično delo iz njih izostavljeno ne mora biti dokaz da ono ne potpada pod međunarodno običajno pravo.³⁴³ U svakom slučaju, panel podseća da je u sudskoj praksi pomenutih sudova potvrđeno da prisilni nestanci ipak mogu da predstavljaju zločine protiv čovečnosti u okviru kategorije „druga nehumana dela”.³⁴⁴

³⁴⁰ Član 13 Nacrta kodeksa iz 1996. propisuje sledeće: „1. Niko ne može biti osuđen na osnovu ovog kodeksa za dela izvršena pre njegovog stupanja na snagu; 2. Odredbe ovog člana ne utiču na suđenje nekom licu zbog dela koje je u vreme izvršenja predstavljalo krivično delo prema međunarodnom ili domaćem pravu.”

³⁴¹ V. Veseljijevu žalbu, stav 113.

³⁴² *ICTY Statute*, član 8 (od 1. januara 1991); *ICTR Statute*, član 1 (od 1. januara do 31. decembra 1994); *SCSL Statute*, član 1 (od 30. novembra 1996); *ECCC, Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers*, novi član 2 (od 17. aprila 1975. do 6. januara 1979).

³⁴³ Na primer, statut Specijalnog suda za Sijera Leone ne uključuje krivično delo genocida, s obzirom da nije bilo dokaza da je tokom sukoba u Sijera Leoneu izvršen genocid.

³⁴⁴ *ICTY, Prosecutor v. Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, *Judgement*, 2. novembar 2001, stav 208; *Kupreškić et al. Trial Judgement*, stav 566; *SCSL, Prosecutor v. Brima et al.*, SCSL-2004-16-A, *Judgement*, 22. februar 2008. (u daljem tekstu: *Brima et al. Appeal Judgement*), stavovi 184-185; *ECCC, Case against Nuon and Khieu*, 002/19-09-2007-ECCC/SC, *Appeal Judgement*, 23. novembar 2016. (u daljem tekstu: *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*), stav 589; *ECCC, Case against Nuon and Khieu*, 002/19-09-2007/ECCC/TC, *Case 002/01 Judgement*, 7. avgust 2014, stavovi 441-448.

125. Naposljetku, panel ne misli da je očigledno da je Radna grupa Ujedinjenih nacija za prisilne ili nedobrovoljne nestanke 2009. godine „prvi put“ ovom krivičnom delu „pripisala“ običajno-pravni status.³⁴⁵ Panel konstatuje da je Radna grupa Ujedinjenih nacija za prisilne ili nedobrovoljne nestanke u svom Opštem komentaru iz 2009. zapravo razmatrala običajno-pravnu definiciju kontekstualnih obeležja zločina protiv čovečnosti zbog toga što su ta obeležja povezana sa prisilnim nestankom, o kome se govori u Deklaraciji za zaštitu svih lica od prisilnih nestanaka iz 1992, ali da je prihvatila status prisilnog nestanka kao zločina protiv čovečnosti iz te deklaracije.³⁴⁶ Panel smatra da to u najmanju ruku potvrđuje da je prisilni nestanak počev od 1992. godine svakako bio prihvaćen kao zločin protiv čovečnosti.³⁴⁷

126. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da Veselji nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je prisilni nestanak kao zločin protiv čovečnosti imao običajno-pravni status u vreme izvršenja krivičnih dela za koja se tereti u optužnici. Stoga se Veseljijev žalbeni razlog 14 odbija.

E. GREŠKE U VEZI SA PITANJEM UDRUŽENOG ZLOČINAČKOG PODUHVATA

1. Da li se navodi o UZP-u mogu izvesti iz člana 16(1)(a) Zakona (deo Tačijevih žalbenih razloga B-B.1; deo Veseljijevog žalbenog razloga 8; Seljimijev žalbeni razlog B; Krasnićijev žalbeni razlog 3)

127. Panel Apelacionog suda smatra da se delovi žalbenih razloga B i B1 koje iznosi Tači, deo žalbenog razloga 8 koji iznosi Veselji, žalbeni razlog B koji iznosi Seljimi i žalbeni razlog 3 koji iznosi Krasnići u značajnoj meri preklapaju, s obzirom da se u svima njima tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se

³⁴⁵ Veseljijeva žalba, stav 114. V. takođe Veseljijev prigovor nenadležnosti, stav 162.

³⁴⁶ V. Opšti komentar iz 2009, preambulu, stavove 5-9.

³⁴⁷ U svom Opštem komentaru iz 2009, Radna grupa Ujedinjenih nacija za prisilne ili nedobrovoljne nestanke takođe se poziva na rezoluciju Generalne skupštine Organizacije američkih država iz 1983. godine u kojoj je prisilni nestanak opisan kao zločin protiv čovečnosti, i po svemu sudeći prihvata tu kategorizaciju. V. Opšti komentar iz 2009, stav 1.

navodi o UZP-u mogu izvesti iz člana 16(1)(a) Zakona. Stoga će svi ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(a) Argumentacija strana u postupku

128. Sva četvorica optuženih tvrde da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se navodi o UZP-u mogu izvesti iz formulacije „lice koje je [...] izvršilo“ iz člana 16(1)(a) Zakona. Oni, naprotiv, tvrde da nema zakonskog osnova za primenu UZP-a kao vida odgovornosti.³⁴⁸ Optuženi takođe navode da je član 16(1)(a) Zakona formulisan „iscrpno“ i da se to što se u tekstu te odredbe UZP ne pominje mora smatrati dokazom svesne namere autora Zakona da se taj vid odgovornosti izostavi.³⁴⁹ Seljimi tvrdi da greške u rasuđivanju sudije za prethodni postupak postaju očigledne kada se njegov zaključak da se UZP kao vid odgovornosti može izvesti iz člana 16(1)(a) Zakona uporedi sa nedvosmislenim i detaljnim opisom odgovornosti nadređenog iz člana 16(1)(c) Zakona.³⁵⁰

129. Optuženi dalje iznose da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada se oslonio na slične formulacije iz odredbi Statuta MKSJ-a, odnosno MKSR-a, da bi time potkrepio svoje mišljenje da se član 16(1)(a) Zakona mora tumačiti tako da implicira UZP kao vid odgovornosti.³⁵¹ Nasuprot tome, oni tvrde da je značajno to što se u članu 16(1)(a) Zakona UZP ne pominje, uprkos svim raspravama pokrenutim u vezi sa tim pitanjem otkad je UZP kao vid izvršenja usvojen od strane međunarodnih sudova i tribunala.³⁵² Veselji dodaje da tumačenje koje je usvojio MKSJ nije obavezujuće za Specijalizovana veća.³⁵³ On takođe tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio

³⁴⁸ Tačijeva žalba, stavovi 2(iv), 51-59; Veseljijeva žalba, stavovi 72-82; Seljimijeva žalba, stavovi 8(ii), 40-49; Krasnićijeva žalba, stavovi 4(3), 69-77. V. takođe Tačijevu repliku, stavove 12-14, 23; Krasnićijeva replika, stavovi 2, 16-18.

³⁴⁹ Tačijeva žalba, stavovi 45-46, 52, 67; Veseljijeva žalba, stav 73; Seljimijeva žalba, stavovi 43-47; Krasnićijeva žalba, stavovi 69-72. V. takođe Krasnićijevu repliku, stavove 16-18.

³⁵⁰ Seljimijeva žalba, stavovi 45-46.

³⁵¹ Tačijeva žalba, stavovi 46, 48-49; Seljimijeva žalba, stavovi 43-47.

³⁵² Tačijeva žalba, stavovi 46-47, 52, 67; Seljimijeva žalba, stavovi 43-47; Krasnićijeva žalba, stavovi 72, 75.

³⁵³ Veseljijeva žalba, stav 76.

kada je zaključio da se krivično gonjenje za međunarodna krivična dela mora zasnivati samo na „međunarodnim“ vidovima odgovornosti, kao što je UZP.³⁵⁴

130. Krasnići smatra da sudija za prethodni postupak nije trebalo da se oslanja na međunarodno običajno pravo i da je umesto toga trebalo da tumači član 16(1)(a) Zakona u skladu sa prostim značenjem teksta, odnosno kao *lex specialis*.³⁵⁵ Po Krasnićijevim rečima, budući da se UZP ne pominje kao vid odgovornosti u članu 16(1)(a) Zakona, Specijalizovana veća ga ne mogu primenjivati, bez obzira na to da li UZP predstavlja deo međunarodnog običajnog prava.³⁵⁶

131. Krasnići osim toga tvrdi da princip zakonitosti, kao i prezumpcija nevinosti, koji su garantovani Ustavom Kosova, ne dozvoljavaju tumačenje vidova odgovornosti prema kome bi član 16(1)(a) Zakona obuhvatao UZP, čime bi se povredili interesi optuženih.³⁵⁷ I na kraju, kako Krasnići navodi, reč „izvršenje“ se ne može tumačiti tako široko da obuhvata UZP III, budući da UZP III ne predstavlja vid izvršenja.³⁵⁸

132. Tužilaštvo odgovara da je sudija za prethodni postupak ispravno postupio kada je u pobijanoj odluci razmotrio identične odredbe o individualnoj krivičnoj odgovornosti iz statuta drugih sudova i zaključio da svi oblici UZP-a predstavljaju vid izvršenja potvrđen u članu 16(1)(a) Zakona. Po mišljenju tužilaštva, argumenti kojima odbrana osporava taj zaključak ne pokazuju da je pogrešno primenjeno pravo, već se njima samo ponavljaju izjašnjenja koja je sudija za prethodni postupak već razmotrio i odbio.³⁵⁹

³⁵⁴ Veseljijeva žalba, stav 77.

³⁵⁵ Krasnićijeva žalba, stav 69.

³⁵⁶ Krasnićijeva žalba, stavovi 70-72.

³⁵⁷ Krasnićijeva žalba, stav 73; Krasnićijeva replika, stavovi 16-18.

³⁵⁸ Krasnićijeva žalba, stavovi 74-77. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 18.

³⁵⁹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 33-41; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 35-41; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 10-15. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 41.

133. Tužilaštvo tvrdi da se Zakon mora tumačiti u skladu sa njegovom svrhom, a to je da se primeni na lica odgovorna za krivična dela iz nadležnosti Specijalizovanih veća, bez obzira na to da li su ta lica postupala sama ili sa drugima. Po mišljenju tužilaštva, to je bila „motivacija kojom su se rukovodili“ autori Izveštaja Saveta Evrope.³⁶⁰ Tužilaštvo takođe navodi da član 16(1) Zakona, kad je reč o vidovima odgovornosti, konkretno upućuje na članove 13 i 14 Zakona u kojima se nabrajaju krivična dela koja imaju običajno-pravni status, i da, prema tome, taj član treba tumačiti u skladu s normama međunarodnog običajnog prava.³⁶¹

134. U replici na odgovor tužilaštva da UZP III predstavlja priznati vid izvršenja,³⁶² Krasnići tvrdi da tužilaštvo pogrešno tumači stav odbrane.³⁶³

(b) Ocena panela Apelacionog suda

135. U pobijanoj odluci, sudija za prethodni postupak podseća da je prema članu 16(1)(a) Zakona, za krivična dela iz članova 13 i 14 Zakona, lice koje je planiralo, podsticalo, naredilo, izvršilo ili na drugi način pomoglo i podržalo planiranje, pripremu ili izvršenje takvog krivičnog dela individualno odgovorno za to krivično delo.³⁶⁴ Sudija za prethodni postupak zaključuje da član 16(1) Zakona predviđa zaseban, autonoman režim mogućih vidova odgovornosti za krivična dela iz članova 13-14 Zakona.³⁶⁵ Da bi potkrepio svoj zaključak da se pojam „izvršenje“ mora tumačiti u skladu s međunarodnim običajnim pravom koje je bilo merodavno u periodu u kom su izvršena krivična dela iz optužnice, sudija za prethodni postupak uzima u obzir nekoliko faktora, a pre svega to da su termini korišćeni u članu 16(1)(a) Zakona

³⁶⁰ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 39; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 39; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 13.

³⁶¹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 35-36; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 20; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 23.

³⁶² Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 12.

³⁶³ Krasnićijeva replika, stav 18. Krasnići objašnjava da ne tvrdi da pojam „izvršenja“ obuhvata samo fizičke izvršioce, ali da taj pojam ne može obuhvatati UZP III zbog toga što se „u slučaju UZP-a III samo za neposrednog učinioca može reći da je „izvršio“ krivično delo“.

³⁶⁴ Pobijana odluka, stav 86.

³⁶⁵ Pobijana odluka, stav 177.

identični onima iz odredaba o vidovima odgovornosti u statutima MKSJ-a i MKSR-a.³⁶⁶

136. Što se tiče konstatacije da se UZP eksplicitno ne pominje u tekstu člana 16(1)(a) Zakona, panel se ne slaže sa odbranom da to treba tumačiti kao svesnu nameru autora Zakona da se UZP izuzme iz oblika odgovornosti koji postoje pred Specijalizovanim većima. Prema članu 3(3) Zakona, sudije se mogu rukovoditi sudskom praksom *ad hoc* sudova. U ranijim odlukama panel se pri rešavanju konkretnih pitanja koja Zakonom nisu precizno regulisana oslanjao na sudsku praksu drugih sudova, kao što su MKSJ i MKSR.³⁶⁷ Panel smatra da ta sudska praksa u ovom slučaju može biti relevantna.

137. S tim u vezi, panel naglašava da Zakon, kao i statuti MKSJ-a i MKSR-a, za razliku od, recimo, Rimskog statuta,³⁶⁸ nije i ne pokušava da bude kodeks propisa u kome se u tančine precizno i eksplicitno predviđaju svaka eventualna situacija i svako moguće rešenje. U njemu je, naprotiv, na prilično uopšten način opisan normativni okvir u kome Specijalizovana veća imaju zadatak da obavljaju svoju delatnost.³⁶⁹

138. Panel podseća da je na drugim mestima u ovoj odluci potvrdio zaključak sudije za prethodni postupak da članovi 3(2)(d) i 12 do 14 Zakona dozvoljavaju Specijalizovanim većima da primenjuju međunarodno običajno pravo, kao i da međunarodno običajno pravo ima primat nad materijalnim krivičnim pravom Kosova, koje se primenjuje samo ako je izričito preuzeto u Zakonu i ukoliko je u skladu s međunarodnim običajnim pravom.³⁷⁰ Panel napominje da iako se doktrina UZP-a ne

³⁶⁶ Pobijana odluka, stavovi 177-179.

³⁶⁷ V. npr. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stavove 9-14; F00005/RED, *Public Redacted Version of Decision on Rexhep Seljimi's Appeal Against Decision on Interim Release /Javna redigovana verzija odluke o žalbi Redžepa Seljimija na odluku o privremenom puštanju na slobodu/*, 30. april 2021. (poverljiva verzija izdata je 30. aprila 2021), stavove 25-32. V. takođe dole stavove 152-153, 155.

³⁶⁸ V. ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the Confirmation of Charges*, 30. septembar 2008, stav 508 i tamo citirane izvore.

³⁶⁹ V., slično tome, ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT-99-37-AR72, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction — Joint Criminal Enterprise*, 21. maj 2003. (u daljem tekstu: *Ojdanić Appeal Decision*), stav 18.

³⁷⁰ V. gore stavove 22-24, 29.

pominje u Statutu i Pravilniku o postupku i dokazima Međunarodnog rezidualnog mehanizma za krivične sudove (u daljem tekstu: Rezidualni mehanizam, odnosno IRMCT) ni u ekvivalentnim dokumentima *ad hoc* sudova, oni su je obično primenjivali na osnovna krivična dela iz svoje nadležnosti kao vid izvršilaštva prema međunarodnom običajnom pravu.³⁷¹ S tim u vezi, panel konstatuje da član 16(1) Zakona gotovo doslovce preuzima formulaciju člana 7(1) Statuta MKSJ-a i člana 6(1) Statuta MKSR-a u vezi sa individualnom krivičnom odgovornošću.³⁷² Imajući to u vidu, panel potvrđuje zaključak sudije za prethodni postupak da član 16(1) Zakona, uključujući izraz „izvršenje“, mora da se tumači u skladu sa međunarodnim običajnim pravom koje je bilo merodavno u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice.³⁷³

139. Osim toga, panel konstatuje da prilikom tumačenja Zakona može da se rukovodi uobičajenim značenjem korišćenih termina i ciljem i svrhom Zakona, u skladu sa opštim načelima tumačenja.³⁷⁴ S tim u vezi valja napomenuti da su

³⁷¹ V. IRMCT, *Prosecutor v. Turinabo et al.*, MICT-18-116-PT, *Decision on Prosecution Appeal Against Decision on Challenges to Jurisdiction*, 28. jun 2019, stav 10; ICTY, *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-A, *Judgement*, 30. januar 2015. (u daljem tekstu: *Popović et al. Appeal Judgement*), stav 1672; *Ojdanić Appeal Decision*, stavovi 20, 31; ICTR, *Prosecutor v. Munyakazi*, ICTR-97-36A-A, *Judgement*, 28. septembar 2011, stavovi 160, 163; *Brima et al. Appeal Judgement*, stavovi 73-80. Panel konstatuje da u sudskoj praksi postoji tendencija da se UZP ne određuje kao osnovni vid odgovornosti onda kada fizički učinioci nisu bili i učesnici u UZP-u, ali takva praksa je ograničenog obima, pa je stoga i njena relevantnost ograničena. V. *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stav 778, gde se poziva na ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, *Judgement*, 3. april 2007. (u daljem tekstu: *Brđanin Appeal Judgement*), fusnota 891.

³⁷² V. takođe *SCSL Statute*, član 6(1). Slično tome, član 16(3) Zakona gotovo doslovce preuzima tekst člana 7(3) Statuta MKSJ-a, člana 6(3) Statuta MKSR-a i člana 6(3) Statuta Specijalnog suda za Sijera Leone.

³⁷³ Pobjana odluka, stav 177.

³⁷⁴ V. KSC-CC-PR-2017-01, F00004, *Judgment on the Referral of the Rules of Procedure and Evidence Adopted by Plenary on 17 March 2017 to the Specialist Chamber of the Constitutional Court Pursuant to Article 19(5) of Law no. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office* /Odluka o oceni ustavnosti Pravilnika o postupku i dokazima usvojenog na plenarnoj sednici 17. marta 2017. i upućenog Specijalizovanom veću Ustavnog suda u skladu sa članom 19(5) Zakona br. 05/L-053 o Specijalizovanim većima i Specijalizovanom tužilaštvu/, 26. april 2017, stav 13 (prema kojem se sud prilikom preispitivanja rukovodio „konkretnim jezikom teksta“, osim ukoliko je taj tekst bio „očigledno u suprotnosti sa smislom Ustava“). V. takođe UN, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23. maj 1969, Treaty Series, Vol. 1155, član 31(1). Iako je sa pravne tačke gledišta Zakon instrument koji se znatno razlikuje od međunarodnog ugovora, panel se prilikom tumačenja Zakona može rukovoditi članom 31(1) Bečke konvencije o ugovornom pravu, koji odražava međunarodno običajno pravo i nalaže da se zakon tumači „u dobroj veri i u skladu sa uobičajenim značenjem reči [...] u kontekstu u kome se javljaju

Specijalizovana veća, kao što je utvrđeno u Izveštaju Saveta Evrope i u Zakonu, osnovana da bi sudila za krivična dela koja su određeni pojedinci, bilo sami ili zajedno s drugima, započeli ili izvršili na Kosovu između 1. januara 1998. i 31. decembra 2000.³⁷⁵ Po mišljenju panela, bilo bi besmisleno da su autori Zakona namerno izuzeli iz nadležnosti Specijalizovanih veća jedan od osnovnih razloga za osnivanje suda, a to je da se omogući krivično gonjenje lica koja postupaju zajedno sa drugima.³⁷⁶ Drugačiji zaključak bi doveo do neosnovanog tumačenja člana 16(1) Zakona. Prema tome, a suprotno Krasnićijevoj argumentaciji,³⁷⁷ panel smatra da se prema uobičajenom značenju člana 16(1)(a) Zakona, uzetom kao *lex specialis*, UZP podvodi pod pojam „izvršenja“.

