



KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS
DHOMAT E SPECIALIZUARA TË KOSOVËS
SPECIJALIZOVANA VEĆA KOSOVA

Predmet: KSC-BC-2020-04
Tužilac protiv Pjetera Šalje

Rešava: sudija za prethodni postupak
sudija Nikola Giju

Sekretar: dr Fidelma Donlon

Datum: 18. oktobar 2021.

Jezik: engleski

Stepen tajnosti: Javno

Odluka po prigovoru na osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća

Specijalizovani tužilac

Džek Smit

Branilac optuženog

Žan-Luj Žilisen

SADRŽAJ

I.	TOK POSTUPKA	2
II.	IZNETA ARGUMENTACIJA.....	3
A.	Osnivanje Specijalizovanih veća	5
1.	Prigovor odbrane.....	5
2.	Odgovor tužilaštva.....	7
3.	Replika odbrane.....	8
B.	Međunarodno običajno pravo.....	10
1.	Prigovor odbrane.....	10
2.	Odgovor tužilaštva.....	11
3.	Replika odbrane.....	12
C.	Udruženi zločinački poduhvat	15
1.	Prigovor odbrane.....	15
2.	Odgovor tužilaštva.....	17
3.	Replika odbrane.....	20
D.	Proizvoljno lišavanje slobode	21
1.	Prigovor odbrane.....	21
2.	Odgovor tužilaštva.....	24
3.	Replika odbrane.....	26
III.	MERODAVNO PRAVO.....	26
A.	Preliminarni podnesci	26
B.	Osnivanje Specijalizovanih veća	27
C.	Međunarodno običajno pravo.....	27
D.	Udruženi zločinački poduhvat	28
E.	Proizvoljno lišavanje slobode	28
IV.	DISKUSIJA	29
A.	Preliminarna pitanja.....	29
1.	Priroda prigovora odbrane	29
2.	Usmena rasprava.....	31
B.	Osnivanje Specijalizovanih veća	32
C.	Nadležnost Specijalizovanih veća	35
1.	Međunarodno običajno pravo	35
2.	Udruženi zločinački poduhvat.....	40
3.	Proizvoljno lišavanje slobode	44
V.	DISPOZITIV	48

SUDIJA ZA PRETHODNI POSTUPAK,¹ na osnovu članova 22, 33(1), 103(7) i 162(1) Ustava Kosova (u daljem tekstu: Ustav), članova 3(2), 12, 14(1)(c), 16(1)(a), i 39(1) Zakona br.05/L-053 o Specijalizovanim većima i Specijalizovanom tužilaštvu (u daljem tekstu: Zakon) i pravila 97 Pravilnika o postupku i dokazima pred Specijalizovanim većima Kosova (u daljem tekstu: Pravilnik), donosi sledeću odluku.

I. TOK POSTUPKA

1. Dana 19. juna 2020, u skladu sa odlukom sudije za prethodni postupak (u daljem tekstu: odluka o potvrđivanju optužnice),² specijalizovani tužilac je podneo potvrđenu optužnicu.³
2. Dana 16. marta 2021, u skladu sa odlukom i nalogom za hapšenje koje je izdao sudija za prethodni postupak,⁴ Pjeter Šalja (u daljem tekstu: g. Šalja, odnosno optuženi) uhapšen je u Kraljevini Belgiji (u daljem tekstu: Belgija).⁵
3. Dana 15. aprila 2021, po završetku sudskog postupka u Belgiji, g. Šalja je doveden u pritvorski objekat Specijalizovanih veća u Hagu u Holandiji.⁶

¹ KSC-BC-2020-04, F00001, predsednik, *Decision Assigning a Pre-Trial Judge* /Odluka o određivanju sudije za prethodni postupak/, 14. februar 2020, javno.

² KSC-BC-2020-04, F00007, sudija za prethodni postupak, *Decision on the Confirmation of the Indictment against Pjetër Shala* /Odluka o potvrđivanju optužnice protiv Pjetera Šalje/, 12. jun 2020, strogo poverljivo i *ex parte*. Poverljiva redigovana verzija i javna redigovana verzija izdate su 6. maja 2021, F00007/CONF/RED i F00007/RED.

³ KSC-BC-2020-04, F00010, specijalizovani tužilac, *Submission of Confirmed Indictment* /Podnesak sa potvrđenom optužnicom/, 19. jun 2020, javno, sa strogo poverljivim i *ex parte* prilogom 1 i poverljivim prilogom 2. Poverljiva, manje redigovana verzija i javna, dodatno redigovana verzija potvrđene optužnice, podnete su 31. marta 2021, F00016/A01 odnosno F00016/A02.

⁴ KSC-BC-2020-04, F00008, sudija za prethodni postupak, *Decision on Request for Arrest Warrant and Transfer Order* /Odluka po zahtevu za izdavanje naloga za hapšenje i naloga za dovođenje/, 12. jun 2020, poverljivo. Javna redigovana verzija izdata je 6. maja 2021, F00008/RED. F00008/A01, sudija za prethodni postupak, *Arrest Warrant for Mr Pjetër Shala* /Nalog za hapšenje g. Pjetera Šalje/, 12. jun 2020, strogo poverljivo i *ex parte*. Javna redigovana verzija izdata je 15. aprila 2021, F00008/A01/RED.

⁵ KSC-BC-2020-04, F00013, sekretar, *Notification of Arrest Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju prema pravilu 55(4)/, 16. mart 2021, javno.

⁶ KSC-BC-2020-04, F00019, sekretar, *Notification of Reception of Pjetër Shala in the Detention Facilities of the Specialist Chambers and Conditional Assignment of Counsel* /Obaveštenje o prijemu Pjetera Šalje u

4. Dana 12. jula 2021, u skladu sa usmenim nalogom kojim su promenjeni relevantni rokovi,⁷ odbrana g. Šalje (u daljem tekstu: odbrana) podnela je preliminarni podnesak kojim ulaže prigovor na nadležnost Specijalizovanih veća (u daljem tekstu: prigovor odbrane).⁸

5. Dana 6. septembra 2021, u skladu sa odlukom kojom su dodatno promenjeni relevantni rokovi (u daljem tekstu: odluka od 5. jula 2021) i odlukom o povećanju dozvoljenog broja reči,⁹ Specijalizovano tužilaštvo (u daljem tekstu: tužilaštvo) dostavilo je odgovor (u daljem tekstu: odgovor tužilaštva).¹⁰

6. Dana 24. septembra, u skladu sa odlukom od 5. jula 2021. i usmenim nalogom kojim je povećan dozvoljen broj reči,¹¹ odbrana je dostavila repliku (u daljem tekstu: replika odbrane).¹²

II. IZNETA ARGUMENTACIJA

7. Odbrana tvrdi (i) da je osnivanje Specijalizovanih veća kao nacionalnog suda u suprotnosti sa Ustavom i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija o ljudskim pravima), i (ii) da

pritivorski objekat Specijalizovanih veća i uslovnoj dodeli branioca/, 15. april 2021, poverljivo, stav 2, s poverljivim priložima 1 i 2. Javna redigovana verzija izdata je 26. aprila 2021, F00019/RED.

⁷ KSC-BC-2020-04, engleski transkript, 21. jun 2021, str. 62, redovi 12-19, javno.

⁸ KSC-BC-2020-04, F00054, specijalizovani branilac, *Preliminary Motion of the Defence of Pjetër Shala to Challenge the Jurisdiction of the KSC* /Preliminarni podnesak odbrane Pjetera Šalje kojim ulaže prigovor na nadležnost Specijalizovanih veća Kosova/, 12. jul 2021, javno.

⁹ KSC-BC-2020-04, F00052, sudija za prethodni postupak, *Decision on Request to Vary a Time Limit* /Odluka po zahtevu za promenu roka/, 5. jul 2021, javno; F00067, sudija za prethodni postupak, *Decision on SPO Request for Extension of Word Limit* /Odluka po zahtevu tužilaštva za odobrenje prekoračenja dozvoljenog broja reči/, 3. septembar 2021, javno.

¹⁰ KSC-BC-2020-04, F00071, specijalizovani tužilac, *Prosecution Response to Shala Defence Preliminary Motion Challenging the Jurisdiction of the KSC* /Odgovor tužilaštva na preliminarni podnesak Pjetera Šalje kojim ulaže prigovor na nadležnost Specijalizovanih veća Kosova/, 6. septembar 2021, javno.

¹¹ KSC-BC-2020-04, engleski transkript, 23 September 2021, str. 101, red 19 – str. 102, red 7, javno.

¹² KSC-BC-2020-04, F00084, specijalizovani branilac, *Defence Reply to the Prosecution Response to the Preliminary Motion of Pjetër Shala Challenging the Jurisdiction of the KSC* /Replika odbrane na odgovor tužilaštva na preliminarni podnesak Pjetera Šalje kojim ulaže prigovor na nadležnost Specijalizovanih veća Kosova/, 24. septembar 2021, javno. Iako je u replici tužilaštva dozvoljeni broj reči prekoračen za 15 reči, sudija za prethodni postupak odlučio je da u interesu efikasnog suđenja taj podnesak prihvati.

Specijalizovana veća nisu nadležna za udruženi zločinački poduhvat (u daljem tekstu: UZP) kao vid odgovornosti i ratni zločin proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu.¹³ Na osnovu tog argumenta, odbrana traži da sudija za prethodni postupak: (i) preispita relevantne zaključke u odluci o potvrđivanju optužnice; (ii) odbaci optužbe protiv g. Šalje za UZP i proizvoljno lišavanje slobode, i (iii) naloži tužilaštvu da u skladu s tim izmeni potvrđenu optužnicu.¹⁴

8. Tužilaštvo ukratko tvrdi sledeće: (i) Specijalizovana veća su ustavno, nezavisno i nepristrasno sudsko telo, uredno ustanovljeno na osnovu zakona; (ii) Zakon primenjuje međunarodno običajno pravo na snazi u vreme izvršenja krivični dela, u potpunoj saglasnosti sa ustavnim načelima i načelima ljudskih prava, i (iii) međunarodno običajno pravo, uključujući UZP i proizvoljno lišavanje slobode, bilo je dostupno optuženom i on je mogao predvideti da će biti primenljivo.¹⁵ Tužilaštvo na osnovu toga traži da sudija odbije prigovor odbrane.¹⁶

9. Odbrana u replici ostaje pri svojoj argumentaciji iznetoj u prigovoru i protivi se svim tvrdnjama iz odgovora tužilaštva, osim u nekim konkretno navedenim slučajevima¹⁷ i ponavlja zahtev da prigovor bude usvojen.¹⁸ Osim navedenog, odbrana traži dopuštenje da na sudskoj sednici dodatno obrazloži tvrdnje iznete u prigovoru i replici.¹⁹

¹³ Prigovor odbrane, stavovi 2-3.

¹⁴ Prigovor odbrane, stav 61.

¹⁵ Odgovor tužilaštva, stav 1.

¹⁶ Odgovor tužilaštva, stavovi 1, 69.

¹⁷ Replika odbrane, stav 2.

¹⁸ Replika odbrane, stav 49.

¹⁹ Replika odbrane, stav 49.

A. OSNIVANJE SPECIJALIZOVANIH VEĆA

1. Prigovor odbrane

10. Odbrana podržava argumentaciju odbrane Kadrija Veseljija da su Specijalizovana veća, kao nacionalni sud, za razliku od međunarodnih i hibridnih sudova, *de facto* vanredni sud, i da je zbog toga njihovim osnivanjem prekršen član 103(7) Ustava.²⁰ Odbrana smatra da sledeća obeležja čine taj sud vanrednim.