140. Panel takođe konstatuje da je, prema Veseljijevim rečima, sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da se krivično gonjenje za međunarodna krivična dela mora zasnivati samo na „međunarodnim“ vidovima odgovornosti, kao što je UZP.³⁷⁸ U pobijanoj odluci nema takvog zaključka. Po shvatanju panela, Veselji možda ima na umu napomenu sudije za prethodni postupak da se u članu 16(1) Zakona, za razliku od stavova (2) i (3) istog člana, ne upućuje izričito na odredbe iz krivičnih zakona Kosova i njegov potonji zaključak da su Specijalizovana veća u odnosu na krivična dela iz članova 13-14 Zakona dužna da primene samo one vidove odgovornosti koji su u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice bili prihvaćeni u međunarodnom običajnom pravu.³⁷⁹ Panel ne nalazi nikakvu grešku u tom zaključku.

i imajući u vidu cilj i svrhu zakona”. V. *Tadić Appeal Judgement*, stav 282; STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/PT/PTJ, *Fourth Decision on Victims’ Participation in the Proceedings*, 2. maj 2013, stav 12.

³⁷⁵ Članovi 6, 7 i 8 Zakona; član 16(1)(b)-(d) Zakona. V. takođe član 1 Zakona, u kome se kaže da sud između ostalog postoji „kako bi se osigurao bezbedan, nezavisan, nepristrasan, pravičan i efikasan krivični postupak”. V. osim toga Izveštaj Saveta Evrope, odeljak B, stavove 68-75, 169-174, 176. V. takođe gore, stavove 66-67, 72.

³⁷⁶ V. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, *Judgement*, 15. jul 1999. (u daljem tekstu: *Tadić Appeal Judgement*), stavove 189-191 (gde je Žalbeno veće MKSJ-a zaključilo da „izvršenje” obuhvata UZP, imajući u vidu cilj i svrhu Statuta MKSJ-a, kao i kolektivnu prirodu relevantnih zločina).

³⁷⁷ Krasnićijeva žalba, stavovi 69-72.

³⁷⁸ Veseljijeva žalba, stav 77. V. takođe Veseljijevu žalbu, stavove 74-76, 81.

³⁷⁹ Pobijana odluka, stavovi 178-179.

141. Pored toga, panel smatra da zaključak sudije za prethodni postupak da neki od vidova odgovornosti koji postoje u Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976. liče na UZP I i UZP III³⁸⁰ nije u suprotnosti sa njegovim zaključkom da „odredbe materijalnog krivičnog prava Kosova kojima se regulišu vidovi odgovornosti [i koje tvore suštinski različit sistem odgovornosti] nisu merodavne za tumačenje autonomnog režima člana 16(1) Zakona”.³⁸¹ Zaključak sudije za prethodni postupak o tome da postoji sličnost između UZP-a i vidova odgovornosti predviđenih Krivičnim zakonom SFRJ iz 1976. odnosi se samo na pitanje da li je UZP bio dostupan i predvidiv optuženima u vreme izvršenja radnji o kojima je reč u optužnici. Budući da Krivični zakon SFRJ iz 1976. nije obavezujuć za Specijalizovana veća,³⁸² pomenuti zaključak sudije za prethodni postupak nema uticaja na njegov zaključak koji se odnosi na vidove odgovornosti predviđene članom 16(1)(a) Zakona.

142. Panel će u nastavku razmotriti Krasnićijeve tvrdnje da princip zakonitosti, kao i prezumpcija nevinosti, ne dozvoljavaju tumačenje vidova odgovornosti prema kome bi član 16(1)(a) Zakona obuhvatao UZP, čime bi se povredili interesi optuženih.³⁸³ Panel smatra da je Krasnićijeva argumentacija neubedljiva. Kao što je sudija za prethodni postupak naglasio, princip zakonitosti, utemeljen u članu 7(1) Evropske konvencije i članu 33(1) Ustava Kosova, između ostalog sadrži uslov da krivično delo mora biti jasno definisano zakonom.³⁸⁴ Panel podseća da princip zakonitosti zahteva da na osnovu krivičnog zakona mora uvek u dovoljnoj meri da bude jasno koje je ponašanje inkriminisano, a koje nije.³⁸⁵ Panel je već zaključio da se uverio da Zakon predviđa krivičnu odgovornost na osnovu UZP-a,³⁸⁶ a u sledećem odeljku će

³⁸⁰ Pobijana odluka, stavovi 197-200. Za suprotan stav v. Veseljičevu žalbu, stav 79. V. takođe dole stavove 220, 222-223.

³⁸¹ Pobijana odluka, stav 178. Za suprotan stav v. Veseljičevu žalbu, stav 79.

³⁸² V. gore stav 26.

³⁸³ Krasnićijeva žalba, stav 73; Krasnićijeva replika, stavovi 16-18.

³⁸⁴ V. pobijanu odluku, stav 193 i tamo citirane izvore.

³⁸⁵ V. npr. ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, *Judgement*, 17. januar 2005, stav 625. V. takođe *Ojdanić Appeal Decision*, stav 10.

³⁸⁶ V. gore stavove 135-141. V. takođe dole stav 144.

razmotriti da li su UZP I i UZP III bili predviđeni međunarodnim običajnim pravom u relevantnom periodu.³⁸⁷ Panel će takođe u jednom od kasnijih odeljaka razmotriti da li je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je UZP bio predvidiv i dostupan optuženima.³⁸⁸ Krasnićijev argument se stoga odbija. Što se pak tiče prezumpcije nevinosti, krivična odgovornost koja se optuženima stavlja na teret biće predmet rasprave u toku suđenja, a sudije će svoju ocenu dati u dogledno vreme. Prema tome, to pitanje nije stvar nadležnosti.³⁸⁹

143. Naposljetku, panel konstatuje da Krasnići tvrdi da se reč „izvršenje“ ne može tumačiti tako široko da obuhvata UZP III, zbog toga što se samo za neposrednog učinioca može reći da je „izvršio“ krivično delo.³⁹⁰ Za potkrepljenje svoje tvrdnje, Krasnići se oslanja na podnesak o UZP-u koji je *amicus curiae* podneo veću za prethodni postupak Vanrednih veća Kambodže u predmetu *Duch*.³⁹¹ U tom podnesku usvojen je stav da se UZP III ne može smatrati vidom „saizvršilaštva“, već samo vidom „pomaganja“ zločinačkog poduhvata.³⁹² Panel smatra da se pitanje da li UZP III predstavlja glavni vid odgovornosti ili vid odgovornosti za pomaganje može različito tumačiti, ali da je ta rasprava samo u ograničenoj meri relevantna za pitanje nadležnosti, koje je ovde glavni predmet razmatranja.³⁹³ Shodno tome, panel smatra da nema valjanih razloga da odstupi od onog tumačenja „izvršenja“ koje je ustaljeno u međunarodnom običajnom pravu u vezi sa osnovnim međunarodnim krivičnim delima.

³⁸⁷ V. dole stavove 162-172 (u vezi sa UZP-om I) i 186-196 (u vezi sa UZP-om III).

³⁸⁸ V. dole stavove 211-224.

³⁸⁹ V. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 17.

³⁹⁰ Krasnićijeva žalba, stavovi 74-77. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 18.

³⁹¹ V. Krasnićijevu repliku, stav 18, fusnotu 38, gde se poziva na ECCC, *Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav alias "Duch"*, 001/18-07-2007- ECCC/OCIJ (PTC02), *Amicus Brief for the Pre-Trial Chamber on Joint Criminal Enterprise from Professor Kai Ambos*, 27. oktobar 2008. (u daljem tekstu: *Amicus Curiae Brief on JCE*), stavovi 2-3. V. takođe Krasnićijevu žalbu, stav 74, gde se poziva na Ambos, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility" 5 (2007) *Journal of International Criminal Justice* 159, str. 168-169.

³⁹² *Amicus Curiae Brief on JCE*, stavovi 2-3.

³⁹³ V. ECCC Case 002 *Supreme Court Appeal Judgement*, stav 778. V. takođe gore fusnotu 371.

144. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da odbrana nije pokazala da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da se navodi o UZP-u mogu izvesti iz člana 16(1)(a) Zakona. Shodno tome, panel Apelacionog suda odbija odgovarajući deo Tačijevih žalbenih razloga B-B.1, deo Veseljijevog žalbenog razloga 8, Seljimijev žalbeni razlog B i Krasnićijev žalbeni razlog 3.

2. Da li su UZP I i UZP III bili predviđeni međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (Tačijevi žalbeni razlozi B2-B3; Veseljijev žalbeni razlog 9; Seljimijev žalbeni razlog C; Krasnićijev žalbeni razlog 1)

- (a) Da li je sudija za prethodni postupak pogrešio zbog toga što nije samostalno ispitao kakav je status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu (Tačijev žalbeni razlog B2; deo Veseljijevog žalbenog razloga 9; Seljimijev žalbeni razlog C1; deo Krasnićijevog žalbenog razloga 1)

145. Panel Apelacionog suda smatra da se žalbeni razlog B2 koji iznosi Tači, žalbeni razlog 9 koji iznosi Veselji, žalbeni razlog C1 koji iznosi Seljimi, kao i deo žalbenog razloga 1 koji iznosi Krasnići u značajnoj meri preklapaju, s obzirom da se u svima njima tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio zbog toga što nije samostalno razmotrio predmete na kojima se zasniva status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu, kao ni argumente koje je odbrana iznela u vezi s tim pitanjem. Stoga će svi ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(i) Argumentacija strana u postupku

146. Sva četvorica optuženih iznose da sudija za prethodni postupak nije obrazložio svoje zaključke i nije razmotrio argumente u kojima odbrana postavlja pitanje da li je UZP, a naročito UZP III, bio predviđen međunarodnim običajnim pravom, odnosno nije tim argumentima pridao odgovarajući značaj.³⁹⁴ Mada prihvataju da član 3(3)

³⁹⁴ Tačijeva žalba, stavovi 50, 61, 67, 79-80; Tačijeva replika, stavovi 15-16; Veseljijeva žalba, stav 85; Seljimijeva žalba, stavovi 51-53, 58; Seljimijeva replika, stavovi 3-4; Krasnićijeva žalba, stavovi 13, 16. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 10.

Zakona dozvoljava sudiji za prethodni postupak da uzme u obzir sudsku praksu *ad hoc* sudova kako bi utvrdio koje je međunarodno običajno pravo bilo na snazi u relevantnom periodu,³⁹⁵ oni tvrde da se sudija za prethodni postupak neopravdano oslanja na tu praksu.³⁹⁶ Konkretno, Tači navodi da sudija za prethodni postupak greši kada se prilikom oslanjanja na sudsku praksu *ad hoc* sudova poziva na član 3(3) Zakona, u kome se ta sudska praksa prihvata samo kao pomoćni izvor prava, a prenebregava činjenicu da su Specijalizovana veća domaći sud čiji se normativni okvir „značajno razlikuje“ od onoga koji se primenjuje pred *ad hoc* sudovima.³⁹⁷ Slično tome, Krasnići tvrdi da sudska praksa *ad hoc* sudova predstavlja pomoćni izvor prava i da, prema članu 3(3) Zakona, nema veću pravnu snagu od prakse drugih sudova.³⁹⁸

147. Pored toga, Veselji i Krasnići tvrde da je sudija za prethodni postupak bio u obavezi da iznova ispita sudsku praksu iz perioda posle Drugog svetskog rata.³⁹⁹ Tači smatra da je sudija za prethodni postupak trebalo da analizira sve dostupne dokaze kako bi utvrdio da li je postojalo relevantno međunarodno običajno pravo, kao što su to učinila Vanredna veća Kambodže i Vanredna veća Afrike.⁴⁰⁰ Seljimi iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio zbog toga što je usvojio pristup u kome „kvantitet ima prednost u odnosu na kvalitet“, umesto da samostalno analizira sudsku praksu ili da ukaže na greške u različitom stavu koji su Vanredna veća Kambodže zauzela prema UZP-u III.⁴⁰¹ On takođe tvrdi da je odbijanje sudije za prethodni postupak da uzme u obzir više međusobno saglasnih i valjano obrazloženih

³⁹⁵ Tačijeva žalba, stav 62; Veseljijeva žalba, stav 84; Seljimijeva žalba, stavovi 51, 78; Krasnićijeva žalba, stav 15.

³⁹⁶ Tačijeva žalba, stavovi 50, 61-62, 67; Tačijeva replika, stav 15; Veseljijeva žalba, stav 84.

³⁹⁷ Tačijeva žalba, stavovi 51, 62, 67; Tačijeva replika, stav 15. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 63.

³⁹⁸ Krasnićijeva žalba, stav 15.

³⁹⁹ Veseljijeva žalba, stavovi 85-86; Krasnićijeva žalba, stavovi 13, 16.

⁴⁰⁰ Tačijeva žalba, stavovi 63-65. V. takođe Veseljijevu žalbu, stav 86.

⁴⁰¹ Seljimijeva žalba, stavovi 54-58; Seljimijeva replika, stavovi 5-6, 44-46. V. takođe Seljimijevu žalbu, stavove 44-45; Seljimijeva replika, stavovi 7-9.

izvora u kojima se osporava zasnovanost navodne običajno-pravne norme u toj meri neopravdano da predstavlja zloupotrebu njegovih diskrecionih prava.⁴⁰²

148. Kad je reč o zaključku sudije za prethodni postupak da odbrana nije iznela nove i uverljive argumente koji bi opravdali donošenje drugačijih pravnih zaključaka o ovom pitanju,⁴⁰³ Tači iznosi da je on nedovoljan i netačan,⁴⁰⁴ a Veselji i Krasnići tvrde da je sudija za prethodni postupak time neopravdano prebacio teret dokazivanja na odbranu.⁴⁰⁵

149. Tužilaštvo odgovara da Tači, Seljimi i Krasnići nisu pokazali da je došlo do bilo kakve pogrešne primene prava ili zloupotrebe diskrecionih prava.⁴⁰⁶ Kad je reč o Veseljijevoj žalbi, tužilaštvo tvrdi da je treba odbiti utoliko što on: (i) pogrešno prikazuje pobijanu odluku; (ii) ne nudi nikakvo potkrepljenje za svoje uopštene argumente; (iii) iznosi irelevantne i spekulativne tvrdnje; (iv) pogrešno primenjuje Zakon; i (v) pogrešno tumači relevantni kriterijum.⁴⁰⁷

150. Po rečima tužilaštva, pobijana odluka se ne zasniva samo na tome kako je sudija za prethodni postupak ocenio zaključke drugih sudova, budući da je on imao na raspolaganju i jasne, ustaljene i detaljno obrazložene izvore prava i sudske prakse u vezi sa UZP-om I i UZP-om III.⁴⁰⁸ Prema tome, kako tužilaštvo tvrdi, sudija za prethodni postupak nije ni na koji način pogrešio kada je ocenjivao da li je odbrana iznela argumente koji nisu ranije razmatrani ili bi iz drugih razloga opravdali

⁴⁰² Seljimijeva žalba, stav 78.

⁴⁰³ V. pobijanu odluku, stavove 181, 185.

⁴⁰⁴ Tačijeva žalba, stavovi 61, 66.

⁴⁰⁵ Veseljijeva žalba, stav 84; Krasnićijeva žalba, stavovi 13-14.

⁴⁰⁶ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 42; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 42; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 16.

⁴⁰⁷ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 45. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 50, gde se poziva na Veseljijevu žalbu, stav 85.

⁴⁰⁸ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 43-46; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 47-49; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 43-46; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 18-20.

izvođenje drugačijih pravnih zaključaka o ovom pitanju.⁴⁰⁹ Tužilaštvo takođe iznosi da sudija za prethodni postupak nije bio dužan da reprodukuje rasuđivanje sa kojim se slaže⁴¹⁰ i da je imao diskreciono pravo da odluči kako će pristupiti pravnim pitanjima o kojima rešava i kako će strukturirati pobijanu odluku.⁴¹¹

151. Tužilaštvo takođe navodi da sudija za prethodni postupak, suprotno tvrdnjama odbrane, jeste analizirao status UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu, što uključuje analizu pravnih izvora na kojima je taj status zasnovan, kao i kritičke argumente odbrane u vezi sa tim izvorima.⁴¹² Po mišljenju tužilaštva, u pobijanoj odluci su ispravno utvrđena relevantna pravna načela za ocenu o tome da li praksa država i *opinio juris* potvrđuju postojanje nekog običaja u datom trenutku.⁴¹³ Kako tužilaštvo iznosi, pobijanom odlukom se teret dokazivanja ne prebacuje na odbranu, budući da je sudija za prethodni postupak time što je prihvatio izvore koji potvrđuju da je UZP bio predviđen međunarodnim običajnim pravom pokazao da je samostalno ispitao da li su oni dovoljni.⁴¹⁴

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

152. Panel apelacionog suda podseća da član 3(3) Zakona propisuje da „[k]ada se utvrđuje običajno međunarodno pravo na snazi u vreme kada su krivična dela izvršena, sudije se služe izvorima međunarodnog prava, uključujući pomoćne izvore kao što je sudska praksa međunarodnih *ad hoc* sudova, Međunarodnog krivičnog suda

⁴⁰⁹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 46-47; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 46, 49; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 42, 46; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 17, 21.

⁴¹⁰ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 43; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 47; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 44, 47; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 18.

⁴¹¹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 48.

⁴¹² Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 42, 47-48; odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 46-49; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 43-46; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 17-20, 23-24.

⁴¹³ Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 22-23.

⁴¹⁴ Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 21. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 49; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 46.

i drugih krivičnih sudova”.⁴¹⁵ Međutim, iako panel napominje da reč „pomoćni” označava pomoćnu ulogu koju takve odluke imaju u razjašnjavanju prava, a ne da one same po sebi predstavljaju izvor međunarodnog prava, panel ipak ne sugerise da te odluke nisu važne za utvrđivanje toga koje je međunarodno običajno pravo bilo na snazi u relevantno vreme.⁴¹⁶ Osim toga, panel konstatuje da vrednost takve sudske prakse za utvrđivanje relevantnih običajno-pravnih normi zavisi kako od kvaliteta iznetih obrazloženja, tako i od toga kako je pomenuta praksa prihvaćena, recimo u kasnijoj sudskoj praksi.⁴¹⁷

153. S tim u vezi, panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak „da su utemeljenost UZP-a u međunarodnom običajnom pravu podrobno razmotrili i u više navrata potvrdili svi savremeni međunarodni sudovi koji primenjuju institut UZP-a; jedino je ECCC načinio izuzetak kod UZP-a III”.⁴¹⁸ Prilikom donošenja ocene o tome da li su ispunjeni uslovi da bi se utvrdilo postojanje određene običajno-pravne norme, važno je utvrditi i razmere neslaganja.⁴¹⁹ Panel stoga smatra da je sudija za prethodni postupak ispravno postupio kada je uzeo u obzir broj međunarodnih krivičnih sudova i krivičnih sudova sa međunarodnom komponentom pred kojima se sudilo za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti, a koji su prihvatili presedan Žalbenog veća MKSJ-a iz predmeta *Tadić*. Osim toga, panel takođe napominje u vezi sa ovim konkretnim pitanjem da je razmatranje odluka drugih sudova pred kojima se sudilo za slična krivična dela kao pred Specijalizovanim većima ispravan metod da bi se utvrdilo postojanje relevantnog međunarodnog običajnog prava, pogotovo imajući u vidu da

⁴¹⁵ V. takođe *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 13(1).

⁴¹⁶ *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 13(1), Commentary (2).

⁴¹⁷ *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 13(1), Commentary (3).

⁴¹⁸ V. pobijanu odluku, stav 181 (fusnote izostavljene).