11. Prvo, odbrana iznosi da je u Zakonu precizirano da su Specijalizovana veća osnovana kako bi se omogućilo vođenje nezavisnih, nepristrasnih, pravičnih i efikasnih sudskih postupaka u ograničenom broju predmeta zasnovanih na navodima o teškim prekograničnim i međunarodnim krivičnim delima iz izveštaja Dika Martija za Parlamentarnu skupštinu Saveta Evrope (u daljem tekstu: Izveštaj Saveta Evrope).²¹

12. Drugo, u vezi s tvrdnjom da su sve sudije, tužioc i zaposleni u Specijalizovanim većima međunarodno osoblje, odbrana podržava argumentaciju koju je iznela odbrana Redžepa Seljimija da po strukturi i sastavu, Specijalizovana veća predstavljaju flagrantnu suprotnost valjanom osnivanju Specijalizovanih veća kao nacionalnog suda na Kosovu, budući da se Albanci s Kosova ne mogu zapošljavati niti bilo kako saradivati sa Specijalizovanim većima, čime se narušava načelo jednakosti i nediskriminacije garantovano članom 7 Ustava i članovima 6 i 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima.²²

13. Treće, po mišljenju odbrane, Zakon navodno daje primat Specijalizovanim većima nad drugim sudovima na Kosovu i tumači se na način koji znatno odstupa od

²⁰ Prigovor odbrane, stavovi 5-7, gde se upućuje na KSC-BC-2020-06, F00223, specijalizovani branilac, *Preliminary Motion of the Defence of Kadri Veseli to Challenge Jurisdiction on the Basis of Violations of the Constitution* /Preliminarni podnesak odbrane Kadrija Veseljija kojim se osporava nadležnost zbog kršenja Ustava/, 15. mart 2021, javno.

²¹ Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 8.

²² Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 9-11, gde se upućuje na KSC-BC-2020-06, F00219, specijalizovani branilac, *Preliminary Motion to Dismiss the Indictment due to Lack of Jurisdiction – Discrimination* /Preliminarni podnesak sa predlogom za odbacivanje optužnice zbog nenadležnosti: diskriminacija/, 15. mart 2021, javno.

Ustava i drugog bitnog krivičnog zakonodavstva na Kosovu.²³ Odbrana tvrdi da je član 3(2)(d) Zakona, prema kome Specijalizovana veća sude i rade u skladu s međunarodnim običajnim pravom, neustavan.²⁴ Odbrana navodi da je Vrhovni sud Kosova zaključio da je u inkriminisanom periodu važio Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. (u daljem tekstu SFRJ i Ustav SFRJ), prema kome su krivična dela morala biti definisana nacionalnim zakonodavstvom.²⁵ Prema mišljenju odbrane, zbog nedoslednosti i nejasnoća u pogledu važećih zakona krše se uslovi „kvaliteta zakona“ koji su garantovani članom 33 Ustava i članom 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁶ Odbrana dalje tvrdi da je član 12 Zakona neustavan u meri u kojoj daje primat međunarodnom običajnom pravu nad materijalnim krivičnim pravom Kosova.²⁷ Odbrana u tom pogledu smatra da neosnovano pozivanje na član 7(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima u članu 12 Zakona ne može da se okvalifikuje kao princip zakonitosti i pravilo retroaktivnosti, jer je član 7(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima – prema tumačenju Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) – predstavljao odredbu s vremenskim ograničenjem čija je namena bila da se obezbedi validnost krivičnog gonjenja za ratne zločine izvršene tokom Drugog svetskog rata pa se ne može primenjivati na naknadne sukobe.²⁸

14. I na kraju, odbrana tvrdi da se takvim tumačenjem Zakona krši imperativni princip zakonitosti koji je zagaranтован Ustavom Kosova i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.²⁹ Konkretno, odbrana navodi da se u članu 14(1)(c) Zakona pominje međunarodno običajno pravo u vezi s terminom „ratni zločini“, dok se

²³ Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 12.

²⁴ Prigovor odbrane, stav 12.

²⁵ Prigovor odbrane, stav 12.

²⁶ Prigovor odbrane, stav 12.

²⁷ Prigovor odbrane, stavovi 2, 13.

²⁸ Prigovor odbrane, stavovi 13-14.

²⁹ Prigovor odbrane, stavovi 2, 7.

primena međunarodnog običajnog prava mora sprovoditi u skladu s principom zakonitosti.³⁰

2. Odgovor tužilaštva

15. Tužilaštvo smatra da osporavanje zakonitosti Specijalizovanih veća nije isto što i osporavanje njihove nadležnosti u smislu pravila 97(1)(a) Pravilnika.³¹

16. Pored toga, prema mišljenju tužilaštva, Ustavni sud Kosova je ranije zaključio, a sudija za prethodni postupak nedavno u okviru predmeta KSC-BC-2020-06 potvrdio, da su Specijalizovana veća ustanovljena na osnovu zakona, da su ona nezavisni i nepristrasni specijalizovani sud i da to nije vanredni sud u smislu člana 103(7) Ustava.³² Tužilaštvo dodaje da je prilikom donošenja ocene da su Specijalizovana veća u skladu sa članom 103(7) Ustava, Ustavni sud Kosova jasno predvideo usvajanje posebnog zakona kojim će se propisati organizacija, rad i nadležnost Specijalizovanih veća, uključujući i konkretne aspekte Zakona koje odbrana pokreće kao osnov za preispitivanje statusa Specijalizovanih veća.³³ Tužilaštvo smatra da prigovor odbrane ne pokreće nikakva nova pitanja ili osnove za promenu tih zaključaka.³⁴

17. Tužilaštvo dalje tvrdi da ukoliko sudija za prethodni postupak bude smatrao da je potrebno da preispita bilo koji od tih elemenata, argumentacija odbrane je i dalje manjkava.³⁵ Kao prvo, što se tiče nadležnosti, tužilaštvo navodi da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena na jedan predmet (niti čak nužno na mali broj predmeta), ni na jedno krivično delo, jednog izvršioca ili čak na određenu kategoriju izvršilaca.³⁶ Kao drugo, kada je reč o međunarodnom osoblju i sudijama, tužilaštvo u

³⁰ Prigovor odbrane, stav 15.

³¹ Odgovor tužilaštva, stav 2.

³² Odgovor tužilaštva, stavovi 3-7.

³³ Odgovor tužilaštva, stav 9.

³⁴ Odgovor tužilaštva, stavovi 3, 8, 9.

³⁵ Odgovor tužilaštva, stav 9.

³⁶ Odgovor tužilaštva, stav 10.

pogledu navoda da su time povređena prava drugih tvrdi da odbrana nema osnova da pokreće takva pitanja, dok, kada je reč o diskriminaciji u zapošljavanju samog optuženog, tužilaštvo navodi da su te tvrdnje hipotetičke i bespredmetne.³⁷ Osim toga, po mišljenju tužilaštva, navodi o statusu Specijalizovanih veća u odnosu na član 6(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima podjednako su neosnovani jer je u normativnom okviru predviđena striktna pretpostavka nepristrasnosti i nezavisnosti sudija, a ukoliko odbrana tvrdi da međunarodne sudije nisu nezavisne ili nepristrasne, tu svoju argumentaciju nije potkrepila.³⁸ I na kraju, što se tiče primata nad drugim sudovima, tužilaštvo navodi da normativni okvir Specijalizovanih veća propisuje poštovanje Ustava, Zakona i međunarodnog prava ljudskih prava, a primat Specijalizovanih veća nad sudovima na Kosovu nema dejstvo na njegov normativni okvir i u skladu je sa statusom Specijalizovanih veća kao specijalizovanog suda.³⁹

3. Replika odbrane

18. Odbrana smatra da je zakonitost osnivanja neophodan preduslov da bi Specijalizovana veća vršila nadležnost i da to pitanje, prema tome, potpada pod pravilo 97(1)(a) Pravilnika.⁴⁰ Odbrana dodaje da pravni izvori na koje se sudija za prethodni postupak pozvao kada je u predmetu KSC-BC-2020-06 zaključio da se prigovori na zakonitost ne mogu razumeti kao prigovori na nadležnost nisu merodavni, jer se dva presedana uopšte ne odnose na osnivanje suda, dok su druga dva presedana usvojena na osnovu odredbi koje se bitno razlikuju od pravila 97(1)(a) Pravilnika.⁴¹

³⁷ Odgovor tužilaštva, stav 12.

³⁸ Odgovor tužilaštva, stavovi 11, 13-14.

³⁹ Odgovor tužilaštva, stav 15.

⁴⁰ Replika odbrane, stavovi 3, 8.

⁴¹ Replika odbrane, stavovi 4-7.

19. Odbrana tvrdi da se odluka Ustavnog suda Kosova od 15. aprila 2015. odnosi na ustavni amandman br. 24, a ne na Zakon.⁴² Prema mišljenju odbrane, normativni okvir za osnivanje Specijalizovanih veća i njihov rad na osnovu Zakona pokazuju da Specijalizovana veća nisu deo postojećeg sudskog sistema i da rade po sopstvenom pravilniku o postupku, bez odgovarajuće veze s pravnim poretom Kosova.⁴³ Konkretno, odbrana tvrdi da: (i) sudije Specijalizovanih veća nisu formalno institucionalno povezane s domaćim sudstvom i tužilaštvom; (ii) postupak pred Specijalizovanim većima nije usklađen s kosovskim Zakonikom o krivičnom postupku i pruža slabije procesne garancije; (iii) dejstvo Zakona kao *lex specialis* dovodi do neprihvatljivih nejasnoća u pogledu merodavnog prava i ne ispunjava uslove dostupnosti i predvidivosti; (iv) navodni primat Specijalizovanih veća odstupa od Ustava i imperativnog načela zakonitosti; (v) Specijalizovana veća su osnovana da bi procesuirala ograničeni broj predmeta; (vi) sve sudije su strani državljani, imenovani u skladu s postupcima koji odstupaju od postupaka definisanih Ustavom i nacionalnim pravnim poretom, i (vii) Kosovski Albanci ne mogu biti sudije ili raditi kao službenici u Specijalizovanim većima.⁴⁴

20. Odbrana tvrdi da se, suprotno uzgrednim navodima tužilaštva, njen argument u vezi sa isključivanjem kosovskih Albanaca ne odnosi na prava u oblasti zapošljavanja ni optuženih ni drugih lica, niti na navodnu pristrasnost međunarodnih sudija.⁴⁵ Odbrana smatra da ta praksa predstavlja rasnu diskriminaciju, što narušava legitimitet Specijalizovanih veća i poverenje u objektivnu nepristrasnost sudija i zaposlenih.⁴⁶ Odbrana dalje iznosi da uopšteni navodi o bezbednosnoj situaciji na Kosovu ne mogu opravdati tu paušalnu zabranu.⁴⁷

⁴² Replika odbrane, stav 9.

⁴³ Replika odbrane, stav 12.

⁴⁴ Replika odbrane, stav 13.

⁴⁵ Replika odbrane, stav 15.

⁴⁶ Replika odbrane, stav 15.

⁴⁷ Replika odbrane, stav 15.