⁴¹⁹ V. *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 9, fusnotu 728 (gde Komisija za međunarodno pravo napominje da u slučajevima kada su članice međunarodne zajednice „duboko podeljene” oko pitanja da li uz određenu praksu postoji i *opinio juris*, to znači da *opinio juris* ne postoji).

se u Zakonu eksplicitno potvrđuje značaj takvih odluka kada treba utvrditi da li je u okviru običajnog prava uspostavljena neka određena norma.⁴²⁰

154. Što se pak tiče pitanja da li je sudija za prethodni postupak dužan da iznese detaljno obrazloženje, panel konstatuje da iako sudija za prethodni postupak kao minimum mora da obrazloži svoje zaključke o materijalnopравnim pitanjima relevantnim za odluku koju donosi,⁴²¹ on nema obavezu da obrazloži svaki korak u svom rezonovanju.⁴²² Opseg dužnosti da se iznese detaljno obrazloženje može se utvrditi samo u kontekstu okolnosti datog predmeta.⁴²³

155. Panel apelacionog suda takođe konstatuje da je sudija za prethodni postupak primenio ispravni pravni standard u vezi sa načinom na koji se stvara međunarodno običajno pravo.⁴²⁴ Panel smatra da se pitanje da li su ispunjena oba uslova za postojanje međunarodnog običajnog prava mora pažljivo ispitati, i to uzimajući u obzir relevantne okolnosti datog predmeta.⁴²⁵ Kao što je gore pomenuto, sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada se oslonio na odluke međunarodnih sudova i tribunala da bi utvrdio da li je UZP bio prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu.⁴²⁶ Osim toga, njihovi zaključci su posebno relevantni s obzirom na to da se odnose na utvrđivanje međunarodnog običajnog prava približno u vreme kada su izvršena krivična dela za koja se tereti u ovom predmetu, a takođe i s obzirom na to da je tekst člana 16(1) Zakona istovetno formulisan kao ekvivalentne odredbe iz statuta *ad hoc*

⁴²⁰ V. član 3(3) Zakona.

⁴²¹ ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-AR73.4, *Decision on Prosecution Appeal Following Trial Chamber's Decision on Remand and Further Certification*, 11. maj 2007, stav 25; ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-AR73.4, *Decision on Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, 6. februar 2007, stav 16.

⁴²² V. npr. Odluku po Veseljićevoj žalbi na odluku o privremenom puštanju na slobodu, stav 72.

⁴²³ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-A, *Judgement*, 21. jul 2000, stav 69; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A, *Judgment (Reasons)*, 1. jun 2001, stav 165.

⁴²⁴ V. pobijanju odluku, stav 182. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 63, gde se između ostalog poziva na ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT-05-87-PT, *Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration*, 22. mart 2006, stav 32.

⁴²⁵ V. ILC *Draft Conclusions*, Conclusion 3, Commentary (2).

⁴²⁶ V. gore stav 153.

sudova.⁴²⁷ Činjenica da je sudija za prethodni postupak rekao da će razmotriti „da je li odbrana iznela uverljive razloge zbog kojih bi o utemeljenosti UZP-a u međunarodnom običajnom pravu trebalo doneti drugačije pravne zaključke“⁴²⁸ ne znači da je on pogrešno primenio pravni standard za utvrđivanje postojanja određene norme u međunarodnom običajnom pravu.⁴²⁹ Po mišljenju panela, sudija za prethodni postupak je prosto imao na umu faktore koji su eventualno mogli da ga ubede da treba da odstupi od onoga što je on smatrao za „homogenu sudsku praksu“.⁴³⁰ Panel stoga smatra da sudija za prethodni postupak nije na neprimeren način prebacio teret dokazivanja na odbranu.

156. Panel takođe konstatuje da je, suprotno argumentima odbrane, iz samog teksta pobijane odluke jasno da je sudija za prethodni postupak eksplicitno uzeo u obzir pravne izvore na osnovu kojih je Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* zaključilo da je u relevantnom periodu UZP postojao u međunarodnom običajnom pravu.⁴³¹ Panelu je jasno da je sudija za prethodni postupak, time što je uputio na izvore na kojima je Žalbeno veće MKSJ-a zasnovalo svoje zaključke,⁴³² prihvatio i tumačenje tih izvora od strane Žalbenog veća MKSJ-a. Zbog toga nije bilo potrebno da sudija za prethodni postupak u pobijanoj odluci iznosi detaljnu analizu u kojoj bi samo ponovio isto to tumačenje. Činjenica da su neki drugi sudovi možda dali detaljniju analizu prethodne sudske prakse nije relevantna. Panel takođe konstatuje da je sudija za prethodni postupak razmotrio razloge iz kojih su Vanredna veća Kambodže odstupila od prethodne sudske prakse kad je reč o UZP-u III i obrazložio zašto, po njegovom

⁴²⁷ V. član 7(1) Statuta MKSJ-a; član 6(1) Statuta MKSR-a. V. takođe gore stav 153.

⁴²⁸ V. pobijanu odluku, stav 181.

⁴²⁹ Tačijev argument da se u MKSJ-u tokom celog njegovog postojanja nastavilo osporavanje UZP-a, i to uz „analizu koja je na daleko višem nivou od one koju daje sudija za prethodni postupak“ (v. Tačijevu žalbu, stav 65, gde se poziva na *Popović et al. Appeal Judgement*, stavove 1670-1674; IRMCT, *Prosecutor v. Karadžić*, MICT-13-55-A, *Judgement*, 20. mart 2019. (u daljem tekstu: *Karadžić Appeal Judgement*), stavovi 425-437), ne utiče na ovaj zaključak, budući da je sudija za prethodni postupak takođe razmotrio argumente kojima optuženi osporavaju UZP. V. dole stav 157.

⁴³⁰ V. pobijanu odluku, stav 181.

⁴³¹ V. pobijanu odluku, stavove 183-186.

⁴³² V. pobijanu odluku, stavove 185-186.

mišljenju, „ne postoje ubedljivi razlozi“ da se na osnovu zaključaka Vanrednih veća Kambodže „ospori valjanost tumačenja i zaključaka“ svih drugih međunarodnih sudova.⁴³³ Sudija za prethodni postupak je zatim takođe razmotrio argumente odbrane u vezi sa pitanjem da li uvođenje saizvršilaštva u Rimski statut može da utiče na status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu.⁴³⁴

157. I na kraju, panel konstatuje da je sudija za prethodni postupak razmotrio argumente odbrane i odgovorio na njih.⁴³⁵ Panel primećuje da Veselji i Seljimi u svojim žalbama ne ukazuju ni na jedan konkretni argument kojim se sudija za prethodni postupak nije bavio. Kad je reč o zaključku sudije za prethodni postupak da odbrana nije iznela nove argumente koji bi opravdali preispitivanje dosadašnje sudske prakse, Tači u svojoj žalbi ukazuje na dva argumenta koji, po njegovom mišljenju, nisu ranije iznošeni, a koje sudija za prethodni postupak ipak nije razmotrio, naime: (i) to što je MKS prihvatio teoriju saizvršilaštva dovodi u pitanje sve tvrdnje da je UZP prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu; i (ii) nedosledna pravna kvalifikacija UZP-a u MKSJ-u i MKSR-u je nespojiva sa principom zakonitosti.⁴³⁶ Međutim, sudija za prethodni postupak je razmotrio prvi argument na drugim mestima u pobijanoj odluci,⁴³⁷ dok su drugi argument zapravo razmatrali međunarodni sudovi i tribunali, što obuhvata i konkretnu sudsku praksu na koju se poziva sudija za prethodni postupak.⁴³⁸ Panel stoga smatra da je sudija za prethodni postupak u dovoljnoj meri obrazložio na osnovu čega je izveo svoje zaključke.

158. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da odbrana nije pokazala da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava ili zloupotrebio

⁴³³ V. pobijanu odluku, stav 186.

⁴³⁴ V. pobijanu odluku, stav 187. V. takođe dole stavove 163-168, 195.

⁴³⁵ V. pobijanu odluku, stavove 183-189.

⁴³⁶ V. Tačijevu žalbu, stav 66, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 185. V. takođe Tačijevu repliku, stav 15; Krasnićijeva replika, stav 10.

⁴³⁷ V. pobijanu odluku, stavove 187, 212.

⁴³⁸ V. pobijanu odluku, stav 185, fusnotu 398, gde se poziva na *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavove 775-789. V. naročito *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavove 777-778.

svoja diskreciona prava zbog toga što nije samostalno ispitao kakav je status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu. Stoga se Tačijev žalbeni razlog B2, deo Veseljićevog žalbenog razloga 9, Seljimićev žalbeni razlog C1 i deo Krasnićijevog žalbenog razloga 1 odbijaju. Panel Apelacionog suda će sledeće razmotriti materijalno-pravne argumente kojima odbrana osporava običajno-pravni status UZP-a.

(b) Da li je UZP I bio predviđen međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (Tačijev žalbeni razlog B3)

(i) Argumentacija strana u postupku

159. Tači najpre iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada nije uvažio razmišljanje predsedavajućeg sudije Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Tadić* sudije Šahabudina, prema kome istovremeno postojanje dve suprotstavljene teorije, o UZP-u i o saizvršilaštvu, implicira da nijedna od njih nije predviđena međunarodnim običajnim pravom.⁴³⁹ Tači dalje tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da uvođenje saizvršilaštva u Rimski statut „nije relevantno“ za pitanje da li UZP predstavlja vid odgovornosti prema međunarodnom običajnom pravu, kao i da države potpisnice Rimskog statuta nisu imale nameru da kodifikuju međunarodno običajno pravo u pitanjima kao što su, na primer, vidovi odgovornosti.⁴⁴⁰ Po Tačijevom mišljenju, sudija za prethodni postupak je pogrešio kada se prilikom izvođenja tog zaključka oslonio na član 21 Rimskog statuta, a pripremne diskusije koje su prethodile usvajanju Rimskog statuta pokazuju da su njegovi autori imali nameru da kodifikuju postojeće norme međunarodnog običajnog prava, uključujući odredbe koje se odnose na vidove odgovornosti.⁴⁴¹ Pored toga, Tači tvrdi da zaključak sudije za prethodni postupak pobijaju međunarodni sudovi i tribunali koji su se pozivali na Rimski statut kao izvor koji odražava kako praksu država, tako i *opinio juris*.⁴⁴² Na kraju, Tači iznosi da bi običajno-pravna norma morala da postoji „van svake sumnje“ i tvrdi da to ne

⁴³⁹ Tačijeva žalba, stavovi 68-69.

⁴⁴⁰ Tačijeva žalba, stavovi 2(vi), 70-72, 75, 77. V. takođe Tačijevu repliku, stav 17.

⁴⁴¹ Tačijeva žalba, stavovi 72-75. V. takođe Tačijevu repliku, stav 18.

⁴⁴² Tačijeva žalba, stav 76.

može biti slučaj sa UZP-om, budući da su mnoge države radije prihvatile saizvršilaštvo i da se taj koncept primenjivao i još uvek se primenjuje u predmetima pred nacionalnim sudovima, a primenjen je i u nekoliko predmeta vođenih posle Drugog svetskog rata.⁴⁴³

160. Tužilaštvo u odgovoru navodi da je Rimski statut međunarodnopravni ugovor koji je merodavan na MKS-u i obavezujući samo za one činioce koji su u nadležnosti MKS-a, a ne i za one koji su u nadležnosti Specijalizovanih veća.⁴⁴⁴ Tužilaštvo tvrdi da činjenica da je saizvršilaštvo uneto u Rimski statut nije relevantna za pitanje statusa UZP-a prema međunarodnom običajnom pravu.⁴⁴⁵ Tužilaštvo dodaje da je istorijat sastavljanja Rimskog statuta pre svega relevantan za tumačenje samog dokumenta, i da ne dovodi u pitanje razvoj međunarodnog običajnog prava koji se odigrao pre njegovog usvajanja.⁴⁴⁶ Po mišljenju tužilaštva, logično je, mada ne i presudno, da su delegati raznih država u Rimu nastojali da postignu saglasnost u vezi sa određenjem samih krivičnih dela i vidova odgovornosti, i da su se tokom usaglašavanja u mnogo slučajeva oslanjali na međunarodno običajno pravo.⁴⁴⁷ Pozivajući se pre svega na zaključak Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Tužilac protiv Dorđevića*, tužilaštvo dalje navodi da ni član 25(3) Rimskog statuta, koji obuhvata saizvršilaštvo kao vid

⁴⁴³ Tačijeva žalba, stavovi 69, 78. Tači konkretno navodi da je koncept saizvršilaštva primenjen u postupcima vođenim pred raznim nacionalnim sudovima (i u vezi s tim se poziva na predmete *Eichmann*, *Argentinean Generals*, *East German border killings*) a takođe se javlja i u the United States, Military Tribunal, *US v. Alstoetter et al.*, Judgment, 3-4. decembar 1947, u: CCL10 Military Tribunals, US Government Printing Office, Volume III, 1951. (u daljem tekstu: *Justice* case) i the United States, Military Tribunal, *US v. Greifelt et al.*, US Military Tribunal, Judgment, 10. mart 1948, u: CCL10 Military Tribunals, US Government Printing Office, Volumes IV-V, 1951. (u daljem tekstu: *RuSHA* case). Panel konstatuje da Tači ne daje reference za pravne izvore na koje se poziva, iako je dužan da to učini. V. KSC-BD-15, Registry Practice Direction, Files and Filings before the Kosovo Specialist Chambers /Uputstvo Sekretarijata, Spisi i podnesci pred Specijalizovanim većima Kosova/, 17. maj 2019. (u daljem tekstu: Uputstvo Sekretarijata), član 46(1).

⁴⁴⁴ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 49. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljičevu žalbu, stav 51.

⁴⁴⁵ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 49. V. takođe odgovor tužilaštva na Veseljičevu žalbu, stav 51.

⁴⁴⁶ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 50.

⁴⁴⁷ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 50.

odgovornosti, a ni sudska praksa MKS-a ne isključuju UZP kao vid odgovornosti koji kontinuirano postoji u međunarodnom običajnom pravu.⁴⁴⁸

161. Tači u replici navodi da tužilaštvo nije uzelo u obzir dve relevantne greške na koje je ukazao,⁴⁴⁹ a da predmet *Dorđević* nije relevantan za pitanje običajno-pravnog statusa UZP-a.⁴⁵⁰

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

162. Panel najpre konstatuje da je Tači jedini optuženi koji u žalbi postavlja pitanje da li je UZP I imao običajno-pravni status u relevantnom periodu.⁴⁵¹ Apelacioni panel će se stoga usredsrediti samo na Tačijeve argumente u vezi sa UZP-om I.

163. Prvo, kad je reč o Tačijevim argumentima u vezi sa Rimskim statutom, panel primećuje da je sudija za prethodni postupak ukazao na to da je Rimski statut međunarodnopravni ugovor kojim „države potpisnice nisu imale nameru da kodifikuju međunarodno običajno pravo u pitanjima kao što su, na primer, vidovi odgovornosti“, da postojanje ovog ili onog vida odgovornosti u Rimskom statutu može biti *relevantno*, ali ne mora biti i *presudno* za pitanje običajno-pravne prirode tog pojma, i da, u svakom slučaju, činjenica da je saizvršilaštvo uvršćeno u Rimski statut nije relevantna za pitanje kakav je status UZP-a prema međunarodnom običajnom pravu.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 50, gde se poziva na ICTY, *Prosecutor v. Dorđević*, IT-05-87/1-A, *Judgement*, 27. januar 2014. (u daljem tekstu: *Dorđević Appeal Judgement*), stav 38.

⁴⁴⁹ Tačijeva replika, stav 19, gde se poziva na Tačijevu žalbu, stavove 71-72 (gde on iznosi da sudija za prethodni postupak nije ponudio nikakvu alternativu kad je reč o tome na osnovu čega su države „odlučivale“ koji vidovi odgovornosti treba da budu obuhvaćeni Rimskim statutom) i stavove 78-80 (gde on iznosi da sudija za prethodni postupak nije pridao značaj njegovim argumentima da su mnoge države radije prihvatile saizvršilaštvo i da se taj koncept primenjuje u predmetima pred nacionalnim sudovima, a primenjen je i u nekoliko predmeta vođenih posle Drugog svetskog rata, kao ni argumentu da bi običajno-pravna norma morala da postoji „van svake sumnje“).

⁴⁵⁰ Tačijeva replika, stav 19.

⁴⁵¹ Veselji se takođe poziva na Rimski statut, ali se njegovi argumenti odnose samo na to kako je usvajanje Rimskog statuta uticalo na status UZP-a III. V. Veseljijevu žalbu, stav 87. V. takođe dole, stav 195.

⁴⁵² Pobijana odluka, stav 187 (kurziv dodat).

164. Panel podseća da iako je norma utvrđena nekim međunarodnopravnim ugovorom obavezujuća samo za države potpisnice, ona može da odražava normu međunarodnog običajnog prava, između ostalog ukoliko se utvrdi da se normom iz ugovora kodifikuje običajno-pravna norma.⁴⁵³ U datom slučaju, panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da države potpisnice Rimskog statuta nisu imale nameru da kodifikuju međunarodno običajno pravo kad je reč o vidovima odgovornosti, i to iz sledećih razloga.⁴⁵⁴

165. Činjenica da je 120 država 1998. godine glasalo za Rimski statut jeste relevantan faktor, ali to nije odlučujuće za običajno-pravni status određene norme.⁴⁵⁵ Osim toga, Rimski statut ne sadrži tekst koji bi ukazivao na to da su države potpisnice imale nameru da prihvatanjem statuta kodifikuju običajno-pravne norme.⁴⁵⁶ Pa ipak, panel smatra da se iz člana 21 Rimskog statuta ne može izvesti zaključak da su države potpisnice nužno isključile mogućnost da je bilo koja običajno-pravna norma uvršćena u statut.

166. S obzirom na te okolnosti, panel se slaže sa Tačijem da pripremne diskusije koje su prethodile usvajanju Rimskog statuta (*travaux préparatoires*) možda mogu poslužiti kao dokaz da je postojala namera da se neka već postojeća običajno-pravna norma kodifikuje.⁴⁵⁷ Međutim, panel primećuje da nijedna od referenci koje Tači navodi,⁴⁵⁸ niti bilo koji drugi aspekt pripremnih diskusija,⁴⁵⁹ ne idu u prilog njegovom

⁴⁵³ *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 11.

⁴⁵⁴ V. pobijanju odluku, stav 187.

⁴⁵⁵ V. *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 11, Commentary (3) (gde se između ostalog kaže da se može smatrati da međunarodnopravni ugovori koji su skoro univerzalno prihvaćeni „posebno ukazuju“ na postojanje međunarodnog običajnog prava). Činjenica da je 120 država glasalo za Rimski statut 1998. godine (a do ovog trenutka 123 države su ga ratifikovale ili na drugi način prihvatile) ne može se smatrati skoro univerzalnim prihvatanjem.

⁴⁵⁶ *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 11, Commentary (5).

⁴⁵⁷ Tačijeva žalba, stavovi 73-74. V. takođe *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 11, Commentary (5).

⁴⁵⁸ V. Tačijevu žalbu, fusnote 97-102.

⁴⁵⁹ V. npr. *Text of the Draft Statute for the International Criminal Court: Part 3: General Principles of Criminal Law*, A/AC.249/1998/CRP.9, 1. april 1998, str. 2-3. U fusnoti 6 se pominje da su povodom „uključivanja tačke [koja se odnosi na koncept odgovornosti za „zajednički cilj“] izneta nesaglasna mišljenja“. V. takođe *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Volume

argumentu da su države potpisnice prilikom usvajanja člana 25(3)(d) Rimskog statuta imale nameru da kodifikuju običajno-pravne norme u vezi sa vidovima odgovornosti, ili, još konkretnije, običajno-pravnu normu koja bi se odnosila na saizvršilaštvo nasuprot UZP-u. Ne samo što se navedene reference ne odnose konkretno na vidove odgovornosti,⁴⁶⁰ već one takođe potvrđuju da delegati nisu imali nameru da na iscrpan način kodifikuju postojeće međunarodno običajno pravo.⁴⁶¹

167. Panel pored toga napominje da iako su međunarodni sudovi i tribunali u nekoliko slučajeva izneli mišljenje da se može smatrati da Rimski statut odražava praksu država, odnosno *opinio juris*, oni su pritom razmatrali neke konkretne običajno-pravne norme koje su uvršćene u Rimski statut.⁴⁶² Jedini pravni izvor na koji se Tači poziva kao potkrepljenje za svoj argument da se može smatrati da Rimski

II (Compilation of proposals), A/51/22[VOL-II](SUPP), 13. septembar 1996, str. 82: „Postavljeno je pitanje da li je ovaj član [krivična odgovornost rukovodilaca] neophodan i ne bi li bilo dovoljno da se kaže samo da je lice koje izvrši krivično delo predviđeno statutom krivično odgovorno i podložno kažnjavanju”.