21. Odbrana dalje smatra da, suprotno tvrdnjama tužilaštva, sama činjenica da su Specijalizovana veća osnovana i rade na osnovu ustavnog amandmana i Zakona nije dovoljna da bi se izveo zaključak da su ona nezavisna i osnovana u skladu sa zakonom.⁴⁸ Po mišljenju odbrane, pomenuti „zakon“ podrazumeva bilo koju odredbu iz nacionalnog zakonodavstva čijim bi kršenjem sudsko razmatranje predmeta postalo nezakonito.⁴⁹

B. MEĐUNARODNO OBIČAJNO PRAVO

1. Prigovor odbrane

22. Prema navodima odbrane, međunarodno pravo, uključujući norme koje se odnose na krivične stvari, nemaju direktno pravno dejstvo u pravnom poretku Kosova, i kosovski sudovi ih ne mogu primenjivati ukoliko ne ispune uslov o dvojnem izvoru prava.⁵⁰ Odbrana tvrdi da ni Ustav Kosova ni Ustav SFRJ ne dopuštaju kosovskim sudovima, pa ni Specijalizovanim većima, da sprovode krivične zabrane iz međunarodnog običajnog prava ukoliko one nisu unete u nacionalno zakonodavstvo kao zakonska odredba.⁵¹

23. Odbrana smatra da član 3(2)(d) Zakona, koji se, kako se čini, oslanja na član 19(2) Ustava, pogrešno poistovećuje unošenje međunarodnog prava u nacionalno pravo sa direktnom primenom tog prava.⁵² Odbrana dodaje da se ta odredba u svakom slučaju mora tumačiti u skladu s načelom zakonitosti prema članu 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima i članom 33 Ustava, u skladu sa sudskom praksom Vrhovnog suda Kosova.⁵³

⁴⁸ Replika odbrane, stav 16.

⁴⁹ Replika odbrane, stav 16.

⁵⁰ Prigovor odbrane, stav 16.

⁵¹ Prigovor odbrane, stav 16.

⁵² Prigovor odbrane, stav 17.

⁵³ Prigovor odbrane, stav 17.

24. Prema odbrani, da bi utvrdio da li Specijalizovana veća imaju nadležnost za UZP i proizvoljno lišavanje slobode, sudija za prethodni postupak treba da oceni da li neka konkretna norma međunarodnog običajnog prava ispunjava uslov o dvojnem izvoru prava, što nije učinjeno prilikom donošenja odluke o potvrđivanju optužnice.⁵⁴

2. Odgovor tužilaštva

25. Tužilaštvo smatra da odbrana tvrdnjom da Specijalizovana veća nemaju nadležnost za sprovođenje međunarodnog običajnog prava pogrešno definiše normativni okvir Specijalizovanih veća i zanemaruje činjenicu da je kosovski zakonodavac odredio merodavno pravo prilikom osnivanja specijalizovanog suda u smislu člana 103(7) Ustava.⁵⁵ Po mišljenju tužilaštva, predmeti na koje se odbrana poziva kada tvrdi da nacionalno zakonodavstvo SFRJ nije dopuštalo primenu međunarodnog običajnog prava u utvrđivanju krivičnih dela nisu relevantni, jer su autori Zakona precizirali koja se krivična dela na osnovu njega mogu procesuirati, i time stvorili nacionalni zakon koji dopušta direktnu primenu međunarodnog običajnog prava.⁵⁶ Tužilaštvo dodaje da je Ustavni sud Kosova, kada je potvrdio ustavnost člana 162 Ustava, između ostalog smatrao da granice nadležnosti Specijalizovanih veća moraju biti usklađene s pravima iz poglavlja II i III Ustava, uključujući članom 33(1) Ustava, koji je u saglasnosti sa članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁵⁷ Osim toga, govoreći o članu 33(1) Ustava, tužilaštvo napominje da su kosovski sudovi donosili osuđujuće presude za ratne zločine ako su ta krivična dela bila priznata u međunarodnom običajnom pravu u vreme izvršenja i da je Evropski sud za ljudska prava slično tome potvrdio da osude za ratne zločine prema međunarodnom običajnom pravu, čak i kada oni nisu inkriminirani nacionalnim

⁵⁴ Prigovor odbrane, stavovi 18-19.

⁵⁵ Odgovor tužilaštva, stavovi 16, 19-21.

⁵⁶ Odgovor tužilaštva, stavovi 19, 22.

⁵⁷ Odgovor tužilaštva, stavovi 17, 21.

zakonima, same po sebi ne predstavljaju povredu načela zakonitosti.⁵⁸ I na kraju, tužilaštvo smatra da to što član 12 Zakona upućuje na član 7(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima, nije osnov za merodavnost međunarodnog običajnog prava jer se član 7 Evropske konvencije kao celina mora primenjivati zajedno sa članom 33(1) Ustava.⁵⁹

26. Povrh toga, tužilaštvo tvrdi da međunarodno običajno pravo koje je merodavno za krivična dela iz optužnice ispunjava uslove predvidivosti i dostupnosti optuženom iz sledećih razloga: (i) u raznim međunarodnim instrumentima usvojenim nakon Drugog svetskog rata jasno je navedeno da su ratni zločini krivično delo prema međunarodnom običajnom pravu; (ii) MKSJ je mogao da vrši nadležnost za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti izvršene na Kosovu u inkriminisanom periodu; (iii) zabrane u Krivičnom zakonu SFRJ odražavaju osnovna dela za koja se optuženi tereti prema međunarodnom običajnom pravu; (iv) SFRJ je ratifikovala ugovore relevantne za krivična dela za koja se optuženi tereti, i (v) sva krivična dela za koja se optuženi tereti podrazumevaju grubo kršenje ljudskih prava.⁶⁰

3. Replika odbrane

27. Odbrana u replici navodi da Zakon, koji je donet 2015, ne može biti zakonita osnova za krivično gonjenje za dela za koja se tvrdi da su izvršena 1999.⁶¹ Odbrana tvrdi da čak iako se u obzir uzmu najjači argumenti tužilaštva, ni proizvoljno lišavanje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu ni odgovornost za UZP nisu bili pravno obavezujuće norme niti su bili deo međunarodnog običajnog prava u inkriminisanom periodu.⁶²

⁵⁸ Odgovor tužilaštva, stav 18.

⁵⁹ Odgovor tužilaštva, stav 23.

⁶⁰ Odgovor tužilaštva, stavovi 24-29.

⁶¹ Replika odbrane, stavovi 19, 26.

⁶² Replika odbrane, stav 27.

28. Odbrana dodaje da član 33 Ustava ne ide u prilog tvrdnjama tužilaštva jer ta odredba treba da se tumači u skladu sa članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojom je retroaktivna kriminalizacija zabranjena, i koja i inače u inkriminisanom periodu nije bila na snazi.⁶³ Takođe, odbrana tvrdi da ukoliko je članom 12 Zakona dopušteno krivično gonjenje za dela zabranjena prema međunarodnom običajnom pravu koja u vreme izvršenja nisu bila deo kosovskog pravnog uređenja, to predstavlja kršenje člana 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁶⁴ Osim toga, odbrana smatra da je pozivanje tužilaštva na dva predmeta pred Evropskim sudom neprimereno jer se jedan od njih odnosi na validnost krivičnih postupaka nakon Drugog svetskog rata za krivična dela izvršena tokom tog rata, što nije merodavno za događaje iz 1999, dok se drugi predmet odnosi na očigledno protivzakonite radnje, koje se suštinski razlikuju od kontroverznog koncepta krivične odgovornosti na osnovu UZP-a i ratnog zločina proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu.⁶⁵

29. Pored toga, odbrana tvrdi da se navodom da problem retroaktivnosti ne postoji kada zakonodavac u nacionalno zakonodavstvo prenosi krivična dela koja su već obavezujuća prema međunarodnom pravu, zanemaruje široka zaštita predviđena članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima sa uslovima dostupnosti i predvidivosti i, uopšte, kvalitetom prava o kome je reč, koje se mora oceniti u zavisnosti od konkretnog konteksta.⁶⁶

30. Odbrana dalje tvrdi da tužilaštvo tvrdnjom da su određene presude Vrhovnog suda Kosova ili Apelacionog suda Kosova, uključujući predmete koji su se odnosili na

⁶³ Replika odbrane, stavovi 19, 27.

⁶⁴ Replika odbrane, stav 27.

⁶⁵ Replika odbrane, stavovi 21-22.

⁶⁶ Replika odbrane, stav 28.

saizvršioce g. Šalje, irrelevantne ne prikazuje tačno šta ti izvori znače.⁶⁷ Po mišljenju odbrane, Vrhovni sud Kosova je ispravno primenio načelo *lex mitior*.⁶⁸

31. Osim toga, odbrana smatra da činjenica da je raznim međunarodnim instrumentima predviđeno da ratni zločini uglavnom predstavljaju krivična dela po međunarodnog običajnog prava, ne znači da je optuženi mogao očekivati brojne pretpostavke koje je tužilaštvo iznelo u ovom predmetu, konkretno, u vezi s krivičnim delom proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu i primenom UZP-a kao vida odgovornosti.⁶⁹ Odbrana dalje navodi da uopštena konstatacija tužilaštva da je Krivični zakon SFRJ obuhvatao ratne zločine nije dovoljna da pokaže da je tim zakonom bilo obuhvaćeno i krivično delo proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu 1999.⁷⁰ Konačno, odbrana tvrdi da je očigledno da se jednom uzgrednom ocenom postupaka g. Šalje u vezi s konkretnim pitanjima koja se tiču proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu i UZP-a, koji nemaju nikakve veze s nasilnim ponašanjem, u odsustvu pravnog saveta, a imajući u vidu složenu zakonsku regulativu u bivšoj Jugoslaviji i kontekst rata na Kosovu, ne bi moglo zaključiti da je g. Šalja postupao protivpravno.⁷¹

32. Odbrana dalje traži da sudija za prethodni postupak to pitanje uputi Specijalizovanom veću Ustavnog suda Kosova, u skladu sa članom 49(4) Zakona, zbog njegove suštinske važnosti.⁷²

⁶⁷ Replika odbrane, stav 29.

⁶⁸ Replika odbrane, stavovi 24, 29.

⁶⁹ Replika odbrane, stav 32.

⁷⁰ Replika odbrane, stav 33.

⁷¹ Replika odbrane, stav 34.

⁷² Replika odbrane, stavovi 23, 30, 49(ii).

C. UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUHVAT

1. Prigovor odbrane

33. Odbrana osporava nadležnost Specijalizovanih veća za UZP kao vid odgovornosti.⁷³ Konkretno, odbrana prigovara na primenu UZP-a III jer smatra da ona dovodi do očiglednog sukoba s načelom krivice.⁷⁴

34. Kao prvo, odbrana smatra da u vreme kada su izvršena krivična dela za koja se optuženi tereti UZP nije postojao ni u kosovskim zakonima ni u zakonima Savezne Republike Jugoslavije (u daljem tekstu: SRJ).⁷⁵ Odbrana navodi da je članovima 22, 25(1) i 26 Krivičnog zakona SFRJ bio obuhvaćen klasičan pojam saizvršilaštva, koji se ne može izjednačiti sa UZP-om.⁷⁶ Odbrana se poziva i na sudsku praksu Apelacionog suda Kosova koja se tiče UZP-a.⁷⁷

35. Kao drugo, odbrana tvrdi da u Zakonu ne postoji pravni osnov za UZP⁷⁸ i smatra da član 16(1)(a) Zakona ne obuhvata UZP kao oblik odgovornosti, što se mora smatrati svesnim izborom, imajući u vidu da je Zakon usvojen 15 godina nakon odluke Žalbenog veća Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKSJ) u predmetu *Tužilac protiv Duška Tadića* (u daljem tekstu: premet *Tadić*) u kojoj je zaključeno da je UZP deo međunarodnog običajnog prava, 13 godina nakon stupanja na snagu Rimskog statuta, kojim je UZP izričito odbačen, i pet godina nakon što su UZP III odbacila Vanredna veća pri sudovima Kambodže (u daljem tekstu: ECCC).⁷⁹ Odbrana takođe tvrdi da bi tumačenje da reč „izvršio“ u članu 16(1)(a) Zakona podrazumeva UZP i, naročito, UZP III, bilo nepovoljno po optuženog i

⁷³ Prigovor odbrane, stavovi 3, 21.