⁴⁶⁰ V. npr. Tačijevu žalbu, stav 74, gde se pominje izrada nacrtu „definicije krivičnih dela” i gde se poziva na Sadat, L. N. and Carden, S. R., “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution” (2000) 88(381) *Georgetown Law Journal* 381 (u daljem tekstu: Sadat and Carden, *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*), str. 389-390, i na Kreß, C., “International Criminal Law”, u: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press 2009, str. 3, 6.

⁴⁶¹ Tačijeva žalba, fusnota 99, gde se poziva na Sadat and Carden, *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*, fusnotu 35. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 75, gde se poziva na Gaeta, P., “The Defence of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law” (1999) 10.1 *European Journal of International Law* 172, str. 174, fusnotu 3.

⁴⁶² V. npr. SCSL, *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, 31. maj 2004, stav 33 (gde je Žalbeno veće Specijalnog suda za Sijera Leone, u vezi sa krivičnim delom regrutovanja dece u međunarodnim i unutrašnjim oružanim sukobima, iznelo mišljenje da su „diskusije vođene tokom pripremanja Rimskog statuta bile usmerene na kodifikaciju i delotvornu primenu postojeće običajno-pravne norme, a ne na stvaranje nove norme”). V. takođe ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, *Judgement*, 10. decembar 1998. (u daljem tekstu: *Furundžija Trial Judgement*), stav 227, gde je pretresno veće MKSJ-a zaključilo sledeće:

[Rimski statut] je usvojila golema većina država koje su prisustvovala Diplomatskoj konferenciji u Rimu a 26. novembra 1998. u velikoj ga je mjeri prihvatio 6. komitet Generalne skupštine. Statut se u mnogim područjima može smatrati za indikaciju pravnih gledišta, tj. *opinio juris* velikog broja država. [...] *zavisno o pitanju o kojem se raspravlja*, može se smatrati da Rimski statut ponovo formuliра, odražava ili pojašnjava pravila običajnog prava, ili ih pak kristalizira, dok u drugim područjima stvara novo ili mijenja postojeće pravo. (kurziv dodat, fusnote izostavljene).

Za suprotan stav v. Tačijevu žalbu, stav 76.

statut odražava *opinio juris* država potpisnica je žalbena presuda u predmetu *Tadić*, prema kojoj, zapravo, član 25(3)(d) Rimskog statuta sadrži pojam sličan UZP-u.⁴⁶³ Panel konstatuje da su, nasuprot tome, *ad hoc* sudovi dosledno dolazili do zaključka da „saizvršilaštvo“ nije predviđeno međunarodnim običajnim pravom.⁴⁶⁴ Međutim, panel prihvata stav da iako je jasno da pojam saizvršilaštva nije bio predviđen međunarodnim običajnim pravom 1998. godine, a naročito ne u periodu na koji se odnosi optužnica, taj bi pojam, u formi u kojoj je uvršćen u Rimski statut, u budućnosti mogao da postane deo međunarodnog običajnog prava na osnovu dosledne prakse.

168. Panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da činjenica da je saizvršilaštvo uvršćeno u Rimski statut nije relevantna za pitanje da li UZP I predstavlja vid odgovornosti prema međunarodnom običajnom pravu.⁴⁶⁵ Kao što tužilaštvo tačno iznosi,⁴⁶⁶ ni Rimski statut ni sudska praksa MKS-a ne isključuju UZP kao vid odgovornosti koji kontinuirano postoji u međunarodnom običajnom pravu.

169. Panel takođe smatra neubedljivim Tačijeve argumente u vezi sa akademskim promišljanjima sudije Šahabudina.⁴⁶⁷ Panel napominje da i pored toga što se izjave i publikacije visoko cenjenih univerzitetskih profesora mogu smatrati supsidijarnim izvorom za utvrđivanje međunarodnog običajnog prava,⁴⁶⁸ član 3(3) Zakona poziva

⁴⁶³ V. Tačijevu žalbu, stav 76, gde se upućuje na *Tadić Appeal Judgement*, stav 223. V. takođe *Tadić Appeal Judgement*, stav 222; ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, *Decision on the Confirmation of Charges*, 29. januar 2007, stavove 334-335; ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, 7. mart 2014, stav 1625.

⁴⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-A, *Judgement*, 22. mart 2006. (u daljem tekstu: *Stakić Appeal Judgement*), stav 62; *Dorđević Appeal Judgement*, stav 63. V. takođe STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/I/AC/R176bis, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16. februar 2011. (u daljem tekstu: *STL Interlocutory Decision*), stav 256.

⁴⁶⁵ Pobjana odluka, stav 187.

⁴⁶⁶ V. Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 50.

⁴⁶⁷ V. Tačijevu žalbu, stavove 68-69.

⁴⁶⁸ V. ICJ *Statute*, član 38(1)(d); *Dorđević Appeal Judgement*, stav 33. V. takođe *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 14, Commentary (3); ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, IT-00-39-A, *Separate Opinion of Judge Shahabuddeen*, 17. mart 2009, stavove 6-8.

sudije da se rukovode sudskom praksom *ad hoc* sudova. Panel pre svega smatra da se sudija Šahabudin u svojim akademskim tekstovima bavi UZP-om III zbog toga što taj koncept „dozvoljava da se neko osudi i bez dokaza o umišljaju”,⁴⁶⁹ a da je u svojstvu sudije ipak prihvatio usvajanje koncepta UZP-a u žalbenoj presudi u predmetu *Tadić*.⁴⁷⁰ Prema tome, sudija za prethodni postupak je ispravno zaključio da takve publikacije „ne mogu obesnažiti ustaljenu praksu međunarodnih sudova”.⁴⁷¹

170. Panel takođe smatra neubedljivim Tačijeve argumente da je koncept saizvršilaštva primenjen u postupcima vođenim pred raznim nacionalnim sudovima, a da se takođe javlja i u predmetima *Justice* i *RuSHA*. Umesto da navede precizne reference na sudsku praksu,⁴⁷² Tači se oslanja na akademske tekstove u kojima se raspravlja o tim predmetima⁴⁷³ i ne iznosi nikakve argumente koji bi opravdali zahtev da apelacioni panel iznova ispita te predmete. Konkretno, Tači ne objašnjava zbog čega je sudija za prethodni postupak pogrešio kada se oslonio na sudsku praksu žalbenih veća MKSR-a i MKSJ-a koja su navela predmete *Justice* i *RuSHA* kao dodatnu potvrdu običajno-pravne prirode UZP-a.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Shahabuddeen, M., “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise” u: S. Darcy and J. Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press 2010. (u daljem tekstu: Shahabuddeen, *Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise*), str. 188-191, 202. Autor napominje da će njegova argumentacija „biti ograničena na treću kategoriju udruženog zločinačkog poduhvata, pošto se na osnovni argument protiv prve i druge kategorije može mnogo lakše odgovoriti.”

⁴⁷⁰ Shahabuddeen, *Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise*, str. 201: „Pisac ovih redova imao je čast da predsedava Žalbenim većem MKSJ-a koje je usvojilo koncept udruženog zločinačkog poduhvata, i saglasan je sa njegovom odlukom u vezi sa tim pitanjem.” V. ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, IT-00-39-A, *Judgement*, 17. mart 2009, stavove 153-290 i *Separate Opinion of Judge Shahabuddeen*. V. takođe *Tadić Appeal Judgement*, stavove 187-228.

⁴⁷¹ V. pobijanu odluku, stav 188.

⁴⁷² Uputstvo Sekretarijata, član 46(1).

⁴⁷³ Tačijeva žalba, stav 78. V. takođe Tačijev prigovor nenadležnosti, stav 64.

⁴⁷⁴ V. pobijanu odluku, stav 185. V. takođe ICTR, *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR-98-44-AR72.4, *Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide*, 22. oktobar 2004, (u daljem tekstu: *Rwamakuba Appeal Decision on JCE*), stavove 13-31; *Brđanin Appeal Judgement*, stavovi 393-404. V. takođe ECCC, *Ieng Sary et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20. maj 2010. (u daljem tekstu: *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*), stavovi 65-68, gde je ECCC zaključio da

171. Osim toga, panel odbacuje kao neosnovanu Tačijevu neobrazloženu i nepotkrepljenu tvrdnju da je, zbog toga što su mnoge države primenile koncept sličan „saizvršilaštvu“ u postupcima vođenim pred nacionalnim sudovima, nemoguće da UZP predstavlja deo međunarodnog običajnog prava.⁴⁷⁵

172. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da Tači nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je UZP I kao vid odgovornosti predviđen međunarodnim običajnim pravom, i da je to bio slučaj i u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice. Stoga se Tačijev žalbeni razlog B3 odbija.

- (c) Da li je UZP III bio predviđen međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice (deo Veseljijevog žalbenog razloga 9; Seljimijev žalbeni razlog C2; deo Krasnićijevog žalbenog razloga 1)

173. Panel Apelacionog suda smatra da se relevantni deo Veseljijevog žalbenog razloga 9, Seljimijev žalbeni razlog C2 i deo žalbenog razloga 1 koji iznosi Krasnići preklapaju, s obzirom da se u svima njima tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je UZP III bio predviđen međunarodnim običajnim pravom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice. Stoga će ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

- (i) Argumentacija strana u postupku

174. Odbrana tvrdi da UZP III nije postojao u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice i traži da apelacioni panel poništi konstatacije sudije za prethodni postupak i zaključi da UZP III nema običajno-pravni

predmeti *Justice* i *RuSHA* „predstavljaju validnu ilustraciju stanja u međunarodnom običajnom pravu u vezi sa osnovnim oblikom i sistemskim oblikom UZP-a (UZP-a I i II).“

⁴⁷⁵ Tačijeva žalba, stav 78. O odbacivanju nepotkrepljenih tvrdnji bez daljeg razmatranja, v. KSC-BC-2020-07, F00005, *Decision on Nasim Haradinaj's Appeal Against Decision Reviewing Detention* /Odluka po žalbi Nasima Haradinaja na odluku o preispitivanju pritvora/, 9. februar 2021, stav 29 i pravne izvore na koje se tamo upućuje; odluka po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 22 i pravni izvori na koje se tamo upućuje; v. takođe odluku po Tačijevoj žalbi na preispitivanje pritvora, stav 41.

status.⁴⁷⁶ Sva četvorica optuženih tvrde da sudska praksa iz perioda posle Drugog svetskog rata na koju se oslonilo Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* ne ide u prilog uključivanju UZP-a III u međunarodno običajno pravo.⁴⁷⁷

175. Kako Seljimi navodi, čak i ako Specijalizovana veća mogu da primenjuju međunarodno običajno pravo, pa čak i ako se smatra da UZP ima običajno-pravni status, UZP III ipak nema taj status.⁴⁷⁸ Konkretno, Seljimi tvrdi da odstupanje UZP-a III od UZP-a I i II u pogledu uslova za postojanje subjektivnih obeležja krivičnog dela—odnosno oslanjanje na predvidivost rizika a ne na umišljaj—nema neophodno utemeljenje u pravnim izvorima kao običajno-pravna norma i Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* nije trebalo da usvoji taj koncept.⁴⁷⁹

176. Seljimi i Krasnići takođe tvrde da ni sudska praksa na koju upućuje Žalbeno veće Specijalnog suda za Liban (u daljem tekstu: STL) u interlokutornoj odluci STL-a, kao ni Statut Međunarodnog vojnog suda⁴⁸⁰ ni Zakon br. 10 Kontrolnog saveta,⁴⁸¹ na koje se oslonio sudija za prethodni postupak,⁴⁸² ne utvrđuju postojanje UZP-a III kao sastavnog dela međunarodnog običajnog prava.⁴⁸³ Seljimi i Krasnići iznose da su tri sudska veća Vanrednih veća Kambodže, posle detaljne analize sudske prakse iz perioda posle Drugog svetskog rata, uključujući pravne izvore na koje su se oslonila žalbena veća MKSJ-a i STL-a, zaključila da UZP III nije utemeljen u međunarodnom

⁴⁷⁶ Veseljijska žalba, stavovi 85-87; Seljimijeva žalba, stavovi 8(iii), 50, 54, 60-77, 80-81, 87(iii); Krasnićijeva žalba, stavovi 4(1), 12, 17, 55-58. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 61, 67, 80; Veseljijska replika, stav 41; Krasnićijeva replika, stav 10.

⁴⁷⁷ Veseljijska žalba, stavovi 85-86; Seljimijeva žalba, stavovi 53-56, 59-69, 72-77, 80; Krasnićijeva žalba, stavovi 17-32, 54-55. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 61; Seljimijeva replika, stavovi 22-25, 29-31, 40-43, 45; Krasnićijeva replika, stav 9.

⁴⁷⁸ Seljimijeva žalba, stav 50.

⁴⁷⁹ Seljimijeva žalba, stav 60. V. takođe Seljimijevu repliku, stavove 11-12.

⁴⁸⁰ *Charter of the International Military Tribunal – Annex to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 82 UNTS 279, 8. avgust 1945. (u daljem tekstu: *Nuremberg Charter*).

⁴⁸¹ *Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20. decembar 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946) (u daljem tekstu: *CCL10*).

⁴⁸² V. pobijanu odluku, stav 183.

⁴⁸³ Seljimijeva žalba, stavovi 54, 62-71, 82; Krasnićijeva žalba, stavovi 17, 33-38, 52-54.

običajnom pravu.⁴⁸⁴ Štaviše, prema Seljimičevim rečima, zaključak Vanrednih veća Kambodže nije tek izraz različitog gledišta u odnosu na druge sudove koji su prihvatili i nastavili da primenjuju rasuđivanje izneto u žalbenoj presudi u predmetu *Tadić*, već predstavlja „snažan udarac koji je nepovratno narušio naučno-pravne temelje strukture UZP-a III”.⁴⁸⁵

177. Seljimi tvrdi da je Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* pošlo od pretpostavke i donelo zaključak o pravnoj teoriji koja ili uopšte nije postojala, ili je u najboljem slučaju *možda* bila usvojena, a po Seljimičevom mišljenju postojanje takve „nedorečene” teorije nije primeren kriterijum za utvrđivanje običajno-pravnog statusa bilo koje teorije o vidu odgovornosti, a pogotovu ne teorije koja ima tako ozbiljne implikacije kao teorija o UZP-u III.⁴⁸⁶

178. Krasnići i Seljimi dalje iznose da dodatni predmeti iz perioda posle Drugog svetskog rata na koje tužilaštvo upućuje ne potkrepljuju zaključak da UZP III postoji u međunarodnom običajnom pravu, a čak i da je to slučaj, nekoliko predmeta ne čini potrebnu ustaljenu i doslednu praksu.⁴⁸⁷ Prema Krasnićevim rečima, Specijalizovana veća moraju da ocene da li ti predmeti iz perioda posle Drugog svetskog rata predstavljaju dovoljan osnov za zaključak da je UZP III postojao u međunarodnom običajnom pravu u relevantnom periodu, odnosno u martu 1998, kao i da, ukoliko se

⁴⁸⁴ Seljimičeva žalba, stavovi 53-56, 61-77, gde se poziva na *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*, stavove 49, 59, 78-83, 87; *ECCC, Ieng Sary et al.*, 002/19-09-2007/ECCC/TC, *Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 12. septembar 2011. (u daljem tekstu: *ECCC Case 002 Trial Chamber Decision*), stavovi 29-31; *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavovi 791-793, 795-806; Krasnićeva žalba, stav 54, gde se na uopšten način poziva na *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*; *ECCC Case 002 Trial Chamber Decision*; *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 64, gde se poziva na *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavove 773-810; Veseljičeva žalba, stav 86, gde se na uopšten način poziva na *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*; Krasnićeva žalba, fusnota 75, gde se poziva na *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavove 793-794, 800-801, 804.

⁴⁸⁵ Seljimičeva žalba, stavovi 53-58.

⁴⁸⁶ Seljimičeva žalba, stav 80.

⁴⁸⁷ Krasnićeva žalba, stavovi 39-51, 55, 58; Krasnićeva replika, stavovi 7-8; Seljimičeva replika, stavovi 26-28, 32-39. V. takođe odgovor tužilaštva u vezi sa UZP-om, stavove 72-83, 92-93.

utvrdi da to nije slučaj, princip zakonitosti ne dozvoljava da se koncept UZP-a III primenjuje u ovom predmetu.⁴⁸⁸

179. I na kraju, kako Krasnići navodi, to što UZP III kao vid odgovornosti ne postoji ni u jednom međunarodnopravnom ugovoru, uključujući Rimski statut, pobija argument da je UZP III predviđen međunarodnim običajnim pravom, s obzirom da pokazuje da u vezi s tim postoje razlike u praksi država i da ne postoji *opinio juris*.⁴⁸⁹ Veselji takođe tvrdi da je „160 država učesnica⁴⁹⁰ konferencije u Rimu” na kojoj je donet Rimski statut usvojilo vidove odgovornosti koji isključuju UZP III, i da to pokazuje odstupanje od postojećeg međunarodnog običajnog prava.⁴⁹¹ Veselji tvrdi da stoga „2021. godine postoje dva „međunarodna” vida odgovornosti koja su u dovoljnoj meri utemeljena u međunarodnom običajnom pravu”.⁴⁹²

180. Tužilaštvo odgovara da izjašnjenja optuženih treba odbaciti budući da potiču iz neimenovanih izvora, selektivna su i predstavljaju puko osporavanje argumenata sa kojima se optuženi ne slažu, ili pak ponavljanje argumenata koje je sudija za prethodni postupak već ocenio kao neubedljive.⁴⁹³ Tužilaštvo tvrdi da je UZP III čvrsto utemeljen u međunarodnom običajnom pravu i da predstavlja „adekvatan i pravičan vid odgovornosti koji se odnosi na odgovornost rukovodilaca za krivična dela izvršena u periodu 1998-1999”.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Krasnićijeva žalba, stavovi 13, 58.

⁴⁸⁹ Krasnićijeva žalba, stav 56. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 10; Tačijeva žalba, stavovi 69, 72-76, 78; Tačijeva replika, stav 18.

⁴⁹⁰ Veseljijeva žalba, stav 87. Panel primećuje da referenca na 160 država potpisnica koje su usvojile vidove odgovornosti koji isključuju UZP III nije tačna. Godine 1998, 120 država je glasalo za usvajanje Rimskog statuta. U 2021. godini, broj država potpisnica Rimskog statuta iznosi 123. V. npr. ICC Assembly of State Parties, ICC-ASP/20/9, *Report on the Activities of the International Criminal Court* (Dvadeseta sednica, Hag, 6-11. decembar 2021), 8. novembar 2021, str. 20.

⁴⁹¹ Veseljijeva žalba, stav 87.

⁴⁹² Veseljijeva žalba, stav 87.

⁴⁹³ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stavovi 45, 50-51; odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 42, 79; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 16. V. takođe odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 58.

⁴⁹⁴ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 2, 4-6, 40.

181. Odgovarajući na Seljimijevu argumentaciju prema kojoj se UZP III znatno razlikuje od UZP-a I i II zbog drugačijeg uslova u vezi sa subjektivnim obeležjima, kao i zbog toga što nema oslonac u međunarodnom običajnom pravu,⁴⁹⁵ tužilaštvo tvrdi da Seljimi zanemaruje značajno preklapanje tri kategorije UZP-a, kao i to da se one zapravo umnogome oslanjaju na iste pravne izvore.⁴⁹⁶ Konkretno, tužilaštvo navodi da odgovornost po osnovu UZP-a III nastaje samo kada je izvršilac, koji je već imao umišljaj, mogao da predvidi i predvideo je mogućnost da će biti učinjeno još neko krivično delo i voljno pristao na taj rizik; prema tome, UZP III, kad je reč o činjenicama, proističe iz istog dogovorenog ponašanja za koje su odgovorna lica optužena za učešće u UZP-u I.⁴⁹⁷

182. U svom odgovoru na Seljimijeve i Krasnićijeve argumente,⁴⁹⁸ tužilaštvo iznosi da pravni izvori iz ranog perioda posle Drugog svetskog rata, kao što su Nirnberška povelja i Zakon Kontrolnog saveta (u daljem tekstu: CCL10), kao i posleratna sudska praksa, idu u prilog tome da UZP III treba uvrstiti u međunarodno običajno pravo.⁴⁹⁹ Po rečima tužilaštva, u tim izvorima iz vremena odmah posle Drugog svetskog rata i u navedenoj sudskoj praksi možda se ne koriste uvek formulacije koje se „u potpunosti uklapaju“ u tri kategorije UZP-a, ili terminologija koju koriste današnji međunarodni sudovi, ali to i nije neophodno prema principu zakonitosti, koji zahteva samo da je optuženi u stanju da pojmi da su njegovi postupci protivzakoniti u opštem smislu te reči.⁵⁰⁰ Osim toga, tužilaštvo tvrdi da su veća Vanrednih veća Kambodže,

⁴⁹⁵ V. Seljimijevu žalbu, stav 60.

⁴⁹⁶ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 48, gde se poziva na odluku o potvrđivanju optužnice, stavove 105-115; *Tadić Appeal Judgement*, stavovi 196-204.

⁴⁹⁷ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 48, gde se poziva na *STL Interlocutory Decision*, stavove 243, 245; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 27.

⁴⁹⁸ V. gore stavove 174, 176.

⁴⁹⁹ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 5 (i, naročito, fusnota 10), 49-50, 52-74; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 25-27, 31-59.

⁵⁰⁰ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stavovi 51-52, gde se poziva na *Rwamakuba Appeal Decision on JCE*, stav 24; ICTY, *Prosecutor v. Hadžihasanović et al.*, IT-01-47-AR72, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, 16. jul 2003. (u daljem tekstu: *Hadžihasanović Appeal Decision*), stav 34; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 28-30.

MKSR-a i MKSJ-a zaključila da se na pomenute izvore može osloniti jer oni, između ostalog, pokazuju običajno-pravni status UZP-a.⁵⁰¹

183. Pored toga, tužilaštvo navodi da su doktrinu UZP-a III koja je temeljno obrađena u predmetu *Tadić* potom potvrdili MKSJ, MKSR, Rezidualni mehanizam, Specijalni sud za Sijera Leone, STL i drugi međunarodni sudovi i sudovi sa međunarodnom komponentom.⁵⁰² Međutim, tužilaštvo objašnjava da ne ukazuje na takvo rašireno prihvatanje određenog principa međunarodnog običajnog prava da bi tvrdilo da UZP III mora biti prihvaćen kao deo međunarodnog običajnog prava zbog broja sudova koji su ga prihvatili, već da bi pokazalo rašireno prihvatanje i potonju primenu načela na kojima UZP III počiva, a koja se navode u pravnim izvorima i sudskoj praksi iz vremena Drugog svetskog rata i koja su i dalje merodavna.⁵⁰³ Kako tužilaštvo iznosi, iako se Seljimi u velikoj meri oslanja na sudsku praksu Vanrednih veća Kambodže kada tvrdi da UZP III nema običajno-pravni status, sva tri veća Vanrednih veća Kambodže su potvrdila da UZP I i II postoje u međunarodnom običajnom pravu, a što se tiče UZP-a III, zaključci Vanrednih veća Kambodže su „zasnovani na pogrešnom i nepotpunom tumačenju relevantnih dokumenata”.⁵⁰⁴

184. U odgovoru na Veseljijeve i Krasnićijeve argumente u vezi sa Rimskim statutom, tužilaštvo tvrdi da Veselji pogrešno prikazuje pobijanu odluku zbog toga što ne priznaje da je sudija za prethodni postupak izneo eksplicitne zaključke u vezi sa uticajem Rimskog statuta na običajno-pravni status i merodavnost UZP-a, kako u vreme na koje se odnose optužbe, tako i danas.⁵⁰⁵ U nastavku svog odgovora, tužilaštvo ocenjuje kao neosnovan Veseljijev pokušaj da obrazloži svoju tvrdnju da

⁵⁰¹ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 76; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 61.

⁵⁰² Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 77; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 62.

⁵⁰³ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 77; Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 62.

⁵⁰⁴ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 77.

⁵⁰⁵ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 51, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 190. Tužilaštvo nije odgovorilo na ovaj konkretni Krasnićijev argument u odgovoru tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, ali je u odgovoru tužilaštva na Veseljijevu žalbu odgovorilo na sličan argument koji je izneo Veselji. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 10 (gde se tvrdi da tužilaštvo preskače relevantne izvore u kojima se UZP III ne prihvata, među kojima je najvažniji Rimski statut).

razvijanje koncepta „saizvršilaštva“ na MKS-u predstavlja promenu u odnosu na postojeći koncept UZP-a kao vida odgovornosti, i zaključuje da te Veseljijeve argumente treba odbaciti.⁵⁰⁶

185. Seljimi u replici navodi da tužilaštvo iznosi „apsurdne i nelogične“ argumente kada tvrdi da koncept UZP-a III zapravo proističe iz istog dogovorenog ponašanja za koje su odgovorni učesnici u UZP-u I i da, prema tome, ista sudska praksa na kojoj se zasniva koncept UZP-a I potkrepljuje i koncept UZP-a III.⁵⁰⁷ Kako Seljimi tvrdi, to pokazuje da je tužilaštvo svesno koliko je slab običajno-pravni status UZP-a III.⁵⁰⁸ Seljimi u replici dalje iznosi da prihvatanje UZP-a I i II od strane tri veća Vanrednih veća Kambodže nije relevantno za običajno-pravni status UZP-a III i da je taj argument samo još jedna manifestacija konfuzije koju tužilaštvo pokazuje kada govori o odnosu između UZP-a I i UZP-a III.⁵⁰⁹

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

186. Panel najpre podseća da je u gornjem tekstu već konstatovao da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da je UZP I postojao u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice.⁵¹⁰

187. Panel je takođe zaključio da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada se oslonio na odluke međunarodnih sudova i tribunala kako bi utvrdio da li je UZP prihvaćen kao deo međunarodnog običajnog prava i da je u vezi sa ovim konkretnim pitanjem razmatranje odluka drugih sudova pred kojima se sudilo za slična krivična dela kao pred Specijalizovanim većima najispravniji metod za utvrđivanje postojanja

⁵⁰⁶ Odgovor tužilaštva na Veseljijevu žalbu, stav 51.

⁵⁰⁷ Seljimijeva replika, stav 10, gde se poziva na odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 48.

⁵⁰⁸ Seljimijeva replika, stav 10. V. takođe Seljimijevu repliku, stavove 13-15; Krasnićijeva replika, stavovi 5-6.

⁵⁰⁹ Seljimijeva replika, stavovi 44-46.

⁵¹⁰ V. gore stavove 162-172.

određene norme u međunarodnom običajnom pravu.⁵¹¹ Pored toga, panel je izneo mišljenje da su zaključci *ad hoc* sudova posebno relevantni s obzirom na to da utvrđuju postojanje međunarodnog običajnog prava približno u vreme kada su izvršena krivična dela za koja se tereti u ovom predmetu.⁵¹² S tim u vezi, panel konstatuje da se sudija za prethodni postupak složio sa zaključcima Žalbenog veća MKSJ-a iznetim u predmetu *Tadić* da je UZP III postojao u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice.⁵¹³ Štaviše, panel je takođe konstatovao da je sudija za prethodni postupak razmotrio razloge iz kojih su Vanredna veća Kambodže odstupila od prethodne sudske prakse kad je reč o UZP-u III i obrazložio zašto se ne slaže sa njihovim zaključcima.⁵¹⁴

188. Panel podseća da se prema članu 3(3) Zakona sudije služe sudskom praksom međunarodnih sudova i tribunala kada se utvrđuje običajno međunarodno pravo koje je bilo na snazi u vreme kada su krivična dela izvršena.⁵¹⁵ Međutim, vrednost takve sudske prakse za utvrđivanje relevantnih običajno-pravnih normi zavisi kako od kvaliteta rasuđivanja, tako i od toga kako je pomenuta običajno-pravna norma prihvaćena u kasnijoj sudskoj praksi.⁵¹⁶

189. Panel najpre konstatuje da argumenti kojima odbrana osporava običajno-pravni status UZP-a III u velikoj meri predstavljaju ponavljanje izjašnjenja odbrane koja je sudija za prethodni postupak već razmotrio i odbio. Konkretno, panel napominje da odbrana u žalbi ponavlja svoje tvrdnje da su Vanredna veća Kambodže odstupila od zaključaka drugih međunarodnih sudova i tribunala da je UZP III prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu, a da sudska praksa iz perioda posle Drugog svetskog rata ne potkrepljuje u dovoljnoj meri uključivanje UZP-a III u

⁵¹¹ V. gore stavove 152-153 (gde je zaključeno da član 3(3) Zakona eksplicitno potvrđuje značaj takvih odluka kada treba utvrditi kakav je običajno-pravni status određene norme).

⁵¹² V. gore stav 155.

⁵¹³ V. pobijanu odluku, stav 186.

⁵¹⁴ V. gore stav 156.

⁵¹⁵ V. gore stav 152, gde se citira *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 13(1).

⁵¹⁶ *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 13, Commentary (3). V. takođe gore stav 152.

međunarodno običajno pravo.⁵¹⁷ Međutim, puko neslaganje odbrane sa zaključcima sudije za prethodni postupak nije dovoljno da bi se utvrdilo postojanje očigledne greške.⁵¹⁸ Panel smatra da odbrana ni u okviru žalbe navedenim argumentima nije pokazala da postoji bilo kakva realna greška.

190. Pored toga, po mišljenju panela, iako su Vanredna veća Kambodže odstupila od zaključka iz predmeta *Tadić* kada su odlučila da UZP III nije postojao u međunarodnom običajnom pravu u periodu njihove vremenske nadležnosti (od 1975. do 1979. godine),⁵¹⁹ to odstupanje nije presudno za određivanje statusa UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja krivičnih dela za koja se tereti u ovom predmetu. Pre svega, vremenska nadležnost Vanrednih veća Kambodže odnosi se na period koji za najmanje dve decenije prethodi periodu vremenske nadležnosti drugih međunarodnih sudova, kao što su, na primer, MKSJ ili STL.⁵²⁰ Povrh toga, u vreme kada su vršena krivična dela za koja se tereti u ovom predmetu, MKSJ je bio u punom zamahu, kao prvi međunarodni sud koji se oslanjao na presedan Nirnberškog suda, između ostalog i time što je bio usredsređen na „planove i poduhvate“, a sudska praksa u vezi sa vidovima odgovornosti se ubrzano uobličavala.⁵²¹ Kao što se detaljnije razmatra dalje u tekstu, MKSJ se prvi put bavio odgovornošću po osnovu UZP-a u decembru 1998, u predmetu *Furundžija*, a obeležja odgovornosti po osnovu UZP-a III je detaljnije razradio nedugo potom, u julu 1999, u predmetu *Tadić*.⁵²² Panel smatra da je pretežno poklapanje vremenskog okvira u kome se u sudskoj praksi MKSJ-a razvijalo tumačenje odgovornosti po osnovu UZP-a prema međunarodnom običajnom pravu i vremenskog okvira u kome su vršena krivična

⁵¹⁷ Uporedi Seljimijevu žalbu, stavove 60-77 sa Seljimijevim prigovorom nenadležnosti za UZP, stavovima 49-52, 56-68, kao i Seljimijevom replikom o UZP-u, stavovima 60-67; uporedi Krasnićijevu žalbu, stavove 17-54 sa Krasnićijevim prigovorom nenadležnosti, stavovima 24, 28-38, kao i Krasnićijevom replikom o UZP-u, stavovima 13-41.

⁵¹⁸ V. npr. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 64.

⁵¹⁹ V. ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision, stavove 49, 59, 78-83, 87; ECCC Case 002 Trial Chamber Decision, stavove 29-31; ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement, stavove 773-810.

⁵²⁰ V. ECCC Case 002 Trial Chamber Decision, stav 33.

⁵²¹ V. npr. *Furundžija* Trial Judgement; *Tadić* Appeal Judgement.

⁵²² *Furundžija* Trial Judgement; *Tadić* Appeal Judgement. V. takođe dole stavove 213-214.

dela za koja se tereti u ovom predmetu posebno relevantno za ocenu o tome da li je UZP III bio prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice.

191. Panel je svestan da se u zaključcima iz žalbene presude u predmetu *Tadić*, kao i u kasnijoj sudskoj praksi koja se odnosi na UZP III, upućuje na brojne pravne izvore iz perioda posle Drugog svetskog rata, koji prethodi vremenskoj nadležnosti Vanrednih veća Kambodže. Iako su Vanredna veća Kambodže zaključila da ti pravni izvori ne potkrepljuju u dovoljnoj meri uključivanje UZP-a III u međunarodno običajno pravo,⁵²³ kako je u vezi s tim primetio sudija za prethodni postupak, „o postojanju neke norme međunarodnog običajnog prava [...] mogu [se] voditi, a često se i vode argumentovane rasprave ”.⁵²⁴

192. S tim u vezi, panel smatra da je zaključak Žalbenog veća MKSJ-a o UZP-u III iznet u predmetu *Tadić* u međuvremenu raspravljen, potvrđen i usvojen u MKSJ-u,⁵²⁵

⁵²³ V. *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*, stavove 78-82 (gde se između ostalog poziva na Nirnberšku povelju, CCL10, US Military Tribunal, *US v. Haesiker et al.*, Case No. 12-489-1, Deputy Judge Advocate's Office, 7708 War Crimes Group – European Command, *Review and Recommendations*, 16. oktobar 1947. (u daljem tekstu: *Borkum Island case*), British Military Court for the Trial of War Criminals, *Trial of Erich Heyer and six others*, Essen, 18-19. i 21-22. decembar 1945, *UNWCC Law Reports*, vol. I (1949) (u daljem tekstu: *Essen Lynching case*)); *ECCC Case 002 Trial Chamber Decision*, stavovi 30-31 (gde se između ostalog poziva na *Borkum Island case*, *Essen Lynching case*, US Military Tribunal, *US v. Ulrich and Merkle*, Case No. 000-50-2-17, Deputy Judge Advocate's Office, 7708 War Crimes Group – European Command, *Review and Recommendations*, 12. jun 1947. (u daljem tekstu: *US v. Ulrich and Merkle case*), US Military Tribunal, *United States v. Wuelfert et al.*, Case No. 000-50-2-72, Deputy Judge Advocate's Office, 7708 War Crimes Group – European Command, *Review and Recommendations*, 19. septembar 1947. (u daljem tekstu: *US v. Wuelfert case*)); *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stavovi 791-801 (gde se između ostalog poziva na Italian Court of Cassation, *D'Ottavio et al.*, No. 270, Criminal Section I, *Judgment*, 12. mart 1947, objavljeno u: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), (u daljem tekstu: *D'Ottavio et al. case*), General Military Government Court of the United States Zone, *Martin Gottfried Weiss et al.*, Case No. 60, *Trial of Martin Gottfried Weiss and Thirty-Nine Others*, 15. novembar-13. decembar 1945, UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI at 5-17 (u daljem tekstu: *Dachau Concentration Camp case*), US Military Commission, *US v. Hartgen et al.*, Case No. 12-1497, *Review and Recommendations*, 23. avgust 1945. (u daljem tekstu: *Rüsselsheim case*).

⁵²⁴ Pobjana odluka, stav 186.

⁵²⁵ *Ojdanić Appeal Decision*, stav 30; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-A, *Judgment*, 17. septembar 2003, stavovi 29-32; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, *Judgment*, 25. februar 2004, stavovi 95, 99; *Stakić Appeal Judgement*, stavovi 100-103; ICTY, *Prosecutor v. Martić*, IT-95-11-A, *Judgment*, 8. oktobar 2008, stavovi 80-81; *Đorđević Appeal Judgement*, stavovi 48-53; *Popović et al. Appeal Judgement*, stavovi 1672-1674; ICTY, *Prosecutor v. Tolimir*, IT-05-88/2-A, *Judgment*, 8. april 2015, stavovi 281-282.

MKSR-u,⁵²⁶ Specijalnom sudu za Sijera Leone,⁵²⁷ STL-u⁵²⁸ i Rezidualnom mehanizmu, čime je ustanovljena ustaljena, rasprostranjena i dosledna praksa.⁵²⁹ Prema pomenutoj sudskoj praksi, odgovornost po osnovu UZP-a III postoji (i) kada se optuženi dogovorio sa drugima da sprovedu zajednički plan koji podrazumeva izvršenje krivičnog dela i kada je učestvovao u ostvarivanju tog zajedničkog plana (*actus reus*), ali gde (ii) jedan od počinitelja izvrši delo koje je, iako van zajedničkog plana, ipak prirodna i predvidiva posledica izvršenja tog zajedničkog cilja, i (iii) kada je optuženi sa umišljajem učestvovao u ostvarivanju zajedničkog cilja i svesno prihvatio rizik da može doći do izvršenja krivičnog dela (*mens rea*).⁵³⁰

193. Panel smatra da je sudija za prethodni postupak ispravno postupio kada je prihvatio gotovo jednoobraznu sudsku praksu međunarodnih sudova i tribunala i sudova sa međunarodnom komponentom,⁵³¹ i ukazuje na značaj ovog umnogome doslednog sudskog mišljenja o krivičnim delima koja su izvršena u istom periodu kao i krivična dela iz nadležnosti Specijalizovanih veća. Panel takođe smatra relevantnim to što je Vrhovni sud Kosova u nekoliko prilika zaključio da su svi vidovi odgovornosti po osnovu UZP-a „čvrsto utemeljeni“ u međunarodnom običajnom pravu, i to u predmetima vezanim za događaje koji su se odigrali približno u isto

⁵²⁶ ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, *Judgement*, 13. decembar 2004, stavovi 463-465; ICTR, *Prosecutor v. Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR72.5 and ICTR-98-44-AR72.6, *Decision on Jurisdictional Appeals: Joint Criminal Enterprise*, 12. april 2006, stavovi 15-16; ICTR, *Prosecutor v. Ngirabatware*, ICTR-99-54-T, *Judgement and Sentence*, 20. decembar 2012, stavovi 1299-1302; ICTR, *Prosecutor v. Karemera and Ngirumpatse*, ICTR-98-44-A, *Judgement*, 29. septembar 2014, stav 110.

⁵²⁷ SCSL, *Prosecutor v. Brima et al.*, SCSL-04-16-T, *Judgement*, 20. jun 2007, stav 61; SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-T, *Judgement*, 2. avgust 2007, stavovi 209-210; SCSL, *Prosecutor v. Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, *Judgment* (u daljem tekstu: *Sesay et al. Appeal Judgement*), 26. oktobar 2009, stavovi 398-400; *Taylor Trial Judgement*, stavovi 458, 466.

⁵²⁸ STL *Interlocutory Decision*, stav 256. U toj odluci, Žalbeno veće STL-a uputilo je na druge relevantne predmete da bi potkrepilo tezu o UZP-u III kao sastavnom delu međunarodnog običajnog prava, uključujući između ostalog predmete *RuSHA*, *Dachau Concentration Camp*, *US v. Ulrich and Merkle*, *US v. Wuelfert*.

⁵²⁹ V. *Karadžić Appeal Judgement*, stavove 435-437.

⁵³⁰ V. npr. *Tadić Appeal Judgement*, stavove 204, 227-228; *Brđanin Appeal Judgement*, stav 411; ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, IT-03-69-A, *Judgement*, 9. decembar 2015, stav 77; *Sesay et al. Appeal Judgement*, stavovi 398-400; STL *Interlocutory Decision*, stavovi 239, 241.

⁵³¹ V. pobijanu odluku, stav 186. V. takođe gore stavove 152-153.

vreme kao i događaji za koje se tereti u ovom predmetu.⁵³² Takva primena i prihvatanje ovog koncepta na Kosovu predstavljaju dodatni doprinos razvoju *opinio juris* kojim se UZP III prihvata kao deo međunarodnog običajnog prava.

194. Prema tome, panel konstatuje da ne postoje ubedljivi razlozi da se u ovom postupku prihvati drugačiji zaključak o statusu UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu. Panel prihvata da je bilo određenih kontroverzi u vezi sa *primenom* UZP-a III u praksi, ali u isti mah konstatuje da se u ovoj odluci bavi pitanjem da li su Specijalizovana veća nadležna za UZP III kao takav.