⁷⁴ Prigovor odbrane, stavovi 4, 24.

⁷⁵ Prigovor odbrane, stavovi 21, 25.

⁷⁶ Prigovor odbrane, stavovi 26-27.

⁷⁷ Prigovor odbrane, stav 28.

⁷⁸ Prigovor odbrane, stavovi 21, 29.

⁷⁹ Prigovor odbrane, stavovi 30-31.

predstavljalo povredu člana 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima i člana 33 Ustava.⁸⁰

36. Kao treće, odbrana tvrdi da, čak i ako sudija za prethodni postupak zaključi da međunarodno običajno pravo ima direktno dejstvo na Specijalizovana veća, ni UZP, generalno, a posebno UZP III, 1999. nisu postojali u međunarodnom običajnom pravu 1999.⁸¹ Odbrana smatra da je Žalbeno veće MKSJ-a pogrešilo kada je zaključilo u predmetu Tadić da je UZP deo međunarodnog običajnog prava jer ni u okviru *opinio juris* ni u praksi država nije bilo dovoljno dokaza za taj zaključak.⁸² Odbrana dalje tvrdi da čak i ako sudija za prethodni postupak smatra da UZP generalno postoji u međunarodnom običajnom pravu, to ne može da važi i za UZP III.⁸³ U tom smislu, odbrana se poziva na praksu ECCC, gde je zaključeno da u periodu kada su izvršena krivična dela iz njihove nadležnosti nije bilo dovoljno dokaza o doslednoj praksi država ili *opinio juris* da bi se zaključilo da je UZP III deo međunarodnog običajnog prava.⁸⁴ Odbrana podseća da su Specijalni sud za Liban (u daljem tekstu: STL) i Specijalni sud za Sijera Leone (u daljem tekstu SCSL) stali na stanovište da odgovornost za UZP III ne postoji kod krivičnih dela s posebnim umišljajem.⁸⁵ Odbrana dalje navodi da nijedan jedini ugovor iz oblasti međunarodnog krivičnog prava ne definiše konkretno UZP III kao vid odgovornosti i da je Rimski statut pouzdan pokazatelj da velika većina država odbacuje UZP kao vid odgovornosti.⁸⁶ Pored toga, odbrana podseća da je Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva prekinuo sudsku praksu gonjenja na osnovu odgovornosti za udruženi poduhvat na koju se pozvalo Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* i zaključio da englesko običajno pravo nikada nije priznavalo doktrinu o „proširenom“ zajedničkom cilju.⁸⁷

⁸⁰ Prigovor odbrane, stav 32.

⁸¹ Prigovor odbrane, stavovi 4, 21, 33, 43.

⁸² Prigovor odbrane, stav 35.

⁸³ Prigovor odbrane, stav 36.

⁸⁴ Prigovor odbrane, stavovi 36-37.

⁸⁵ Prigovor odbrane, stav 38.

⁸⁶ Prigovor odbrane, stav 39.

⁸⁷ Prigovor odbrane, stav 40.

I na kraju, odbrana se poziva na neke akademske publikacije u kojima se razmatra kontroverzni status UZP-a III.⁸⁸

37. Kao četvrto, odbrana iznosi da na osnovu zaključaka Evropskog suda za ljudska prava, UZP nije bio dovoljno predvidiv i dostupan g. Šalji, s obzirom na to da je žalbena presuda u predmetu Tadić izrečena 15. jula 1999, mesec dana po okončanju UZP-a u kome je prema navodu iz optužnice g. Šalja učestvovao, a u krivičnom zakonu Kosova nije predviđena odgovornost ni za jedan oblik UZP-a.⁸⁹ Odbrana smatra da je to utoliko bitnije jer se g. Šalja tereti za ubistvo po osnovu UZP III.⁹⁰

38. Odbrana takođe smatra da optužba po osnovu UZP-a nije samo nezakonita, već i pogrešna, imajući u vidu okolnosti predmeta protiv g. Šalje i, posebno činjenicu da se tereti za neposredno izvršenje krivičnih dela navedenih u optužnici, i da je bio na niskom položaju u Oslobodilačkoj vojsci Kosova.⁹¹

2. Odgovor tužilaštva

39. Po mišljenju tužilaštva, krivična odgovornost za UZP je oblik izvršenja krivičnog dela prema članu 16(1)(a) Zakona.⁹² Tužilaštvo navodi da je ta odredba identična odredbama o vidovima odgovornosti u statutima MKSJ-a, Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (u daljem tekstu: MKSR), Međunarodnog rezidualnog mehanizma za krivične sudove (u daljem tekstu: MRMKS), SCSL-a i ECCC-a.⁹³ Tužilaštvo dodaje da su u vreme usvajanja Zakona 2015, svi ti sudovi dosledno i u više navrata zaključili da „činjenje“ obuhvata UZP, te je, s obzirom na to da su autori Zakona odlučili da usvoje identičnu terminologiju, nesporno da su podrazumevali primenu UZP.⁹⁴ Pored

⁸⁸ Prigovor odbrane, stavovi 24, 39, 42.

⁸⁹ Prigovor odbrane, stavovi 21, 44-45.

⁹⁰ Prigovor odbrane, stav 45.

⁹¹ Prigovor odbrane, stav 23.

⁹² Odgovor tužilaštva, stav 48.

⁹³ Odgovor tužilaštva, stav 49.

⁹⁴ Odgovor tužilaštva, stav 50.

toga, tužilaštvo tvrdi da težina krivičnih dela iz nadležnosti Specijalizovanih veća u članovima 13 i 14 Zakona i izričito odbacivanje navodnih izuzetaka od krivičnog gonjenja u članovima 16(2), 16(3) i 16(4) Zakona ukazuju na to da Zakonom moraju da budu obuhvaćeni svi učinioce.⁹⁵ Tužilaštvo takođe smatra da je pogrešna tvrdnja odbrane da shvatanje prema kome je UZP oblik odgovornosti učinioca predstavlja kreativno ili „preslobodno“ tumačenje Zakona, jer se odgovornost učinioca mora tumačiti tako da obuhvati UZP, u skladu sa doslednom sudskom praksom i međunarodnim običajnim pravom, a potom primeniti u skladu s merodavnim načelima ljudskih prava i Ustavom.⁹⁶ Osim toga, tužilaštvo smatra da argument odbrane o tome da UZP nije postojao u kosovskom zakonodavstvu i zakonima SRJ zanemaruje merodavna pravila primene međunarodnog običajnog prava i činjenicu da su kosovski sudovi koji su sudili za krivična dela izvršena u istom periodu kao krivična dela navedena u optužnici primenjivali odgovornost na osnovu UZP-a.⁹⁷

40. Pored toga, tužilaštvo smatra da su argumenti odbrane o tome da UZP ni u jednom svom obliku nije priznat u međunarodnom običajnom pravu potpuno neosnovani.⁹⁸ Po mišljenju tužilaštva, formulacije iz teksta Statuta Međunarodnog vojnog suda (u daljem tekstu: Statut MVS) i Zakona br. 10 Kontrolnog saveta (u daljem tekstu: Zakon Kontrolnog saveta) obuhvataju odgovornost za krivična dela sa zajedničkim ciljem (UZP I), druga krivična dela izvršena prilikom ostvarivanja tog cilja i u vezi sa njegovim ostvarivanjem (UZP III) i izričito uključuje učinioce koji snose odgovornost za doprinos u izvršenju krivičnih dela, u ma kom obliku taj doprinos bio.⁹⁹ Tužilaštvo dodaje da su, suprotno nepotkrepljenoj tvrdnji odbrane, Žalbeno veće MKSJ-a u predmetu *Tadić* i mnoga druga veća na sličnim sudovima, zaključila da je u postupcima nakon Drugog svetskog rata optuženima suđeno za radnje koje su izvršili

⁹⁵ Odgovor tužilaštva, stavovi 51-52.

⁹⁶ Odgovor tužilaštva, stav 53.

⁹⁷ Odgovor tužilaštva, stav 54.

⁹⁸ Odgovor tužilaštva, stav 55.

⁹⁹ Odgovor tužilaštva, stav 56.

kao deo zajedničkog cilja, svrhe ili zamisli, sa drugim licima.¹⁰⁰ Prema mišljenju tužilaštva, pravna načela i praksa primenjena u postupcima nakon Drugog svetskog rata opšte su priznati kao deo međunarodnog običajnog prava.¹⁰¹ Tužilaštvo takođe navodi da su svi relevantni sudovi koji rade u sličnim okolnostima zaključili da je UZP vid odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu, što je učinio i sudija za prethodni postupak u predmetu KSC-BC-2020-06.¹⁰² Štaviše, tužilaštvo smatra da pokušaj odbrane da UZP III prikaže kao masku za uvođenje „krivice zbog povezanosti s drugima“ ili „objektivne odgovornosti“ nije uverljiv jer ne podrazumeva da mora postojati učešće optuženog, a odgovornost po osnovu UZP-a III nastaje samo kada je izvršilac, koji je već imao umišljaj, mogao da predvidi i predvideo mogućnost da će biti učinjeno još neko krivično delo i voljno pristao na taj rizik.¹⁰³ Tužilaštvo pored toga tvrdi sledeće: (i) da bi pravni izvor bio merodavan, ne postoji uslov da je kodifikovan zakonom ili ugovorom; (ii) merodavno pravo Međunarodnog krivičnog suda (u daljem tekstu: MKS) suštinski se razlikuje od normativnog okvira Specijalizovanih veća; (iii) ni akademski radovi ni studije domaće prakse ne mogu da obesnaže ustaljenu praksu; (iv) argument o krivičnim delima s posebnim umišljajem nije relevantan jer se optuženi ne tereti ni za kakav poseban umišljaj na osnovu UZP III, i (v) odluka Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva ne utiče na položaj UZP-a u okviru međunarodnog običajnog prava, kako je već utvrdio MRMKS, i odnosi se na odgovornost za saučesništvo ili pomaganje u Engleskoj i Velsu.¹⁰⁴

41. Na kraju, tužilaštvo tvrdi da je odgovornost na osnovu UZP-a u inkriminisanom periodu bila dovoljno predvidiva i dostupna da bi se mogla pripisati optuženom.¹⁰⁵ Prema mišljenju tužilaštva, insistiranjem na uniformnim, preciznim definicijama svih elemenata da bi se utvrdilo krivično delo ili vid odgovornosti, gubi se iz vida činjenica

¹⁰⁰ Odgovor tužilaštva, stav 57.

¹⁰¹ Odgovor tužilaštva, stav 58.

¹⁰² Odgovor tužilaštva, stavovi 59-60.

¹⁰³ Odgovor tužilaštva, stav 61.

¹⁰⁴ Odgovor tužilaštva, stavovi 62-64.

¹⁰⁵ Odgovor tužilaštva, stav 65.

da je međunarodno krivično pravo razvijano postepeno i da međunarodno običajno pravo nije statično, već elastično.¹⁰⁶ Tužilaštvo dodaje da su MKSJ i ECCC zaključili da kada je u pitanju međunarodni sud, dostupnost ne isključuje primenu zakona koji se zasniva na običaju.¹⁰⁷ Tužilaštvo tvrdi da je na osnovu obimnog korpusa prava nastalog nakon Drugog svetskog rata, sličnih odredbi u Krivičnom zakonu SFRJ i istraga i postupaka pred MKSJ-om, optuženi mogao da predvidi da postoji odgovornost na osnovu UZP.¹⁰⁸

3. Replika odbrane

42. Odbrana smatra da pretpostavka da su autori bili upoznati s tumačenjima statuta drugih međunarodnih krivičnih sudova ne opravdava tumačenje jasne zakonske odredbe na nedopustivo širok način.¹⁰⁹

43. Pored toga, odbrana tvrdi da pozivanje tužilaštva na presedan iz maja 2016. ne potkrepljuje tvrdnju da je 1999 UZP bio deo međunarodnog običajnog prava.¹¹⁰ Odbrana još tvrdi da uzgredni argument tužilaštva kojim odbacuje relevantnost Rimskog statuta ne daje adekvatan odgovor na argumente odbrane po tom pitanju.¹¹¹

44. Pored toga, odbrana objašnjava da ne tvrdi da akademski radovi ili vansudska mišljenja mogu da obesnaže ustaljenu sudsku praksu, već je te radove pomenula da bi ukazala na kontroverznu primenu odgovornosti na osnovu UZP.¹¹²

45. Odbrana takođe iznosi da teza da je Žalbena veće MRMKS-a uzelo u obzir presudu Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva dovodi u zabludu, pošto je ono samo razmotrilo argument o postojanju valjanih razloga zbog kojih je Žalbena veće

¹⁰⁶ Odgovor tužilaštva, stav 65.

¹⁰⁷ Odgovor tužilaštva, stav 66.

¹⁰⁸ Odgovor tužilaštva, stavovi 67-68.

¹⁰⁹ Replika odbrane, stav 41.

¹¹⁰ Replika odbrane, stav 43.

¹¹¹ Replika odbrane, stav 44.

¹¹² Replika odbrane, stav 46.

odstupilo od standardnih subjektivnih obeležja krivičnog dela u okviru UZP-a usled promene odgovarajućeg standarda saučesništva u engleskom pravu.¹¹³ I na kraju, odbrana konkretno objašnjava da ovim poziva sudiju za prethodni postupak da uzme u obzir logičke greške i nesklad sa osnovnim načelima pravičnosti koje su dovele do preokreta u pogledu standarda subjektivnih obeležja krivičnog dela u engleskom pravu, što je relevantno za ocenu statusa tri oblika UZP-a u međunarodnom običajnom pravu.¹¹⁴

D. PROIZVOLJNO LIŠAVANJE SLOBODE

1. Prigovor odbrane

46. Odbrana smatra da Specijalizovana veća nemaju nadležnost za proizvoljno lišavanje slobode kao ratni zločin u nemeđunarodnom oružanom sukobu.¹¹⁵

47. Kao prvo, odbrana navodi da u inkriminisanim periodu proizvoljno lišavanje slobode nije bilo krivično delo u domaćim zakonima Kosova.¹¹⁶ Odbrana navodi da ne može tumačiti da stav Vrhovnog suda Kosova da „protivzakonito hapšenje i zatvaranje“ prema članu 142 Krivičnog zakona SFRJ obuhvata proizvoljno lišavanje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu jer to nije bilo krivično delo ni po jednom merodavnom međunarodnom sporazumu.¹¹⁷ Odbrana dodaje da, prema načelu zakonitosti, takvo postupanje nije zabranjeno zajedničkim članom 3 Ženevskih konvencija (u daljem tekstu: zajednički član 3).¹¹⁸ Osim toga, odbrana navodi da je, nakon što je Osnovni sud u Mitrovici osudio jednog od saizvršilaca g. Šalje na osnovu člana 142 Krivičnog zakona SFRJ, Apelacioni sud Kosova prekvalifikovao optužbu za nezakonito lišavanje slobode u „prisilu“ i odbacio optužbe zbog zastarelosti i zaključio

¹¹³ Replika odbrane, stav 47.

¹¹⁴ Replika odbrane, stav 48.

¹¹⁵ Prigovor odbrane, stavovi 3, 4, 47.

¹¹⁶ Prigovor odbrane, stavovi 4, 48-49.

¹¹⁷ Prigovor odbrane, stav 49.

¹¹⁸ Prigovor odbrane, stav 49.

da tom odredbom nisu inkriminisana dela koja nemaju za posledicu teške telesne povrede ili teško narušavanje zdravlja žrtve.¹¹⁹

48. Kao drugo, odbrana iznosi da proizvoljno lišavanje slobode kao ratni zločin u nemeđunarodnom oružanom sukobu nije na spisku krivičnih dela u članu 14(1)(c) Zakona.¹²⁰ Odbrana tvrdi da je jasno da je taj spisak taksativan, jer član 14(1)(b) Zakona sadrži drugačiju kvalifikatorna okolnost kojom se precizira: „uključujući, između ostalog, neko od sledećih dela.“¹²¹ Odbrana smatra da je zaključak sudije za prethodni postupak da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena samo na dela izlistana u članu 14(1)(c) Zakona prekoračuje jasnu formulaciju te odredbe i krši načelo zakonitosti, zacrtano članom 33(1) Ustava i članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima.¹²²

49. Kao treće, odbrana tvrdi da proizvoljno lišavanje slobode ne predstavlja ozbiljnu povredu zajedničkog člana 3.¹²³ Odbrana navodi da ne postoji ujednačen stav među državama ili vodećim teoretičarima o tome šta predstavlja proizvoljno lišavanje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu a opšte je prihvaćeno, što se vidi i iz studije Međunarodnog komiteta Crvenog krsta o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu (u daljem tekstu: MKCK, običajno međunarodno humanitarno pravo, odnosno studija MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu), da je lišavanje slobode neizbežna ali zakonita pojava u oružanim sukobima.¹²⁴ Odbrana smatra da zaključak sudije za prethodni postupak u odluci o potvrđivanju optužnice da svako lišavanje slobode bez pravnog osnova ili adekvatnih procesnih garancija u nemeđunarodnom oružanom sukobu predstavlja nečovečno postupanje izjednačava proizvoljno lišavanje slobode s nečovečnim postupanjem.¹²⁵ U tom

¹¹⁹ Prigovor odbrane, stav 50.

¹²⁰ Prigovor odbrane, stavovi 47, 51.

¹²¹ Prigovor odbrane, stav 51.

¹²² Prigovor odbrane, stav 51.

¹²³ Prigovor odbrane, stavovi 47, 52.

¹²⁴ Prigovor odbrane, stav 53.

¹²⁵ Prigovor odbrane, stav 54.

smislu, odbrana ukazuje na članove 3 i 5 Evropske konvencije o ljudskim pravima i povezanu praksu Evropskog suda za ljudska prava, prema kojima lice može biti proizvoljno lišeno slobode, ali pod humanim uslovima.¹²⁶

50. Kao četvrto, odbrana tvrdi da 1999. godine proizvoljno lišavanje slobode nije bilo zabranjeno u međunarodnom običajnom pravu.¹²⁷ Odbrana navodi da je studija MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, na koju se sudija za prethodni postupak skoro isključivo poziva, tek deklaracija o poželjnim načelima i nije zasnovana ni na kakvim drugim obavezujućim izvorima međunarodnog prava.¹²⁸ Odbrana smatra da: (i) MKCK prvi put pominje da je proizvoljno lišavanje slobode zabranjeno u običajnom međunarodnom humanitarnom pravu 2005. godine; (ii) nije jasno da li je proizvoljno lišavanje slobode u nacionalnim zakonodavstvima 60-ak država učesnica u studiji MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu inkriminisano u slučaju obe kategorije oružanog sukoba, i (iii) mnogi krivični zakoni pomenuti u studiji MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu usvojeni su posle 1999. godine.¹²⁹ Odbrana takođe smatra da praksa država koje su citirane u studiji MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, a koje predstavljaju relativnu manjinu država članica Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: UN), nije dovoljna da bi ispunila „opsežan i gotovo jedinstven“ kriterijum koji je potreban da se pokaže da je neko pravilo deo međunarodnog običajnog prava.¹³⁰ Pored toga, odbrana smatra da je preveliki naglasak stavljen na pisani materijal nasuprot stvarne operativne prakse država tokom oružanog sukoba.¹³¹

51. I na kraju, odbrana tvrdi da s obzirom na neodređenost pojma proizvoljnog lišavanja slobode i u nedostatku domaćeg ili nacionalnog pravila koje je zabranjivalo

¹²⁶ Prigovor odbrane, stav 54.

¹²⁷ Prigovor odbrane, stavovi 47, 58-59.

¹²⁸ Prigovor odbrane, stav 55.

¹²⁹ Prigovor odbrane, stav 56.

¹³⁰ Prigovor odbrane, stav 57.

¹³¹ Prigovor odbrane, stav 57.

proizvoljno lišavanje slobode u nemeđunarodnom sukobu u inkriminisanom periodu g. Šalja nije mogao da predvidi da može biti optužen za to krivično delo.¹³²

2. Odgovor tužilaštva

52. Tužilaštvo tvrdi da se argumentacijom odbrane o proizvoljnom lišavanju slobode ponavlja prigovor koji je sudija za prethodni postupak nedavno rešio u okviru predmeta KSC-BC-2020-06, i da nije potrebno preispitivanje tog zaključka.¹³³

53. Po mišljenju tužilaštva, iako zabrana proizvoljnog lišavanja slobode nije izričito navedena u članu 14 Zakona, za tim nema ni potrebe jer je osnovna garancija protiv proizvoljnog lišavanja slobode neotuđiva, a poštovanje osnovnih i neotuđivih prava je neophodna komponenta zabrane nečovečnog postupanja, koja je zacrtana zajedničkim članom 3.¹³⁴ Tužilaštvo dodaje da član 14(1)(c) Zakona sadrži i reč „uključujući“ i da ta reč u uobičajenom i doslovnom značenju ukazuje na to da spisak zabranjenog ponašanja nije taksativan.¹³⁵ Tužilaštvo smatra da to što formulacija u članu 14 Zakona nije identična u svim stavovima, ne menja karakter reči „uključujući“, posebno zato što i druge formulacije na sličan način označavaju da spisak navedenih krivičnih dela nije taksativan.¹³⁶ Pored toga, tužilaštvo smatra da nema povrede zakonitosti jer Specijalizovana veća imaju nadležnost samo za ona krivična dela koja su postojala u međunarodnom običajnom pravu u relevantnom periodu.¹³⁷

54. Tužilaštvo dalje navodi da je zabrana proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu sastavni deo međunarodnog običajnog prava.¹³⁸ Prema tužilaštvu, u studiji MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu

¹³² Prigovor odbrane, stavovi 47, 60.

¹³³ Odgovor tužilaštva, stav 30.

¹³⁴ Odgovor tužilaštva, stav 32.

¹³⁵ Odgovor tužilaštva, stav 33.

¹³⁶ Odgovor tužilaštva, stav 33.