195. Na kraju, panel će razmotriti Veseljijeve i Krasnićijeve tvrdnje da to što UZP III ne postoji kao vid odgovornosti u Rimskom statutu, a isto tako ni u jednom međunarodnopravnom ugovoru, pokazuje da je praksa država neujednačena, da *opinio juris* o tom pitanju ne postoji, i da primena tog koncepta stoga predstavlja odstupanje od postojećeg međunarodnog običajnog prava.⁵³³ Panel pre svega podseća na svoje razmatranje, gore u tekstu, sličnih argumenata iznetih u vezi sa UZP-om I, kao i na svoj zaključak da uključivanje „saizvršilaštva“ u Rimski statut, ili njegovo usvajanje kao vida odgovornosti u nacionalnom zakonodavstvu različitih država, nije presudno za određivanje statusa UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu.⁵³⁴ Panel takođe podseća da iako je norma utvrđena nekim međunarodnopravnim ugovorom obavezujuća samo za države potpisnice, ona može da odražava normu međunarodnog običajnog prava, između ostalog ukoliko se utvrdi da se normom iz ugovora kodifikuje običajno-pravna norma.⁵³⁵ Panel je u gornjem tekstu već

⁵³² V. npr. Kosovo, Vrhovni sud, *L. G. i drugi* (predmet poznat i kao „suđenje Lapskoj grupi“), APKZ 89/2010, *Presuda*, 26. januar 2011, stavovi 114-115 (prvo ponovno suđenje). Ti zaključci su prihvaćeni na drugom ponovnom suđenju. V. Kosovo, Vrhovni sud, *L.G. i drugi*, Plm Kzz 18/2016, *Presuda*, 13. maj 2016, stav 69 (drugo ponovno suđenje). V. takođe Kosovo, Vrhovni sud, *E.K i S.B.*, PAII 3/2014, *Presuda*, 7. avgust 2014. (u daljem tekstu: *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2014*), stavove xli-xlii; Kosovo, Vrhovni sud, *S.K. i drugi*, Astr.-Kz No 371/2008, *Presuda*, 10. april 2009. (u daljem tekstu: *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2009*), str. 14-16, 63-64. V. takođe dole stav 223.

⁵³³ V. Veseljijevu žalbu, stav 87; Krasnićijeva žalba, stav 56; Krasnićijeva replika, stav 10. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 69-78; Tačijeva replika, stavovi 17-19.

⁵³⁴ V. gore stavove 163-168, 170-171.

⁵³⁵ V. gore stav 164, gde se citira *ILC Draft Conclusions*, Conclusion 11.

konstatovao da se slaže sa sudijom za prethodni postupak da države potpisnice Rimskog statuta nisu imale nameru da kodifikuju međunarodno običajno pravo kad je reč o vidovima odgovornosti.⁵³⁶ Po mišljenju panela, argumenti koje optuženi iznose u vezi sa UZP-om III ne razlikuju se od njihovih sličnih i povezanih tvrdnji u vezi sa UZP-om I. Imajući sve to u vidu, panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da činjenica da UZP III nije uvršćen u Rimski statut, niti u neki drugi međunarodnopravni ugovor, nije presudna za utvrđivanje toga da li je UZP III u relevantno vreme postojao kao vid odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu.

196. Imajući gorenavedeno u vidu, Panel Apelacionog suda smatra da optuženi nisu pokazali da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je UZP III kao vid odgovornosti predviđen međunarodnim običajnim pravom, i da je to bio slučaj i u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice. Panel stoga odbija relevantne delove Veseljijevog žalbenog razloga 9 i Krasnićijevog žalbenog razloga 1, kao i Seljimijev žalbeni razlog C2.

(d) Da li je UZP III u saglasnosti sa principom zabrane retroaktivnosti (Seljimijev žalbeni razlog C3)

(i) Argumentacija strana u postupku

197. Seljimi tvrdi da bi primena UZP-a III u ovom predmetu predstavljala kršenje člana 7 Evropske konvencije i člana 15 Međunarodnog pakta.⁵³⁷ Po njegovom mišljenju, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava bila je usredsređena na „suštinske faktore“ za utvrđivanje statusa određenog vida odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu pre nego što je počela da se bavi pitanjem na koji način je taj vid odgovornosti primenjivan na međunarodnim sudovima.⁵³⁸ Kako on

⁵³⁶ V. gore stavove 163-168. V. takođe pobijanu odluku, stavove 187, 189.

⁵³⁷ Seljimijeva žalba, stavovi 82, 85.

⁵³⁸ Seljimijeva žalba, stavovi 83-84. Ti suštinski faktori, kako Seljimi tvrdi, obuhvataju pitanja da li je određeni vid odgovornosti: (i) primenjivan na suđenjima vođenim pre Drugog svetskog rata; (ii) da li se javlja u pravnim instrumentima kojima se kodifikuju pravne norme i u državnim deklaracijama iz

tvrdi, ako se ovo prihvati kao standard, to što je u predmetu *Tadić* UZP III proglašen delom međunarodnog običajnog prava bilo bi irelevantno za određivanje njegovog običajno-pravnog statusa.⁵³⁹

198. Tužilaštvo odgovara da se sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava na koju upućuje Seljimi odnosi na hipotetički stav prema odgovornosti pretpostavljenog i da stoga nije relevantna za pitanje zakonitosti primene koncepta UZP-a i UZP-a III.⁵⁴⁰ Tužilaštvo takođe navodi da Seljimi nije izneo nijedan konkretni pravni argument koji bi predstavljao žalbeni razlog protiv zakonitosti primene UZP-a.⁵⁴¹

(ii) Ocena panela Apelacionog suda

199. Panel konstatuje da Seljimi ne ukazuje na neku konkretnu grešku sudije za prethodni postupak, niti navodi koje zaključke iz pobijane odluke želi da ospori u ovom žalbenom razlogu. Osim toga, iako Seljimi u svom prigovoru nenadležnosti za UZP i replici o UZP-u, upućenim sudiji za prethodni postupak, tvrdi da bi primena UZP-a III od strane Specijalizovanih veća predstavljala kršenje principa zakonitosti,⁵⁴² on se tek u žalbi prvi put poziva na sudska praksu Evropskog suda za ljudska prava. Panel stoga smatra da bi se ovaj Seljimijev žalbeni razlog mogao odbaciti i samo po tom osnovu.⁵⁴³

200. U svakom slučaju, Panel Apelacionog suda smatra Seljimijeve argumente neubedljivim. Po mišljenju panela, Evropski sud za ljudska prava je prosto nabrojao faktore za koje je smatrao da potvrđuju običajno-pravni status odgovornosti pretpostavljenog u vezi sa jednim predmetom u kome se sudilo za ratne zločine

perioda za vreme i neposredno posle završetka Drugog svetskog rata; i (iii) da li je zadržan u primeni, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou, na suđenjima za zločine izvršene tokom Drugog svetskog rata. V. Seljimijevu žalbu, stav 83, gde se poziva na *Kononov v. Latvia* Judgment, stav 211.

⁵³⁹ Seljimijeva žalba, stav 84.

⁵⁴⁰ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, stav 78.

⁵⁴¹ Odgovor tužilaštva na Seljimijevu žalbu, fusnota 185.

⁵⁴² V. npr. Seljimijev prigovor nenadležnosti za UZP, stavove 69-74; Seljimijeva replika o UZP-u, stavovi 34, 39-47.

⁵⁴³ V. odluku po žalbi na odluku o preliminarim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 15.

izvršene u Drugom svetskom ratu, a u okviru toga je konstatovao da je taj običajno-pravni status potvrđen u sudskoj praksi i statutima međunarodnih sudova i tribunala.⁵⁴⁴ Pristup Evropskog suda za ljudska prava ne razlikuje se od pristupa koga se pridržavao sudija za prethodni postupak i koji je panel potvrdio, a prema kome određeni vid odgovornosti, u ovom slučaju UZP III, mora postojati u međunarodnom običajnom pravu koje je bilo merodavno u vreme kada su se odigrali događaji za koje se tereti.⁵⁴⁵ S tim u vezi, panel podseća na svoje zaključke, iznete u gornjem tekstu, da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada se oslonio na presedan iz predmeta *Tadić* i kasniju sudsku praksu u kojoj je taj presedan prihvaćen kao merilo za određivanje međunarodnog običajnog prava.⁵⁴⁶ Imajući gorenavedeno u vidu, i pošto je zaključio da je UZP III predviđen međunarodnim običajnim pravom,⁵⁴⁷ panel smatra da nije prekršen princip zabrane retroaktivnosti predviđen članom 7 Evropske konvencije i članom 15 Međunarodnog pakta.⁵⁴⁸ Stoga se Seljimijev žalbeni razlog C3 odbacuje.

3. Da li je UZP bio predvidiv i dostupan optuženima (Tačijev žalbeni razlog B4; Krasnićijev žalbeni razlog 2)

201. Panel primećuje da postoji preklapanje argumenata, iznetih u okviru Tačijevog žalbenog razloga B4 i Krasnićijevog žalbenog razloga 2, o tome da li je UZP bio predvidiv i dostupan optuženima, zbog čega će ti žalbeni razlozi biti razmotreni zajedno.

(a) Argumentacija strana u postupku

202. Tači tvrdi da je zaključak sudije za prethodni postupak da je UZP bio predvidiv i dostupan optuženima u toj meri nepravičan i neosnovan da predstavlja zloupotrebu

⁵⁴⁴ V. *Kononov v. Latvia* Judgment, stav 211. V. takođe Seljimijevu žalbu, stav 83.

⁵⁴⁵ V. gore stav 196; pobijana odluka, stavovi 181-186; *Kononov v. Latvia* Judgment, stavovi 211, 213.

⁵⁴⁶ V. gore stavove 152-153.

⁵⁴⁷ V. gore stav 196.

⁵⁴⁸ V. gore stavove 35-40.

diskrecionih prava, dok, po Krasnićijevom mišljenju, taj zaključak predstavlja grešku u primeni prava i grešku u utvrđivanju činjenica.⁵⁴⁹

203. I Tači i Krasnići tvrde da nijedan od faktora na koje se sudija za prethodni postupak oslonio ne pokazuje da su oni u martu 1998. mogli da znaju da bi njihovo učešće u zajedničkom planu moglo za sobom povući krivičnu odgovornost, i to kako za krivična dela izvršena u okviru tog plana, tako i za predvidiva krivična dela koja izlaze iz njegovog okvira.⁵⁵⁰ Oni, konkretno, iznose sledeće argumente: (i) sve do 18 meseci pre donošenja žalbene presude u predmetu *Tadić*, u vreme događaja za koje se tereti u optužnici, UZP je u međunarodnom običajnom pravu postojao samo kao zaključak izveden iz ograničenog broja predmeta iz perioda posle Drugog svetskog rata, koji nisu bili poznati na Kosovu, a u kojima UZP nije bio jasno definisan kao vid odgovornosti;⁵⁵¹ (ii) prvostepena presuda u predmetu *Furundžija* doneta je 10. decembra 1998, odnosno devet meseci nakon početka perioda na koji se odnosi optužnica u ovom predmetu, a u toj presudi pojmovi UZP i saizvršilaštvo se koriste naizmenično, u ekvivalentnom značenju;⁵⁵² (iii) zaključak da su optuženima, s obzirom na njihove visoke položaje, kao i zbog odgovornosti i ovlašćenja koje su navodno imali, bile dostupne informacije na osnovu kojih su mogli predvideti odgovornost po osnovu UZP-a, predstavlja nepotkrepljenu i spornu tvrdnju koja će se tek dokazivati na suđenju⁵⁵³ i koja takođe zanemaruje realne uslove u kojima se vodio sukob;⁵⁵⁴ i, na kraju, (iv) sudija za prethodni postupak je pošao od nerealne pretpostavke da su optuženi bili upoznati sa postupcima koji su se u

⁵⁴⁹ Tačijeva žalba, stavovi 2(vii), 86; Krasnićijeva žalba, stav 4(2); Tačijeva replika, stav 22.

⁵⁵⁰ Tačijeva žalba, stavovi 82-83; Krasnićijeva žalba, stav 61.

⁵⁵¹ Tačijeva žalba, stavovi 81-83; Krasnićijeva žalba, stavovi 62, 65; Krasnićijeva replika, stav 13.

⁵⁵² Krasnićijeva žalba, stav 63.

⁵⁵³ Krasnićijeva žalba, stav 64.

⁵⁵⁴ Tačijeva žalba, stavovi 82-83; Krasnićijeva žalba, stav 64.

predmetno vreme vodili pred MKSJ-om.⁵⁵⁵ Krasnići takođe tvrdi da ovi argumenti imaju još veću težinu u odnosu na UZP III.⁵⁵⁶

204. Krasnići dalje iznosi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je bilo dovoljno da predvidivost odgovornosti po osnovu UZP-a postoji u međunarodnom običajnom pravu *ili* u „zakonima Kosova”.⁵⁵⁷ Prema Krasnićijevom tumačenju, pojam UZP-a dolazi direktno iz međunarodnog običajnog prava, tako da je od presudnog značaja upravo to da li je predvidivost odgovornosti po osnovu UZP-a postojala u međunarodnom običajnom pravu, dok su „zakoni Kosova” relevantni samo u meri u kojoj su optuženi mogli na osnovu njih da se upoznaju sa međunarodnim običajnim pravom.⁵⁵⁸

205. Kad je reč o tome da li je UZP III bio predvidiv na osnovu zakona koji su u vreme predmetnih događaja bili na snazi na Kosovu, i Tači i Krasnići tvrde da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da članovi 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. godine sadrže elemente UZP-a,⁵⁵⁹ a, po Tačijevom mišljenju, sudija za prethodni postupak nije ni razmotrio njegova izjašnjenja u vezi s tim pitanjem.⁵⁶⁰ Krasnići tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada se, prilikom izvođenja tog zaključka, oslonio na jednu odluku koju je Vrhovni sud Kosova doneo u maju 2012. godine, s obzirom na sledeće faktore: (i) ta odluka ne ide u prilog tumačenju da je UZP III bio prihvaćen koncept ili da je bio predvidiv u martu 1998, odnosno u vreme kada su izvršena krivična dela iz optužnice;⁵⁶¹ (ii) sudija za prethodni postupak je pogrešno protumačio odluku;⁵⁶² i (iii) kasnije odluke Apelacionog suda Kosova su bile

⁵⁵⁵ Tačijeva žalba, stavovi 82-83; Krasnićijeva žalba, stav 64. V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 14.

⁵⁵⁶ Krasnićijeva žalba, stav 66, gde se poziva na svoju argumentaciju iz žalbenog razloga 1.

⁵⁵⁷ Krasnićijeva žalba, stav 60, gde se poziva na pobijanu odluku, stav 193.

⁵⁵⁸ Krasnićijeva žalba, stav 60.

⁵⁵⁹ Tačijeva žalba, stav 84; Krasnićijeva žalba, stav 67.

⁵⁶⁰ Tačijeva žalba, stav 85. V. takođe Tačijevu žalbu, stav 86; Tačijeva replika, stav 20.

⁵⁶¹ Krasnićijeva žalba, stavovi 59, 67, gde se poziva na Kosovo, Vrhovni sud, *D.N.*, Ap-Kz 67/2011, *Presuda*, 29. maj 2012. (u daljem tekstu: *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2012*). V. takođe Krasnićijevu repliku, stav 15.

⁵⁶² Krasnićijeva žalba, stav 67. Krasnići tvrdi da se u presudi Vrhovnog suda Kosova iz 2012. član 13 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. tumači samo u vezi sa članom 25, a ne i sa članovima 22 ili 26.

u suprotnosti sa presudom Vrhovnog suda Kosova iz 2012. i u njima je zaključeno da koncepti UZP I i UZP III nisu merodavni.⁵⁶³ Tači tome dodaje argument da UZP nije bio priznat ni u srpskim zakonima, kao što je Ustavni sud Srbije zaključio u jednoj skorašnjoj odluci.⁵⁶⁴

206. Tužilaštvo odgovara da je sudija za prethodni postupak primenio ispravan pravni standard i da je na adekvatan način razmotrio argumente odbrane prema kojima predvidivost nije postojala zbog toga što korišćena terminologija nije bila sasvim precizna ni ujednačena.⁵⁶⁵ Po mišljenju tužilaštva, proces tokom koga se pravila o krivičnoj odgovornosti sudskim tumačenjem postepeno razjašnjavaju, ne predstavlja kršenje principa zakonitosti.⁵⁶⁶

207. Tužilaštvo je takođe saglasno sa mišljenjem sudije za prethodni postupak da temeljna obrada UZP-a u predmetu *Tadić* predstavlja potvrdu da se taj vid odgovornosti može primenjivati počev od perioda kada su se odigrali predmetni događaji u predmetu *Tadić*—odnosno od juna 1992.—što prethodi periodu na koji se odnosi optužnica u ovom predmetu.⁵⁶⁷ Tužilaštvo se slaže sa sudijom za prethodni postupak da je uslov predvidivosti ispunjen ukoliko se može utvrditi da je neko, na osnovu formulacije iz relevantne odredbe zakona, a po potrebi i uz pomoć sudskog tumačenja, mogao znati koje će radnje činjenja i nečinjenja povući za sobom krivičnu odgovornost.⁵⁶⁸ S tim u vezi, tužilaštvo konstatuje da su Nirnberška povelja i odluke donete posle Drugog svetskog rata objavljeni i postali dostupni javnosti u okviru zvaničnih izveštaja Komisije Ujedinjenih nacija za ratne zločine, počev od 1947. godine (u daljem tekstu: pravni izveštaji Komisije UN-a za ratne zločine ili UNWCC Law

⁵⁶³ Krasnićijeva žalba, stav 67, gde se poziva na presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2012.

⁵⁶⁴ Tačijeva žalba, stavovi 83-84, gde se poziva na odluku Ustavnog suda Srbije, str. 14.

⁵⁶⁵ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 51-52; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 64.

⁵⁶⁶ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 52; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 64.

⁵⁶⁷ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 53, gde se citira *Ojdanić* Appeal Decision, stav 29; Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 65.

⁵⁶⁸ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 54; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 66.

Reports).⁵⁶⁹ Tužilaštvo takođe tvrdi da je nemoguće da Glavni štab OVK nije znao za suđenja koja su bila u toku u MKSJ-u, s obzirom na to da je MKSJ bio nadležan i za zločine izvršene na Kosovu, a glavni tužilac MKSJ-a i Savet bezbednosti UN-a javno su govorili o tome da se vode istrage u vezi sa tim zločinima, od kojih su neke bile usmerene upravo na vođe kosovskih Albanaca.⁵⁷⁰

208. Tužilaštvo povrh toga tvrdi da odbrana prosto nije saglasna sa tumačenjem relevantnih odredbi Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. godine koje daje sudija za prethodni postupak, kao ni sa njegovim zaključkom da su domaći zakoni Kosova relevantni za ocenjivanje predvidivosti i dostupnosti.⁵⁷¹ Tužilaštvo smatra da ne postoji uslov da je neka odredba iz domaćih zakona Kosova morala da bude primenjena u nekom sličnom predmetu protiv nekog sličnog optuženog pre 1998. godine,⁵⁷² a smatra i da sudska praksa MKSJ-a potvrđuje tumačenje odredbi domaćih zakona koje daje sudija za prethodni postupak.⁵⁷³

209. Tači u replici navodi da tužilaštvo ne može u žalbenom postupku da pokušava da „zakrpi rupe“ u rezonovanju sudije za prethodni postupak, na primer u vezi sa tim da su istrage MKSJ-a i izjave upućene vođama kosovskih Albanaca navodno bile poznate javnosti na Kosovu 1998. godine,⁵⁷⁴ a da je argument da su vođe OVK znale da MKSJ vodi istrage, kao i da bi oni i sami mogli biti krivično gonjeni, u svakom slučaju neosnovan, a osim toga nije ni relevantan za pitanje predvidivosti UZP-a.⁵⁷⁵

210. Krasnići u svojoj replici iznosi da iz tvrdnji tužilaštva nije jasno da li su pravni izveštaji Komisije UN-a za ratne zločine ili predmeti na koje se tužilaštvo poziva da bi

⁵⁶⁹ Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, fusnota 168.