¹³⁷ Odgovor tužilaštva, stav 33.

¹³⁸ Odgovor tužilaštva, stav 34.

citiran je niz nacionalnih i međunarodnih izvora koji svedoče o praksi država i *opinio juris*.¹³⁹ Tužilaštvo dodaje da dokazi o praksi iz vremena nakon perioda iz potvrđene optužnice mogu biti relevantni kao ilustracija kontinuiranog razvoja nekog pojedinačnog pravila u međunarodnom običajnom pravu.¹⁴⁰ Pored toga, tužilaštvo smatra da se kriterijum čovečnog postupanja primenjuje na isti način svuda u običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, a proizvoljno lišavanje slobode je čvrsto ustaljeno kao ponašanje kojim se krši načelo čovečnog postupanja.¹⁴¹ Tužilaštvo takođe tvrdi da su prava na pravično suđenje garantovana zajedničkim članom 3(1)(d) nespojiva s dopuštanjem proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu.¹⁴²

55. Pored toga, tužilaštvo smatra da je proizvoljno lišavanje slobode ozbiljna povreda zajedničkog člana 3, čiji je cilj da se prvenstveno zaštite osnovna prava: pravo na život, slobodu i ličnu bezbednost, uključujući i druga ljudska prava.¹⁴³ Tužilaštvo takođe tvrdi da argumenti odbrane o proizvoljnom lišavanju slobode s nečovečnim postupanjem mešaju merodavno pravne norme jer se čini da svode čovečno postupanje na usko pitanje uslova u pritvoru.¹⁴⁴

56. I na kraju, tužilaštvo u odgovoru iznosi da je zabrana proizvoljnog lišavanja slobode bila u potpunosti dostupna i predvidiva optuženom, i to na osnovu postojanja merodavnih zakona u državama bivše Jugoslavije koji su zabranjivali proizvoljno lišavanje slobode i saopštenja međunarodnih tela kao što su UN.¹⁴⁵

¹³⁹ Odgovor tužilaštva, stavovi 35-37.

¹⁴⁰ Odgovor tužilaštva, stav 37.

¹⁴¹ Odgovor tužilaštva, stav 39.

¹⁴² Odgovor tužilaštva, stav 40.

¹⁴³ Odgovor tužilaštva, stav 41.

¹⁴⁴ Odgovor tužilaštva, stav 42.

¹⁴⁵ Odgovor tužilaštva, stavovi 35-36, 43-44.

3. Replika odbrane

57. Odbrana tvrdi da stav tužilaštva da spisak zabranjenih radnji u članu 14(1)(c) Zakona nije taksativan, opovrgava sam tekst tog stava, jer se razlikuje od teksta u stavovima (b) i (d) iste odredbe.¹⁴⁶ Odbrana dodaje da se to ne može smatrati nenamernim propustom.¹⁴⁷ Prema mišljenju odbrane, ne može se objektivno smatrati da član 14(1)(c) Zakona nije taksativan jer se u njemu direktno navodi identičan sadržaj konkretnih krivičnih dela koja su nabrojana.¹⁴⁸

58. Odbrana takođe tvrdi da ni ograničen broj primera na koje se poziva tužilaštvo ni mišljenje da proizvoljno lišavanje slobode nije dopušteno ne pokazuju tezu tužilaštva.¹⁴⁹ I na kraju, odbrana tvrdi da u članu 142 Krivičnog zakona SFRJ nije postojalo krivično delo za koje se g. Šalja tereti.¹⁵⁰

III. MERODAVNO PRAVO

A. PRELIMINARNI PODNESCI

59. Prema članu 39(1) Zakona, sudija za prethodni postupak nadležan je da pregleda optužnicu, rešava preliminarne podneske, uključujući i prigovore na optužnicu i nadležnost, i izdaje neophodne naloge i odluke, kako bi obezbedio pravilnu i ekspeditivnu pripremu predmeta za suđenje.

60. Prema pravilu 97(1) Pravilnika, optuženi može da podnese preliminarne podneske kojima se osporava nadležnost Specijalizovanih veća, ukazuje na nedostatke u formi optužnice ili traži razdvajanje optužnica u skladu s pravilom 89(2).

¹⁴⁶ Replika odbrane, stav 35.

¹⁴⁷ Replika odbrane, stav 35.

¹⁴⁸ Replika odbrane, stav 36.

¹⁴⁹ Replika odbrane, stav 38.

¹⁵⁰ Replika odbrane, stav 39.

B. OSNIVANJE SPECIJALIZOVANIH VEĆA

61. Prema članu 103(7) Ustava, specijalizovani sudovi se mogu osnivati zakonom onda kada je to neophodno, ali osnivanje vanrednih sudova nije dopušteno.

62. Prema članu 162(1) Ustava, za ispunjenje međunarodnih obaveza u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope, Kosovo može osnovati specijalizovana veća i specijalizovano tužilaštvo u okviru pravosudnog sistema Kosova. Organizacija, rad i nadležnost specijalizovanih veća i specijalizovanog tužilaštva uređuju se tim članom i posebnim zakonom.

C. MEĐUNARODNO OBIČAJNO PRAVO

63. Prema članu 22 Ustava, ljudska prava i slobode, koja su utvrđena sledećim međunarodnim sporazumima i instrumentima, garantovana su Ustavom, direktno se primenjuju na teritoriji Republike Kosovo i u slučaju konflikta imaju primat nad svim zakonskim odredbama i ostalim aktima javnih institucija:

[...]

(2) Evropske konvencija o ljudskim pravima;

(3) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i njegovi protokoli (u daljem tekstu: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima);

[...].

64. Prema članu 33(1) Ustava, niko se ne može optužiti 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 učinjena, na osnovu međunarodnog prava, predstavljala genocid, ratne zločine ili zločine protiv čovečnosti.

65. Prema članu 3(2) Zakona, Specijalizovana veća sude i rade u skladu sa:

a. Ustavom Republike Kosovo,

- b. Zakonom kao *lex specialis*,
- c. drugim odredbama kosovskog zakonodavstva koje su izričito preuzete ovim Zakonom i primenjuju se u skladu sa njim,
- d. međunarodnim običajnim pravom, koje ima primat nad domaćim zakonima na osnovu člana 19(2) Ustava, i
- e. međunarodnim pravom ljudskih prava kojim se utvrđuju standardi krivičnog prava, uključujući Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji imaju primat nad domaćim zakonima na osnovu člana 22 Ustava.

66. Prema članu 12 Zakona, Specijalizovana veća primenjuju međunarodno običajno pravo i materijalno krivično pravo Kosova u meri u kojoj je ono u skladu sa međunarodnim običajnim pravom, a koje je bilo na snazi u vreme kada su krivična dela izvršena, u skladu sa članom 7(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima i članom 15(2) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koji su sadržani i zaštićeni članovima 19(2), 22(2), 22(3) i 33(1) Ustava.

D. UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUH VAT

67. 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 planiranje, pripremu ili izvršenje takvog krivičnog dela individualno je odgovorno za to delo.

E. PROIZVOLJNO LIŠAVANJE SLOBODE

68. Prema članu 14(1)(c) Zakona, za potrebe ovog Zakona, prema međunarodnom običajnom pravu na snazi u toku vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća, ratni zločini obuhvataju: [...] u slučaju oružanog sukoba koji nije međunarodnog karaktera, ozbiljna kršenja zajedničkog člana 3, uključujući bilo koje od sledećih dela izvršenih

nad licima koja ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i one koji su onesposobljeni za borbu usled bolesti, ranjavanja, pritvora ili drugog razloga [...].

IV. DISKUSIJA

A. PRELIMINARNA PITANJA

1. Priroda prigovora odbrane

69. Pre svega, neophodno je utvrditi kakva je priroda podneska odbrane. Prema članu 39(1) Zakona, sudija za prethodni postupak može da donosi odluke o *svim* preliminarnim podnescima, uključujući, između ostalog, podneske kojima se osporavaju optužnica i nadležnost. Pravilom 97(1) i (3) Pravilnika detaljnije je utvrđen režim koji se primenjuje na najčešće preliminarne podneske i povučena razlika između preliminarne podnesaka kod kojih podnosilac ima pravo na redovnu žalbu (dakle, onih kojima se osporava nadležnost Specijalizovanih veća) i preliminarne podnesaka za čije ulaganje najpre treba zatražiti odobrenje. Pravilo 97(1)(a) Pravilnika ne definiše osporavanje nadležnosti. Međutim, u članovima 6–9 Zakona izneti su tradicionalni osnovi nadležnosti: stvarna, vremenska, mesna i personalna nadležnost. Prigovori koji se odnose na osnivanje Specijalizovanih veća i Specijalizovanog tužilaštva ili navodi o povredi ustavnih prava optuženog ne mogu se podvesti pod te četiri tradicionalne kategorije nadležnosti. Tačno je da je u nekim prilikama utvrđeno

da se osporavanjem nadležnosti mogu obuhvatiti i šira pitanja zakonitosti neke institucije,¹⁵¹ ali je u drugim prilikama nadležnost definisana znatno uže.¹⁵²

70. Što se tiče pravnih izvora na koje se odbrana poziva u vezi s ranijim zaključkom,¹⁵³ sudija za prethodni postupak podseća da taj zaključak proističe, pre svega, iz osnovnog značenja termina iz pravila 97(1)(a) Pravilnika sagledanih u njihovom kontekstu, konkretno, u članovima 6 do 9 Zakona, kojima je definisan tradicionalni osnov za nadležnost. Prema navedenim izvorima, iako je prihvaćeno da prigovor na nadležnost u nekim slučajevima može obuhvatati šira pitanja zakonitosti institucije, u drugim slučajevima nadležnost je uže definisana. Stoga, ti izvori sami po sebi ne potvrđuju da prigovori na nadležnost nužno isključuju pitanja koja se odnose na osnivanje Specijalizovanih veća u skladu s njihovim normativnim okvirom. Oni pre idu u prilog pomenutom tumačenju pravila 97(1)(a) Pravilnika zasnovanom na opštoj pretpostavci da nadležnost u međunarodnom krivičnom pravu nije neregulisan koncept. Argumentacija odbrane se stoga odbija.

71. Iz navedenog sledi da se u delovima koji se odnose na osnivanje Specijalizovanih veća, odnosno gde se navodi da su ustavna prava optuženog prekršena, prigovor

¹⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1, žalbeno veće, [Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction](#) (u daljem tekstu: *Tadić Interlocutory Appeal Decision*), 2. oktobar 1995, stav 6; ICTR, *Prosecutor v. Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, pretresno veće, [Decision on the Defence Motion on Jurisdiction](#), 18. jun 1997, stav 6.

¹⁵² MKSJ i MKSR su prihvatili uži koncept nadležnosti nakon što je usvojen amandman na Pravilnik kojim su definisani prigovori na nadležnost. ICTR, *Nzirorera v. The Prosecutor*, ICTR-98-44-AR72, žalbeno veće, [Decision Pursuant to Rule 72\(E\) of the Rules of Procedure and Evidence on Validity of Appeal of Joseph Nzirorera Regarding Chapter VII of the Charter of the United Nations](#), 10. jun 2004, stavovi 9-10; ICTY, *Prosecutor v. Tolimir*, žalbeno veće, IT-05-88/2-AR72.2, [Decision on Zdravko Tolimir's Appeal Against the Decision on Submissions of the Accused Concerning Legality of Arrest](#), 12. mart 2009, javno, stavovi 11-12; *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-T, pretresno veće, [Decision on the Accused's Motion Challenging the Legal Validity and Legitimacy of the Tribunal](#), 7. decembar 2009, javno, stav 8; STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/FT/AC/AR90.1, žalbeno veće, [Decision on the Defence Appeals Against the Trial Chamber's "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal"](#), 24. oktobar 2012, stav 18. Za kršenja prava koja ne potpadaju pod prigovor na nadležnost, v. ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-722, žalbeno veće, [Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19\(2\)\(a\) of the Statute of 3 October 2006](#), 14. decembar 2006, javno, stavovi 21-22, 24.