⁵⁷⁰ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 55; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 67.

⁵⁷¹ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stavovi 56-57; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavovi 68-69.

⁵⁷² Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 69.

⁵⁷³ Odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 57; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 69.

⁵⁷⁴ Tačijeva replika, stav 21.

⁵⁷⁵ Tačijeva replika, stav 22.

potkrepilo svoje teze o UZP-u III⁵⁷⁶ bili prevedeni na albanski jezik i dostupni na Kosovu.⁵⁷⁷ Što se pak tiče javnih izjava predstavnika MKSJ-a, Krasnići konstatuje da je bilo ispravno što se sudija za prethodni postupak na njih nije oslonio, pošto optuženi nisu mogli na osnovu tih izjava da budu obavešteni o bilo kom vidu odgovornosti, uključujući UZP III.⁵⁷⁸

(b) Ocena panela Apelacionog suda

211. Panel najpre podseća da prema članu 7(1) Evropske konvencije i članu 33(1) Ustava Kosova princip zakonitosti nalaže da u zakonu moraju da budu jasno definisana krivična dela i sankcije kojima se kažnjava lice koje ta dela izvrši, i to „tako da zakon bude dostupan, a posledice predvidive”.⁵⁷⁹ Optuženima u relevantno vreme, osim krivičnih dela, moraju da budu dovoljno predvidivi i dostupni i odgovarajući vidovi odgovornosti.⁵⁸⁰ Panel s tim u vezi prihvata kriterijum koji je sudija za prethodni postupak utvrdio u pogledu principa zakonitosti i uslova predvidivosti i dostupnosti.⁵⁸¹

212. Apelacioni panel će prvo razmotriti argumente odbrane koji se odnose na dostupnost i predvidivost u međunarodnom običajnom pravu. Panel podseća da kada se ocenjuje da li su ispunjeni uslovi dostupnosti i predvidivosti treba uzeti u obzir specifičnu prirodu međunarodnog prava, uključujući njegovo oslanjanje na nepisanu ali ustaljenu praksu.⁵⁸² Dostupnost se može pokazati ako su u relevantnom

⁵⁷⁶ Kako tužilaštvo tvrdi, sledeći predmeti potkrepljuju postojanje UZP-a III: predmet *Essen Lynching*, predmet *Borkum Island*, predmet *D'Ottavio et al.*, predmet *Rüsselsheim*, predmet *Ikeda, Ishiyama et al.* i predmet *Tashiro et al.* V. Odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stavove 32-59.

⁵⁷⁷ Krasnićijeva replika, stav 13.

⁵⁷⁸ Krasnićijeva replika, stav 14.

⁵⁷⁹ V. ECtHR, *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy*, br. 1828/06, 34163/07, 19029/11, *Judgment*, 28. jun 2018, stav 242.

⁵⁸⁰ *Ojdanić Appeal Decision*, stav 37; ECCC, *Kaing Guek Eav alias Duch*, 001/18-07-2007-ECCC/SC, *Appeal Judgement*, 3. februar 2012. (u daljem tekstu: *ECCC Case 001 Supreme Court Appeal Judgement*), stav 96.

⁵⁸¹ Pobjana odluka, stav 193 i tamo citirani pravni izvori.

⁵⁸² ECCC, *Kaing Guek Eav alias Duch*, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Chamber, *Judgement*, 26. jul 2010. (u daljem tekstu: *ECCC Case 001 Trial Judgement*), stav 31. V. takođe *Kononov v. Latvia Judgment*, stav 237.

periodu postojali neki merodavni međunarodnopravni ugovor ili odgovarajuća običajno-pravna norma.⁵⁸³ Kao što je sudija za prethodni postupak podsetio, da bi uslov predvidivosti bio ispunjen, „optuženi su morali biti u stanju da pojme da su njihovi postupci protivzakoniti u opštem smislu te reči, nezvezano s konkretnim odredbama”.⁵⁸⁴

213. Sudija za prethodni postupak je konstataciju da je UZP bio predvidiv na osnovu međunarodnog običajnog prava zasnovao na sledećim faktorima: (i) svom zaključku da su UZP I i UZP III bili predviđeni međunarodnim običajnim pravom u vreme kada su se odigrali događaji za koje se tereti u ovom predmetu; (ii) na tome da je MKSJ prvi put utvrdio odgovornost po osnovu UZP-a u prvostepenoj presudi u predmetu *Furundžija* iz decembra 1998; (iii) visokim položajima koje su optuženi zauzimali u OVK; (iv) opštem normativnom okviru posle Drugog svetskog rata; i (v) sudskim postupcima koji su se vodili pred MKSJ-om u predmetno vreme.⁵⁸⁵

214. Kad je reč o argumentima odbrane da pre donošenja žalbene presude u predmetu *Tadić* nije postojala dostupna definicija UZP-a koja bi omogućila optuženima da predvide njegovu primenu,⁵⁸⁶ panel podseća da je iz žalbene presude u predmetu *Tadić*,⁵⁸⁷ kao i iz kasnije sudske prakse međunarodnih sudova i tribunala, očigledno da je u vreme izvršenja krivičnih dela za koja se tereti u ovom predmetu UZP bio jasno prepoznat kao vid odgovornosti predviđen međunarodnim običajnim pravom.⁵⁸⁸ Panel s tim u vezi primećuje da period u kome su izvršena krivična dela iz predmeta *Tadić* i predmeta *Furundžija* prethodi

⁵⁸³ ECCC 001 Supreme Court Appeal Judgement, stav 160.

⁵⁸⁴ Pobijana odluka, stav 193, gde se poziva na *Hadžihasanović* Appeal Decision, stav 34; ECCC Case 001 Trial Judgement, stav 31. V. takođe ECCC Case 001 Supreme Court Appeal Judgement, stav 160.

⁵⁸⁵ Pobijana odluka, stav 194.

⁵⁸⁶ Krasnićijeva žalba, stav 62; Tačijeva žalba, stav 82.

⁵⁸⁷ *Tadić* Appeal Judgement, stavovi 195-226.

⁵⁸⁸ V. gore stavove 162-172 (u vezi sa UZP-om I) i 186-196 (u vezi sa UZP-om III).

periodu na koji se odnosi optužnica u ovom predmetu.⁵⁸⁹ Apelacioni panel smatra da nema ničeg spornog u vezi sa datumom donošenja žalbene presude u predmetu *Tadić*, budući da njome nije formulisana nova pravna norma, već su u njoj, na osnovu postojećeg međunarodnog običajnog prava, samo temeljno obrađena i razjašnjena obeležja UZP-a. Panel s tim u vezi podseća da princip zakonitosti dopušta postepeno razjašnjavanje pravila krivične odgovornosti putem sudskog tumačenja, kao i progresivni razvoj prava.⁵⁹⁰ Osim toga, zaključci Žalbenog veća MKSJ-a u predmetu *Tadić* i kasnija međunarodna sudska praksa u vezi sa UZP-om uglavnom su bili zasnovani na normativnom okviru iz perioda Drugog svetskog rata⁵⁹¹ i sudskoj praksi iz vremena posle Drugog svetskog rata,⁵⁹²

⁵⁸⁹ U predmetu *Tadić*, događaji za koje je optuženi osuđen po osnovu UZP-a odigrali su se 14. juna 1992. U predmetu *Furundžija*, krivična dela su izvršena 15. maja 1993. ili približno tog datuma. V. takođe odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 53.

⁵⁹⁰ V. ECtHR, *S.W. v. the United Kingdom*, br. 20166/92, *Judgment*, 22. novembar 1995, stav 36:

Koliko god jasno neka pravna odredba bila formulisana, u svakom pravnom sistemu, pa i u okviru krivičnog prava, neminovno postoji element sudskog tumačenja. Uvek će postojati potreba da se razjasne sporne tačke i da se odredba prilagodi prilikama, a one se stalno menjaju. I zaista, u Ujedinjenom Kraljevstvu, kao i u drugim državama potpisnicama Konvencije, progresivni razvoj krivičnog prava na osnovu sudskih odluka predstavlja ustaljeni i neophodni deo pravne tradicije. Član 7 Evropske konvencije ne može se tumačiti tako da se njime protivzakonitom proglašava postepeno razjašnjavanje pravila o krivičnoj odgovornosti, do kog se dolazi sudskim tumačenjem jednog predmeta za drugim, pod uslovom da je takav razvoj u tumačenju u skladu sa suštinom krivičnog dela i da se objektivno može predvideti.

V. takođe ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, br. 14307/88, *Judgment*, 25. maj 1993, stav 40; ECtHR, *C.R. v. the United Kingdom*, br. 20190/92, *Judgment*, 22. novembar 1995, stav 34; ECtHR, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, *Judgment*, 22. mart 2001, stav 82; *Ojdanić Appeal Decision*, stav 38.

⁵⁹¹ Nirnberška povelja i CCL10.

⁵⁹² U vezi sa UZP-om III, v. gore stavove 182, 191.

a velika većina relevantnih materijala bila je već objavljena⁵⁹³ u vreme kada su se odigrali događaji za koje se tereti u ovom predmetu.⁵⁹⁴

215. Kad je reč o visokim položajima koje su optuženi zauzimali u OVK, panel smatra neuverljivim argumente odbrane u vezi s tim pitanjem.⁵⁹⁵ Uslov predvidivosti, koji nalaže da predmetno lice, ako je potrebno, dobije odgovarajući pravni savet kako bi moglo da oceni posledice svojih postupaka,⁵⁹⁶ još je stroži kada je reč o licima koja imaju veću odgovornost, a naročito licima koja zauzimaju rukovodeće položaje u državnim organima i starešinama koji komanduju vojnim i paravojnim jedinicama.⁵⁹⁷ Panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da status visoko rangiranih pripadnika OVK koji se pripisuje optuženima, kao i pristup informacijama koji su oni na osnovu toga imali, predstavljaju relevantan faktor za ocenu predvidivosti.⁵⁹⁸ Pored toga, panel se slaže sa Krasnićijem⁵⁹⁹ da je najispravnije da se o pitanjima koja se tiču Krasnićijevih

⁵⁹³ Kao što tužilaštvo napominje, Nirnberska povelja, odluke koje su zasnovane na njoj, predmeti zasnovani na CCL10 i propratni materijali koji objašnjavaju krivično gonjenje ratnih zločinaca objavljeni su i postali dostupni javnosti 1947. godine u okviru pravnih izveštaja Komisije UN-a za ratne zločine. V. odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, fusnotu 168. Materijali iz nekih predmeta koji se odnose na Drugi svetski rat objavljeni su u drugim izvorima, kao što je publikacija „Suđenje ratnim zločincima pred vojnim sudovima u Nirnbergu po Zakonu br. 10 Kontrolnog saveta” koju je objavila izdavačka kancelarija Vlade SAD. Međutim, neke od odluka iz Italije na koje se Žalbeno veće MKSJ-a oslonilo u predmetu *Tadić* da bi utvrdilo da je UZP III postojao kao norma u međunarodnom običajnom pravu nisu objavljene. V. *Tadić Appeal Judgement*, fusnote 270-271 (predmet *D'Ottavio et al.*), 272 (predmet *Aratano et al.*), 275 (predmet *Bonati et al.*).

⁵⁹⁴ Pored toga, Krasnićijeva tvrdnja da materijali koji čine taj normativni okvir i tu sudsku praksu nisu bili prevedeni na albanski i dostupni javnosti na Kosovu nije relevantna. V. takođe *Kononov v. Latvia Judgment*, stav 237. Za suprotan stav v. Krasnićijevu žalbu, stav 62.

⁵⁹⁵ Krasnićijeva žalba, stav 64. V. takođe Tačijevu žalbu, stavove 82-83.

⁵⁹⁶ Pobijana odluka, stav 193. V. takođe ECtHR, *Achour v. France*, br. 67335/01, *Judgment*, 29. mart 2006, stav 54; *Kononov v. Latvia Judgment*, stav 185.

⁵⁹⁷ V. npr. ECtHR, *Kuolelis and Others v. Lithuania*, br. 74357/01, 26764/02 i 27434/02, *Judgment*, 19. februar 2008, stav 120 (u vezi sa „vodećim profesionalnim političarima”); *Kononov v. Latvia Judgment*, stav 235 („u kontekstu starešine na komandnom položaju i zakona i običaja ratovanja”); *Vasiliauskas v. Lithuania Judgment*, stavove 13, 157 (u vezi sa pripadnikom ministarstva državne bezbednosti); ECtHR, *Jorgic v. Germany*, br. 74613/01, *Judgment*, 12. jul 2007. (u daljem tekstu: *Jorgic v. Germany Judgment*), stav 113 (u vezi sa „vođom paravojne grupe”).

⁵⁹⁸ Pobijana odluka, stav 194. V. takođe pobijanu odluku, stav 103, gde se poziva na odluku o potvrđivanju optužnice, stavove 455-472.

⁵⁹⁹ V. Krasnićijevu žalbu, stav 64.

ovlašćenja, odgovornosti i pristupa informacijama raspravlja na suđenju, dakle ne u podnesku kojim se osporava nadležnost.

216. Panel smatra neosnovanim argumente odbrane prema kojima relevantne informacije nisu bile dostupne vođama OVK u realnim uslovima pod kojima se vodio sukob.⁶⁰⁰ Naprotiv, tokom oružanog sukoba, oni koji u njemu učestvuju, a naročito vođe naoružanih grupa, dužni su da se obaveste o tome koje radnje činjenja i nečinjenja mogu povući za sobom krivičnu odgovornost.⁶⁰¹

217. Kad je reč o krivičnim istragama i predmetima koji su vođeni pred MKSJ-om u vreme događaja relevantnih za ovaj predmet, na šta se oslonio sudija za prethodni postupak,⁶⁰² iako panel smatra da to samo po sebi ne može konkretno pokazivati da su optuženi u martu 1998. godine mogli znati da postoji realna verovatnoća da budu smatrani odgovornim na osnovu međunarodnog običajnog prava, to je ipak samo jedan od nekoliko faktora koji se moraju uzeti u obzir. Međutim, panel smatra da je nemoguće da optuženi nisu znali da MKSJ krivično goni vođe naoružanih grupa sa područja bivše Jugoslavije i da sprovodi istrage o zločinima izvršenim na Kosovu.⁶⁰³

218. Apelacioni panel će sledeće razmotriti argumente odbrane u vezi sa predvidivošću UZP-a na osnovu zakona koji su bili na snazi na Kosovu u vreme predmetnih događaja.⁶⁰⁴ Panel posebno primećuje da se Krasnićijev argument zasniva na pogrešnom tumačenju odluke na koju se on poziva,⁶⁰⁵ a u kojoj je Žalbeno veće MKSJ-a zaključilo da „se može [...] osloniti na domaće zakone kako bi utvrdilo da je optuženi imao osnova da zna da je predmetno krivično delo [...]

⁶⁰⁰ V. Tačijevu žalbu, stav 83; Krasnićijeva žalba, stav 64.

⁶⁰¹ V. npr., u kontekstu rata u Bosni, *Jorgić v. Germany* Judgment, stavove 100, 113.

⁶⁰² V. pobijanu odluku, stav 194. V. takođe pobijanu odluku, stav 104. V. takođe Krasnićijevu žalbu, stavove 61, 65; Tačijeva replika, stav 22; Krasnićijeva replika, stav 14.

⁶⁰³ V. odgovor tužilaštva na Tačijevu žalbu, stav 55; odgovor tužilaštva na Krasnićijevu žalbu, stav 67.

⁶⁰⁴ V. Tačijevu žalbu, stavove 83-85; Krasnićijeva žalba, stav 67; Tačijeva replika, stav 20; Krasnićijeva replika, stav 15.

⁶⁰⁵ Krasnićijeva žalba, stav 60, gde se poziva na *Ojdanić* Appeal Decision, stav 41.

bilo zabranjeno i kažnjivo”⁶⁰⁶ i da domaći zakoni „mogu u određenoj meri biti izvor obaveštenja o tome da se neka radnja smatra kažnjivom prema međunarodnom pravu”, ali je prihvatilo da ponekad takvo obaveštenje može biti nedovoljno i da se u takvom slučaju adekvatne smernice mogu pronaći u međunarodnom običajnom pravu.⁶⁰⁷ Na osnovu navedenog, apelacioni panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kada je zaključio da su *i* međunarodno običajno pravo *i* zakoni koji su bili na snazi na Kosovu relevantni da bi se utvrdilo da li su optuženi mogli predvideti odgovornost po osnovu UZP-a.

219. Sudija za prethodni postupak je ispravno zaključio da u slučaju kada u domaćem zakonodavstvu postoji pismena zabrana koja preslikava neku zabranu iz međunarodnog običajnog prava, „ta je slična odredba relevantna za ocenu o tome da li je dotična zabrana zaista bila predvidiva i dostupna”.⁶⁰⁸ Ovde nije u pitanju to da li je UZP, osim što je kažnjiv po međunarodnom običajnom pravu, takođe kažnjiv i po domaćem pravu, već da li se može izvesti zaključak da je sličan vid odgovornosti bio predviđen zakonima koji su bili na snazi na Kosovu u periodu na koji se odnosi optužnica.⁶⁰⁹

220. Kad je reč o UZP-u I, apelacioni panel se slaže sa tumačenjem sudije za prethodni postupak da članovi 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. preslikavaju koncept odgovornosti za zajednički cilj,⁶¹⁰ sličan kategoriji UZP-a I,⁶¹¹ a to dodatno potvrđuje i sudska praksa kosovskih sudova i MKSJ-a.⁶¹² Panel konstatuje da Tači

⁶⁰⁶ *Ojdanić Appeal Decision*, stav 40. V. takođe *ECCC Case 001 Supreme Court Appeal Judgement*, stav 96; *ECCC Case 002 Supreme Court Appeal Judgement*, stav 762.

⁶⁰⁷ *Ojdanić Appeal Decision*, stav 41.

⁶⁰⁸ V. pobijanu odluku, stav 195.

⁶⁰⁹ V. *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*, stav 45.

⁶¹⁰ Pobijana odluka, stav 195.

⁶¹¹ Pobijana odluka, stavovi 196-199 i pravni izvori na koje se tamo upućuje.

⁶¹² Pobijana odluka, stavovi 195-199. Za član 22 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, v. Kosovo, Osnovni sud u Mitrovici/Mitrovicë, *S.G. i drugi*, br. 14/2013, *Presuda*, 12. septembar 2013, str. 37; Kosovo, Apelacioni sud, *S.G. i drugi*, PAKR 966/2012, *Presuda*, 11. septembar 2013, stav 74; Kosovo, Apelacioni sud, *E.K i S.B.*, PAKR 271/2013, *Presuda*, 30. januar 2014, stavovi 36-39; *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2014*,

u vezi sa članovima 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. u svojoj žalbi ponavlja argumente koje je već ranije izneo sudiji za prethodni postupak.⁶¹³ Panel smatra da se Tači prosto ne slaže sa zaključkom sudije za prethodni postupak i da ne ukazuje ni na jednu nesumnjivu grešku. Ti argumenti se stoga mogu odbaciti bez daljeg razmatranja.⁶¹⁴ U svakom slučaju, Tačijevo tumačenje, po kome član 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. „ne pripisuje krivičnu odgovornost svim članovima grupe na osnovu postojanja zajedničkog plana“, u direktnoj je suprotnosti sa presudom Vrhovnog suda Kosova koja se kao izvor pominje u pobijanoj odluci.⁶¹⁵ Što se pak tiče Tačijevog argumenta u vezi sa odlukom Ustavnog suda Srbije,⁶¹⁶ panel primećuje da se u toj odluci zapravo ne pominje UZP i podseća da, u svakom slučaju, Specijalizovana veća nisu dužna da se rukovode pravnim tumačenjima drugih sudova, uključujući sudove iz Srbije.⁶¹⁷

221. Kad je reč o Krasnićijevoj tvrdnji da je Apelacioni sud Kosova u određenim odlukama utvrdio da koncept UZP-a nije merodavan,⁶¹⁸ panel napominje da je koncept UZP-a čvrsto ugrađen u domaći pravosudni sistem Kosova, kao što je

stavovi xli-xlii. Za član 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, v. *Presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2009*, str. 14-16, 63-64 (kojom se potvrđuje sledeća odluka: Kosovo, Okružni sud u Prizrenu, S.K. i drugi, P 85/2005, *Presuda*, 10. avgust 2006); *Ojdanić Appeal Decision*, stav 40.