¹⁵³ Replika odbrane, stavovi 5-7.

odbrane ne odnosi na pitanje nadležnosti jer ne potpada pod članove 6-9 Zakona, u njihovom jasnom značenju, pa se stoga ne može razumeti kao prigovor na nadležnost.¹⁵⁴ Sudija za prethodni postupak će, međutim, razmotriti te navode na osnovu diskrecije koju ima prema članu 39(1) Zakona.¹⁵⁵ U nastavku teksta, sudija za prethodni postupak razmotriće prigovor odbrane, prvo sa stanovišta člana 39(1) Zakona, i to delove kojima se osporava osnivanje Specijalizovanih veća i/ili tvrdi da su povređena ustavna prava optuženog, a potom, sa stanovišta pravila 97(1)(a) Pravilnika, i to delove kojima se osporava nadležnost Specijalizovanih veća u smislu članova 6-9 Zakona.

2. Usmena rasprava

72. Treba podsetiti da je prema normativnom okviru Specijalizovanih veća održavanje usmene rasprave u određenim slučajevima apsolutno neophodno,¹⁵⁶ dok se u drugim slučajevima odluka o održavanju usmene rasprave donosi na osnovu diskrecionog prava.¹⁵⁷ Kad je reč o rešavanju pitanja koja proističu iz podneska odbrane, usmena rasprava nije obavezna prema Zakonu i Pravilniku.

73. Sudija za prethodni postupak primećuje da odbrana nije precizirala zašto je neophodno održati usmenu raspravu. Osim toga, kao što je gore navedeno, odbrani je odobreno produženje roka za podnošenje podneska, kao i prekoračenje dozvoljenog

¹⁵⁴ V. takođe KSC-BC-2020-06, F00450, sudija za prethodni postupak, *Decision on Motions Challenging the Legality of the SC and SPO and Alleging Violations of Certain Constitutional Rights of the Accused* /Odluka po podnescima kojima se osporava zakonitost Specijalizovanih veća i Specijalizovanog tužilaštva i ukazuje na povredu nekih ustavnih prava optuženih (u daljem tekstu: odluka o zakonitosti u predmetu *Tači i dr.*), 31. avgust 2021, javno, stav 54.

¹⁵⁵ V. takođe odluku o zakonitosti u predmetu *Tači i dr.*, stav 55.

¹⁵⁶ Na primer, član 41(5) Zakona; pravilo 92 Pravilnika (prvo pristupanje); Pravilo 96 Pravilnika (statusne konferencije).

¹⁵⁷ Na primer, pravilo 95(2)(d) Pravilnika; v. takođe KSC-BC-2020-06, F00178, sudija za prethodni postupak, *Decision on Kadri Veseli's Application for Interim Release* /Odluka po zahtevu Kadrija Veseljija za privremeno puštanje na slobodu/, 22. januar 2021, javno, stav 62; F00150, sudija za prethodni postupak, *Decision on the Conduct of Detention Review and Varying the Deadline for Preliminary Motions* /Odluka o preispitivanju pritvora i izmeni roka za dostavljanje preliminarnih podnesaka/, 16. decembar 2020, javno, stav 18.

broja reči za repliku.¹⁵⁸ Prema tome, odbrani je pruženo dovoljno mogućnosti da iznese svoje argumente. Štaviše, pošto je razmotrio opširnu argumentaciju strana u postupku, sudija za prethodni postupak smatra da ima na raspolaganju dovoljno informacija da donese odluku u vezi sa zahtevom odbrane iznetim u podnesku i da dodatna usmena rasprava nije ni neophodna niti bi doprinela ekspeditivnom rešavanju pitanjima o kojima je reč. Shodno tome, sudija za prethodni postupak odbija zahtev odbrane.

B. OSNIVANJE SPECIJALIZOVANIH VEĆA

74. Za početak, sudija za prethodni postupak primećuje da odbrana prvi put u replici iznosi argument o tome da prema pravilima kojima se uređuje postupak Specijalizovana veća nude slabije procesne garancije od Zakonika o krivičnom postupku Kosova.¹⁵⁹ Prema pravilu 76 Pravilnika, razmatra se samo replika, odnosno njeni delovi u kojima se obrađuju nova pitanja koja proističu iz odgovora. Stoga se taj argument odbacuje *in limine*.

75. Što se tiče argumenta da su Specijalizovana veća osnovana da bi se procesuirao ograničen broj predmeta,¹⁶⁰ sudija za prethodni postupak primećuje da su Specijalizovana veća osnovana da bi se procesuirala krivična u vezi sa Izveštajem Saveta Evrope, kako je predviđeno članom 162 Ustava i da, u skladu sa članovima 6-7 i 13-15 Zakona, ona imaju nadležnost za niz ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti koji su učinjeni između 1. januara 1998. i 31. decembra 2000. godine i navedeni u Izveštaju Saveta Evrope. Kao što je ranije utvrđeno, iako nadležnost Specijalizovanih veća nije neograničena, ona je dovoljno uopštena i apstraktna da pod nju može da se

¹⁵⁸ V. stavove **Error! Reference source not found.** i 6 gore.

¹⁵⁹ Replika odbrane, stav 13.

¹⁶⁰ Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 8; replika odbrane, stav 13.

podvede više krivičnih dela i kategorija učinilaca iz njihove nadležnosti.¹⁶¹ Stoga se taj argument odbrane odbija.

76. Što se tiče argumenta odbrane koji se odnosi na međunarodni sastav zaposlenih,¹⁶² sudija za prethodni postupak konstatuje da je to pitanje već razmatrano pred Ustavnim sudom Kosova i da je zaključeno da su Specijalizovana veća osnovana u skladu sa članom 6(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima. Konkretno, Ustavni sud Kosova zaključio je da je osnivanje Specijalizovanih veća neophodno kako bi Kosovo ispunilo svoje međunarodne obaveze koje proističu iz Izveštaja Saveta Evrope i koje su u kosovski pravosudni sistem unete na osnovu zakona br. 04/L-274.¹⁶³ Pomenutim zakonom ratifikovan je međunarodni dogovor postignut razmenom instrumenata između Kosova i Evropske Unije. Prema tom međunarodnom ugovoru, između ostalog, osoblje i rukovodeći kadar međunarodnog suda pred kojim će se voditi sudski i žalbeni postupci na osnovu istraga Specijalne istražne radne grupe, biće isključivo međunarodnog karaktera.¹⁶⁴ Osim toga, sudija za prethodni postupak je ranije utvrdio da su Specijalizovana veća nezavisna i nepristrasna.¹⁶⁵ Što je najbitnije, sudija za prethodni postupak je zaključio, imajući u vidu obiman normativni okvir kojim se uređuje rad Specijalizovanih veća, uključujući Ustav, Zakon kao *lex specialis*, i međunarodno pravo ljudskih prava, da se ne može reći da Specijalizovana veća funkcionišu van pravosudnog sistema Kosova.¹⁶⁶ Pored toga, kada je reč o imenovanju sudija, zaključeno je da je članom 28 Zakona taj režim jasno propisan.¹⁶⁷ Takođe je zaključeno da nije konkretno pokazano kako na bilo koju od tih odluka utiče to što

¹⁶¹ V. takođe, odluku o zakonitosti u predmetu *Tači i dr*, stav 114.

¹⁶² Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 9-11; Replika odbrane, stavovi 13-16.

¹⁶³ V. takođe, odluku o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stavove 86-88; Ustavni sud, *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, K026/15*, 15. april 2015, stavovi 50-51.

¹⁶⁴ Zakon br. 04/L-274, prilog.

¹⁶⁵ Odluka o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stavovi 100-110.

¹⁶⁶ V. odluku o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stav 101.

¹⁶⁷ V. odluku o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stav 102; v. takođe stavove 103-109.

među sudijama nema Albanaca.¹⁶⁸ I na kraju, povodom tvrdnje odbrane da se zapošljavanjem međunarodnog osoblja legitimitet Specijalizovanih veća na Kosovu dovodi u sumnju, sudija za prethodni postupak zaključuje da odbrana time ne pokreće pravno pitanje.¹⁶⁹ Iz toga proizlazi da taj argument odbrane mora biti odbijen.

77. Što se tiče tvrdnje odbrane da Zakon pretenduje da daje primat Specijalizovanim primat nad svim drugim sudovima na Kosovu,¹⁷⁰ već je ustanovljeno da Specijalizovana veća obavezuje obiman normativni okvir kojim se propisuju postupci pred njima, kao i da činjenica da ona imaju primat nad drugim sudovima na Kosovu ne utiče na tu analizu budući da ona moraju da rade u skladu sa, između ostalog, Ustavom, Zakonom kao *lex specialis*, i međunarodnim pravom ljudskih prava.¹⁷¹ Stoga se argument odbrane mora odbaciti. Što se tiče povezane tvrdnje odbrane da Zakon odstupa od Ustava i drugih normi krivičnog prava jer se članovima 3(2)(d) i 12 Zakona daje primat međunarodnom običajnom pravu,¹⁷² sudija za prethodni postupak je, kako će biti detaljnije objašnjeno niže u tekstu¹⁷³, ranije zaključio sledeće: (i) prilikom usvajanja Zakona kao glavnog instrumenta kojim se uređuju postupci pred Specijalizovanim većima, zakonodavac je krivična dela koja su već bila deo pravnog poretka i koja su bila obavezujuća prema međunarodnom pravu, samo preneo u domaće pisane propise; (ii) s obzirom na te okolnosti, zakon nije primenjen retroaktivno, i (iii) primena međunarodnog običajnog prava bila je dostupna i predvidiva u inkriminisanom periodu.¹⁷⁴ Iz istih razloga, neosnovan je i argument

¹⁶⁸ V. odluku o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stav 110.

¹⁶⁹ V. takođe odluku o legalitetu u predmetu *Tači i dr*, stav 110.

¹⁷⁰ Prigovor odbrane, stavovi 2, 7, 12; replika odbrane, stav 13.

¹⁷¹ V. odluku o zakonitosti u predmetu *Tači i dr*, stav 101.

¹⁷² Prigovor odbrane, stavovi 12-14; replika odbrane, stav 13.

¹⁷³ V. stavove 82-87 niže.

¹⁷⁴ V. KSC-BC-2020-06, F00412, sudija za prethodni postupak, *Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers /Odluka po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/* (u daljem tekstu: odluka po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*), 22. jul 2021, javno, stavovi 88-104.

odbrane da je deo Zakona kojim se daje primat međunarodnom običajnom pravu neustavan.