⁶¹³ Uporedi Tačijevu repliku o UZP-u, stav 27, sa Tačijevom žalbom, stav 84.

⁶¹⁴ Odluka po žalbi na odluku o preliminarim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 15.

⁶¹⁵ Pobijana odluka, fusnota 430. V. *Presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2009*, str. 15 („Postupak „korišćenja“ grupe se nesumnjivo odnosi na sve učesnike, čak i ukoliko oni nisu njeni osnivači ili organizatori”).

⁶¹⁶ Tačijeva žalba, stav 83, gde se poziva na odluku Ustavnog suda Srbije, str. 14.

⁶¹⁷ V. gore stav 28. V. takođe pobijanu odluku, stav 100.

⁶¹⁸ Krasnićijeva žalba, stav 67, gde se poziva na Kosovo, Apelacioni sud, *J.D. i drugi*, PAKR br. 455/15, *Presuda*, 15. septembar 2016, str. 45; Kosovo, Apelacioni sud, *Xh. K.*, PAKR Br. 648/16, *Presuda*, 22. jun 2017, str. 10. Panel primećuje da u drugoj navedenoj presudi Apelacioni sud Kosova nije u potpunosti odbacio koncept UZP-a. U stvari, Sud je prihvatio da „određeni argumenti idu u prilog tezi da koncept UZP-a, u svim njegovim varijantama, treba direktno primeniti u predmetima koji se odnose na ratne zločine izvršene tokom rata na Kosovu“, zaključivši da je UZP II merodavan, a da UZP III nije merodavan, budući da se tumačenje saizvršilaštva iz člana 22 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, koje je poslužilo kao osnov za optužbe u tom predmetu, ne može proširiti kako bi obuhvatilo i UZP III. V. Kosovo, Apelacioni sud, *Xh. K.*, PAKR Br. 648/16, *Presuda*, 22. jun 2017, str. 10, gde se poziva na Kosovo, Osnovni sud u Mitrovici/Mitrović, *Xh. K.*, P. br. 184/2015, *Presuda*, 8. avgust 2016, stavovi 87-88, 138.

potvrdio Vrhovni sud Kosova.⁶¹⁹ Imajući to u vidu, panel smatra da je odgovornost po osnovu UZP-a I bila u dovoljnoj meri dostupna i predvidiva optuženima.⁶²⁰

222. Što se tiče UZP-a III, panel se takođe slaže sa tumačenjem sudije za prethodni postupak, koje se oslanja na presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2012, da odredbe iz članova 11 i 13 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. zajedno sa članovima 22 i 26 sadrže obeležja UZP-a III.⁶²¹

223. Kad je reč o vezi između člana 22 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. i UZP-a III, panel primećuje da se Tači samo poziva na argumente koje je ranije izneo sudiji za prethodni postupak,⁶²² ali ne ukazuje ni na jednu očiglednu grešku u pobijanoj odluci.⁶²³ Ti argumenti se stoga moraju odbaciti.⁶²⁴ Panel takođe odbija Krasnićijeve tvrdnje da odluka Vrhovnog suda Kosova iz 2012. nije relevantna za utvrđivanje predvidivosti UZP-a III.⁶²⁵ Prvo, ne postoji uslov da je određeno tumačenje odredbi domaćeg zakona bilo primenjeno u nekom sličnom predmetu na nekog sličnog optuženog pre 1998. godine.⁶²⁶ Drugo, u presudi Vrhovnog suda Kosova iz 2012, činjenice na osnovu kojih je utvrđena odgovornost optuženih mogu se podvesti pod kategoriju UZP-a III.⁶²⁷ Panel takođe konstatuje da se u toj presudi, suprotno Krasnićijevoj tvrdnji, zajednički tumače članovi 11, 13, 25 i 22 Krivičnog

⁶¹⁹ V. članove 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. V. takođe odluke citirane gore, u fusnoti 612. V. naročito Presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2009, str. 14-16, 63-64, i Presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2014, stavove xli-xlii.

⁶²⁰ Slično tome, *Ojdanić Appeal Decision*, stavovi 37-43; *ECCC Case 002 Pre-Trial Chamber Decision*, stav 72.

⁶²¹ Pobijana odluka, stav 200, gde se poziva na Presudu Vrhovnog suda Kosova iz 2012, str. 7-9.

⁶²² Usporedi Tačijevu repliku o UZP-u, stavove 27-28, sa Tačijevom žalbom, stavom 84.

⁶²³ Tači tvrdi da sudija za prethodni postupak nije uzeo u obzir njegove argumente i nije pridao pravi značaj relevantnim faktorima, ali ne objašnjava zašto smatra da je rezonovanje sudije za prethodni postupak pogrešno. V. Tačijevu žalbu, stav 85.

⁶²⁴ V. npr. odluku po žalbi na odluku o preliminarim podnescima u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 15.

⁶²⁵ V. Krasnićijevu žalbu, stav 67; Krasnićijeva replika, stav 15.

⁶²⁶ V. npr. *Kononov v. Latvia Judgment*, stav 237. V. takođe *Korbely v. Hungary Judgment*, stavove 74-75; *ECtHR, K.-H.W. v. Germany*, br. 37201/97, *Judgment*, 22. mart 2001, stav 85.

⁶²⁷ *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2012*, stavovi 34, 36-37, 39-40.

zakona SFRJ iz 1976.⁶²⁸ Prema tome, sudija za prethodni postupak tumači taj zakon saglasno tumačenju Vrhovnog suda Kosova. Povrh toga, Vrhovni sud Kosova je u nekoliko prilika zaključio da su svi vidovi odgovornosti po osnovu UZP-a „čvrsto utemeljeni“ u međunarodnom običajnom pravu.⁶²⁹

224. Imajući gorenavedeno u vidu, panel Apelacionog suda smatra da Tači i Krasnići nisu pokazali da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je zaključio da je UZP, kako u svom prvom tako i u trećem obliku, bio predvidiv i dostupan optuženima u relevantno vreme. Tačijev žalbeni razlog B4 i Krasnićijev žalbeni razlog 2 stoga se odbijaju.

4. Da li se pitanje merodavnosti UZP-a III kao vida odgovornosti za krivična dela sa posebnim umišljajem može iskoristiti za osporavanje nadležnosti (prvi žalbeni razlog tužilaštva)

(a) Argumentacija strana u postupku

225. Tužilaštvo tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava dok je odlučivao o merodavnosti UZP-a III za krivična dela s posebnim umišljajem, iako je prihvatio da se osporavanje njegove merodavnosti „strogo uzev, ne tiče pitanja nadležnosti“.⁶³⁰ Tužilaštvo naglašava da, po njegovom mišljenju, osporavanje merodavnosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem izlazi iz okvira predviđenih pravilom 97 Pravilnika, što je u suprotnosti sa jasnom formulacijom iz pravila 86(7) Pravilnika.⁶³¹ Alternativno, tužilaštvo tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio u primeni prava kada je zaključio da je izricanje osude na osnovu UZP-a III za krivična dela s posebnim umišljajem nedopušteno.⁶³²

⁶²⁸ *Presuda Vrhovnog suda Kosova iz 2012*, stavovi 35, 41. Panel konstatuje da se član 25 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, naslovljen „Granice krivične odgovornosti i kažnjivosti saučesnika, [podstrekača i pomagača]“, primenjuje na saizvršilaštvo kao vid odgovornosti definisan u članu 22.

⁶²⁹ V. gore fusnotu 532.

⁶³⁰ Žalba tužilaštva, stavovi 11-13. V. takođe repliku tužilaštva, stav 2.

⁶³¹ Žalba tužilaštva, stav 11. V. takođe repliku tužilaštva, stav 2.

⁶³² Žalba tužilaštva, stavovi 1, 14-26; replika tužilaštva, stavovi 6-11.

226. Oslanjajući se na sudsku praksu MKSJ-a, i to konkretno na zaključke donete u predmetu *Karadžić*, tužilaštvo tvrdi da osporavanje pojedinih obeležja vidova odgovornosti – uključujući dopuštenosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem – za razliku od dopuštenosti određenog vida odgovornosti u celini, ne predstavlja valjano osporavanje nadležnosti, već pitanje koje treba da se rešava na suđenju.⁶³³

227. Veselji u odgovoru iznosi da tužilaštvo ponavlja svoja ranija izjašnjenja i ne navodi po kom pravnom osnovu pokušava da povuče razliku između osporavanja određenih „obeležja“ vidova odgovornosti i osporavanja „prihvatljivosti“ određenih vidova odgovornosti.⁶³⁴ Nasuprot tome, kako Veselji tvrdi, u pravilu 97(1)(a) Pravilnika i članu 39(1) Zakona prosto je reč o osporavanju nadležnosti Specijalizovanih veća, što obuhvata i osporavanje merodavnosti vidova odgovornosti, uključujući merodavnost nekog vida odgovornosti za određene vrste krivičnih dela.⁶³⁵ Oslanjajući se pre svega na praksu MKSR-a u predmetu *Rwamakuba*, Veselji tvrdi da odluke *ad hoc* tribunala o tome šta sve predstavlja osporavanje nadležnosti nisu konzistentne, da je tužilaštvo selektivno odabralo izvore na koje upućuje i da njegove argumente stoga treba odbaciti.⁶³⁶

228. Veselji dalje iznosi da krivično delo „ne može da postoji bez merodavnog vida odgovornosti“ i da obe te kategorije čine deo stvarne nadležnosti Specijalizovanih veća. Po Veseljijevom mišljenju, to pitanje je najbolje rešavati na početku postupka, jer

⁶³³ Žalba tužilaštva, stav 12, gde se između ostalog poziva na *Karadžić Decision on Jurisdiction Challenges*, stavove 29-33; ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-AR72.1, IT-95-5/18-AR72.2 and IT-95-5/18-AR72.3, *Decision on Radovan Karadžić's Motions Challenging Jurisdiction (Omission Liability, JCE-III – Special Intent Crimes, Superior Responsibility)*, 25. jun 2009. (u daljem tekstu: *Karadžić Appeal Decision on Jurisdiction Challenges*), stavovi 33-37.

⁶³⁴ Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva, stavovi 3, 5.

⁶³⁵ Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva, stavovi 5-6, 10.

⁶³⁶ Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva, stavovi 3, 9-10 gde se između ostalog poziva na ICTR, *Rwamakuba v. Prosecutor*, ICTR-98-44-AR72.4, *Decision on Validity of Appeal of André Rwamakuba Against Decision Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide Pursuant to Rule 72(E) of the Rules of Procedure and Evidence*, 23. jul 2004. (u daljem tekstu: *Rwamakuba Appeal Decision on Jurisdiction Challenges*), stavove 14-15.

ukoliko bi panel potvrdio da UZP III nije primenjiv kod krivičnih dela s posebnim umišljajem, takva krivična dela, za koja se tereti na osnovu tog vida odgovornosti, ne bi bila u nadležnosti Specijalizovanih veća.⁶³⁷

229. Tužilaštvo u replici dodatno potvrđuje svoj stav.⁶³⁸ Tužilaštvo naročito ističe da je sudska praksa MKSJ-a iz predmeta *Karadžić* deo iste prakse na koju se Veselji poziva, a koja se vremenom transformisala u stavove iznete u predmetu *Karadžić*, i prema tome predstavlja ustaljenu sudsku praksu.⁶³⁹

(b) Ocena panela Apelacionog suda

230. Panel apelacionog suda podseća da se, prema zajedničkom tumačenju članova 6 do 9 Zakona i pravila 97(1)(a) Pravilnika, kao i prema ranijim sudskim odlukama, osporavanje nadležnosti Specijalizovanih veća tiče personalne, teritorijalne, vremenske ili stvarne nadležnosti Specijalizovanih veća.⁶⁴⁰

231. U prvom žalbenom razlogu tužilaštva, ključno pitanje je da li se osporavanje merodavnosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem odnosi na stvarnu nadležnost u smislu pravila 97(1)(a) Pravilnika. Panel konstatuje da tužilaštvo i Veselji nisu saglasni oko toga da li se osporavanje koje se odnosi na opis, obeležja i merodavnost UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem može smatrati osporavanjem nadležnosti. Panel smatra da je sudska praksa MKSJ-a naročito relevantna za rešavanje prvog žalbenog razloga tužilaštva, i to konkretno zbog toga što pravilo 72(D) Pravilnika MKSJ-a ograničava osporavanje nadležnosti na odgovarajuće potkategorije nadležnosti nabrojane u okviru tog pravila.⁶⁴¹

⁶³⁷ Veseljijev odgovor na žalbu tužilaštva, stavovi 7-8.

⁶³⁸ Replika tužilaštva, stavovi 2-5, 12.

⁶³⁹ Replika tužilaštva, stavovi 3-4.

⁶⁴⁰ V. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stav 17; odluka po žalbi o dopuštenosti dokaza u predmetu *Gucati i Haradinaj*, stav 14.

⁶⁴¹ Panel apelacionog suda se u ranijim odlukama oslanjao na sudsku praksu *ad hoc* sudova kao izvor smernica za tumačenje sopstvene pravne regulative. V. npr. odluku po žalbi u predmetu *Gucati*, stavove 9-10, 50; odluka po Krasnićijevoj žalbi na odluku o privremenom puštanju na slobodu, stav 17.

232. Suprotno Veseljićevoj tvrdnji, sudska praksa *ad hoc* sudova je čvrsto uvrežena kad je reč o ovom pitanju. Panel konstatuje da se Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Karadžić* bavilo istim pitanjem koje tužilaštvo postavlja u svom prvom žalbenom razlogu i da je prilikom njegovog rešavanja takođe dalo pregled dotadašnje sudske prakse s tim u vezi, uključujući raniju odluku MKSR-a u predmetu *Rwamakuba*.⁶⁴²

233. U odluci po podnescima Radovana Karadžića kojima se osporava nadležnost, Žalbeno veće MKSJ-a prihvata da neke ranije odluke, uključujući Odluku po žalbi kojom se osporava nadležnost u predmetu *Rwamakuba*, u određenoj meri potkrepljuju stanovište da pitanja kao što su opis i obeležja nekog vida odgovornosti mogu po svom karakteru uključivati i pitanje nadležnosti.⁶⁴³ Međutim, Žalbeno veće konstatuje da je potonja sudska praksa postepeno otklonila raniju neizvesnost u vezi s tim koja se pitanja mogu kvalifikovati kao prigovori na nadležnost.⁶⁴⁴ Oslonivši se na sudsku praksu MKSJ-a iz perioda posle 2005. godine, Žalbeno veće je dalo sledeće objašnjenje:

[...] pristup Žalbenog vijeća stvarnoj nadležnosti sada se usredsređuje na to da li je krivično djelo koje se stavlja na teret predviđeno Statutom, i da li dotični vid odgovornosti podržava princip individualne krivične odgovornosti; obilježja i elementi vidova odgovornosti tiču se „pravnih pitanja [...] koja je primjereno pokrenuti i dokazivati u toku suđenja”.⁶⁴⁵

234. U odluci Žalbenog veća po podnescima Radovana Karadžića kojima se osporava nadležnost jasno je utvrđeno da se osporavanje merodavnosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem ne može smatrati osporavanjem nadležnosti. Panel se slaže sa tim zaključkom i konstatuje da ni sudija za prethodni postupak nije izrazio nesaglasnost sa tom ocenom iz predmeta *Karadžić*. U pobijanoj odluci, sudija za prethodni postupak je zaključio da se „nijedan od ovih argumenata [uključujući osporavanje merodavnosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem], strogo

⁶⁴² *Karadžić* Appeal Decision on Jurisdiction Challenges, stavovi 21-23, 33-37.

⁶⁴³ *Karadžić* Appeal Decision on Jurisdiction Challenges, stav 34.

⁶⁴⁴ *Karadžić* Appeal Decision on Jurisdiction Challenges, stav 34.

⁶⁴⁵ *Karadžić* Appeal Decision on Jurisdiction Challenges, stav 36 i tamo citirani izvori.

uzev, ne tiče pitanja nadležnosti".⁶⁴⁶ Prema tome, nema potrebe da se ovaj aspekt žalbe tužilaštva dalje analizira.

235. Sudija za prethodni postupak je ipak odlučio da razmotri argumente odbrane iznete u prilog tvrdnji da UZP III ne može da postoji za krivična dela s posebnim umišljajem, „ali samo u onoj meri u kojoj se [ti argumenti] odražavaju na dopuštenost UZP-a pred Specijalizovanim većima".⁶⁴⁷ Sudija za prethodni postupak je zatim odlučio da prihvati prigovor odbrane u vezi s ovim pitanjem i naložio tužilaštvu da izmeni optužnicu tako što će iz nje izostaviti odgovornost po osnovu UZP-a III za krivična dela s posebnim umišljajem.⁶⁴⁸ Budući da se *merodavnost* UZP-a III kao vida odgovornosti za krivična dela s posebnim umišljajem pred Specijalizovanim većima ne može smatrati pitanjem nadležnosti, panel se ne slaže sa rasuđivanjem sudije za prethodni postupak i smatra da bi bilo bolje da se to pitanje nije rešavalo prilikom odlučivanja o preliminarom podnesku prema pravilu 97 Pravilnika. S tim u vezi, panel prihvata da su posebne okolnosti mogle opravdati drugačiji pristup i da sudija može imati valjane razloge na osnovu kojih će odlučiti da reši neka pitanja na početku suđenja, recimo ako je to u interesu pravde i ekonomičnosti sudskog postupka. Međutim, sudija za prethodni postupak nije naveo nijedan od tih razloga.⁶⁴⁹

236. Imajući gorenavedeno u vidu, Panel apelacionog suda smatra da je sudija za prethodni postupak pogrešio kada je, prilikom rešavanja po preliminarom podnesku prema pravilu 97 Pravilnika kojim se osporava nadležnost, doneo odluku o dopuštenosti UZP-a III za krivična dela sa posebnim umišljajem, i da ta vrsta prigovora može i treba da se iznosi i pretresa tokom suđenja, pošto je reč o pitanjima koja se ne tiču nadležnosti.⁶⁵⁰ Slično navodima kojima se osporava opis nekog

⁶⁴⁶ Pobjana odluka, stav 203.

⁶⁴⁷ Pobjana odluka, stav 203.

⁶⁴⁸ Pobjana odluka, stav 208.

⁶⁴⁹ V., bez obzira na drugačiju formulaciju upotrebljenu u relevantnoj odredbi, ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-1707, *Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, 4. januar 2017, stav 26.

⁶⁵⁰ *Karadžić Appeal Decision on Jurisdiction Challenges*, stav 36 i tamo citirani izvori.

krivičnog dela, navodi u vezi sa opisom ili obeležjima nekog vida odgovornosti predstavljaju pitanja o kojima se rešava na suđenju.⁶⁵¹ Panel stoga prihvata prvi žalbeni razlog tužilaštva, a drugi žalbeni razlog tužilaštva oglašava bespredmetnim.⁶⁵²

IV. DISPOZITIV

237. Iz navedenih razloga, panel Apelacionog suda:

ODBIJA Tačijevu žalbu;

ODBIJA Veseljijevu žalbu;

ODBIJA Seljimijevu žalbu;

ODBIJA Krasnićijevu žalbu;

PRIHVATA prvi žalbeni razlog tužilaštva; i

OGLAŠAVA bespredmetnim drugi žalbeni razlog tužilaštva.

/potpis na originalu/

Sudija Mišel Pikar,
Predsedavajući sudija

U četvrtak, 23. decembra 2021.

U Hagu, Holandija

⁶⁵¹ *Karadžić Appeal Decision on Jurisdiction Challenges*, stav 36. V. takođe ICTY, *Prosecutor v. Gotovina et al.*, IT-06-90-PT, *Decision on Several Motions Challenging Jurisdiction*, 19. mart 2007, stav 22.

⁶⁵² Drugi žalbeni razlog tužilaštva je podnet samo kao alternativan u odnosu na argumentaciju kojom se potkrepljuje prvi žalbeni razlog tužilaštva. V. žalbu tužilaštva, stav 13.