78. I na kraju, sudija za prethodni postupak smatra da je nepotkrepljena tvrdnja odbrane da se, bez obzira na to što se član 14(1)(c) Zakona poziva na međunarodno običajno pravo, kada je reč o elementima delâ i vidovima odgovornosti za koja se optuženi tereti, primena međunarodnog običajnog prava mora vršiti u skladu sa članom 33 Ustava.¹⁷⁵ Odbrana nije precizirala za koja krivična dela i vidove odgovornosti iz optužnice tvrdi da nije poštovano načelo zakonitosti i zbog čega optužbe za ta krivična dela i vidove odgovornosti nisu u skladu s merodavnim standardima. Argument se stoga odbija. Bez obzira na to, konkretni argumenti odbrane u vezi s međunarodnim običajnim pravom, UZP-om i proizvoljnim lišavanjem slobode, uključujući i u vezi s načelom zakonitosti, biće razmotreni u nastavku.¹⁷⁶

79. S obzirom na navedene zaključke, sudija za prethodni postupak odbija prigovor odbrane da su Specijalizovana veća *de facto* vanredni sud.

C. NADLEŽNOST SPECIJALIZOVANIH VEĆA

1. Međunarodno običajno pravo

80. Pre svega, sudija za prethodni postupak primećuje da se argumenti odbrane o pitanju merodavnosti međunarodnog običajnog prava, o UZP-u i o proizvoljnom lišavanju slobode, u određenim slučajevima preklapaju.¹⁷⁷ Međutim, budući da su i u

¹⁷⁵ Prigovor odbrane, stavovi 7, 15.

¹⁷⁶ V. stavove 80-103 niže.

¹⁷⁷ V. npr. Prigovor odbrane, stav 19 („Sudija za prethodni postupak se po prvi put u ovom predmetu poziva da razmotri da li je međunarodno običajno pravo merodavno u kosovskom pravnom poretku, što je ključno da bi se ocenilo da li Specijalizovana veća imaju nadležnost za UZP kao vid odgovornosti i krivičnog dela proizvoljno lišavanje slobode [...]“); replika odbrane, stav 27 („Međutim, kao što odbrana u prigovoru tvrdi, ni krivično delo ‘proizvoljno lišavanje slobode’ u nemeđunarodnom oružanom sukobu, ni UZP nisu bile ‘pravno obavezujuće norme’ niti su na bilo koji drugi način bile deo međunarodnog običajnog prava u inkriminisanoj periodu“), stav 34 (Tužilaštvo, međutim,

prigovoru i u replici odbrane ta pitanja, iako se preklapaju, izneta odvojeno, sudija za prethodni postupak je mišljenja da odbrana odvojeno prigovara na merodavnost međunarodnog običajnog prava s jedne strane, i na nadležnost Specijalizovanih veća za proizvoljno lišavanje slobode i UZP, s druge.¹⁷⁸ Sudija za prethodni postupak će stoga u ovom delu odluke razmotriti prvo pitanje, a argumente odbrane u vezi sa UZP-om i proizvoljnim lišavanjem slobode u sledećem delu.

81. Prelazeći na navode odbrane, sudija za prethodni postupak primećuje da se argument o primeni zakona koji je povoljniji po optuženog i zahtev za prosleđivanje Specijalizovanom veću Ustavnog suda Kosova prvi put pominju u replici odbrane.¹⁷⁹ Prema pravilu 76 Pravilnika, razmatra se samo replika, odnosno njeni delovi u kojima se obrađuju nova pitanja koja proističu iz odgovora. Stoga se taj argument odbacuje *in limine*.

82. Što se tiče tvrdnje odbrane da Specijalizovana veća ne mogu da vrše nadležnost za krivična dela prema međunarodnom običajnom pravu ukoliko ta dela nisu postojala u domaćem zakonodavstvu u vreme kada su izvršena,¹⁸⁰ sudija za prethodni postupak podseća na sledeće: (i) mada je ograničen principima i garancijama iznetim u Ustavu, Zakon je osnovni pravni tekst koji reguliše mandat i rad Specijalizovanih veća, kao što je utvrđeno članom 3(2) Zakona; (ii) merodavno pravo koje je zakonodavac odredio za Specijalizovana veća obuhvata, prvo, međunarodno običajno pravo i, drugo, kosovske zakone, ukoliko su izričito preuzeti Zakonom i u skladu s međunarodnim običajnim pravom, i (iii) klasifikovanje nekog suda kao domaćeg, međunarodnog ili hibridnog, ne određuje i pravo koje je merodavno za taj sud.¹⁸¹ Na

pogrešno tumači prigovor: odbrana osporava nadležnost Specijalizovanih veća nad *konkretnim* ratnim zločinom proizvoljnog lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu“ i „UZP-om kao *konkretnim* vidom odgovornosti“ [kurziv u originalu]).

¹⁷⁸ Prigovor odbrane, stavovi 16-18, 20-45, 46-60; replika odbrane, stavovi 17-34, 35-39, 40-48.

¹⁷⁹ Replika odbrane, stavovi 23, 24, 29, 30.

¹⁸⁰ Prigovor odbrane, stavovi 12, 16, 17; replika odbrane, stavovi 17, 19, 25-27.

¹⁸¹ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 89, 98, 99, 101, 102; v. takođe, *mutatis mutandis*, KSC-BC-2018-01, IA001/F00005, Apelacioni sud, *Decision on Appeal Against "Decision on Application for an Order Directing the Specialist Prosecutor to Terminate the Investigation against Driton*

osnovu toga je zaključeno, između ostalog, da ni Ustav SFRJ ni Krivični zakon SFRJ ne ograničavaju nadležnost Specijalizovanih veća na način na koji odbrana to sugeriše.¹⁸²

83. Osim toga, odluka Vrhovnog suda Kosova na koju se poziva odbrana, a u kojoj se navodi da krivična dela i kazne moraju biti utvrđene konkretnim domaćim zakonima, sasvim je specifična. Taj presedan proistekao je iz pravnog režima definisanog Uredbom UNMIK-a 1999/24, prema kojoj, između ostalog, merodavni zakon koji je bio na snazi 22. marta 1989. *prima facie* upućuje na načelo zakonitosti utvrđeno Ustavom SFRJ.¹⁸³ Nasuprot tome, Zakon, kao osnovni akt kojim se regulišu postupci pred Specijalizovanim većima, izričito propisuje primenu međunarodnog običajnog prava. Odbrana nije u dovoljnoj meri potkrepila ovu tvrdnju da bi sudija za prethodni postupak bio u obavezi da ponovo razmatra navedene zaključke.

84. Prema tome, sudija za prethodni postupak potvrđuje da su Specijalizovana veća dužna da primenjuju međunarodno običajno pravo i da, osim samog Zakona, nijedan drugi domaći propis za njih nije merodavan, osim ako nije preuzet Zakonom i usklažen s međunarodnim običajnim pravom. Iz navedenih razloga, argument odbrane se, dakle, odbija.

85. Što se tiče tvrdnje odbrane da se član 3(2)(d) Zakona uvek mora tumačiti u skladu s načelom zakonitosti,¹⁸⁴ već je utvrđeno da pozivanje na član 7(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 15(2) Međunarodnog pakta o građanskim pravima u članu 12 Zakona treba tumačiti tako da se u celini obuhvati član 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 15 Međunarodnog pakta o građanskim pravima, primenom člana 3(2)(a) i (e) Zakona i članova 22 i 33 Ustava.¹⁸⁵ Takođe je zaključeno

Lajči"/Odluka po žalbi na odluku o zahtevu da se specijalizovanom tužiocu izda nalog da obustavi istragu protiv Dritona Lajčija/ (u daljem tekstu: odluka po žalbi u predmetu *Lajči*), 1. oktobar 2021, javno, stav 16.

¹⁸² V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 99.

¹⁸³ Kosovo, Vrhovni sud, *Veselin Bešović v. Prosecutor*, AP-KZ NO.80/2004, 7. septembar 2004, str. 18.

¹⁸⁴ Prigovor odbrane, stavovi 7, 12-14, 17; replika odbrane, stavovi 18-22, 28.

¹⁸⁵ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 93-95.

da prilikom usvajanja domaćih zakona u kojima su izričito navedena međunarodna krivična dela koja su u predmetno vreme već postojala u međunarodnom običajnom pravu, zakonodavac može da omogući, pa čak i da zahteva, krivično gonjenje za radnje koje su izvršene pre nego što su sankcionisane domaćim pisanim propisima, tako da ne postoji problem retroaktivnosti.¹⁸⁶ Tvrdeći da se ovim zaključkom ignoriše širok spektar zaštite iz člana 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima,¹⁸⁷ odbrana pokazuje da pogrešno tumači, što će biti razmotreno u posebnom delu u nastavku, da su pitanja dostupnosti i predvidivosti zasebno razmatrana.¹⁸⁸

86. Navedeni zaključak je u skladu i sa članom 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima. Evropski sud za ljudska prava zaključio je da pozivanje na krivično delo prema međunarodnom pravu podrazumeva da ne dolazi do kršenja člana 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima ako je osuda izrečena na osnovu domaćih zakonskih odredbi koje nisu bile na snazi kada je krivično delo izvršeno, ali pod uslovom da je zasnovana bilo na ugovornom, bilo na običajnom međunarodnom pravu koje je tada bilo merodavno.¹⁸⁹ Posebno valja napomenuti da je Evropski sud za ljudska prava ovo načelo primenio prilikom izricanja osude na osnovu domaćeg zakona usvojenog 2003. za krivično delo prema međunarodnom pravu, koje je izvršeno tokom sukoba u bivšoj Jugoslaviji 1992.¹⁹⁰ S tim u vezi, sudija za prethodni postupak konstatuje i da je pogrešna tvrdnja odbrane da je Evropski sud za ljudska prava ograničio primenu člana 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima na flagrantno nezakonito ponašanje. Tačno je da je u datom predmetu Evropski sud za ljudska prava govorio o flagrantno nezakonitoj prirodi ponašanja u kontekstu predvidivosti,¹⁹¹ ali nije zaključio da je član 7(1) Evropske konvencije o ljudskim

¹⁸⁶ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 101.

¹⁸⁷ Replika odbrane, stav 28.

¹⁸⁸ V. takođe odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 103-104.

¹⁸⁹ V. ECtHR, *Vasiliauskas v. Lithuania*, br. 35343/05, [Judgment](#), 20. oktobar 2015, stav 166.

¹⁹⁰ ECtHR, *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina* (u daljem tekstu: *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*), br. 51552/10, Decision, 10. april 2012, stavovi 22-25.

¹⁹¹ ECtHR, *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, stav 24.

pravima generalno ograničen na takvo ponašanje. Nesumnjivo je da pozivanje na krivično delo prema međunarodnom pravu bez dodatnog kvalifikovanja isključuje takvo restriktivno tumačenje.

87. Prema tome, argument odbrane se odbija u delu u kome se tvrdi da član 3(2)(d) Zakona nije u skladu s načelom zakonitosti.

88. I na kraju, na osnovu opšteg normativnog okvira na snazi posle Drugog svetskog rata,¹⁹² postupaka koji su se u predmetno vreme vodili pred MKSJ-om,¹⁹³ relevantnih međunarodnih ugovora koje je SFRJ ratifikovala¹⁹⁴ i zabrana navedenih u Krivičnom zakonu SFRJ (a neke od njih reflektuju krivična dela iz optužnice),¹⁹⁵ sudija za prethodni postupak zaključuje da je optuženima u relevantnom periodu bilo dostupno i predvidivo da bi postupci koji im se stavljaju na teret mogli predstavljati krivično delo prema međunarodnom običajnom pravu, te da bi učestvovanje u takvim postupcima moglo povući za sobom individualnu krivičnu odgovornost.

89. Stoga sudija za prethodni postupak odbija prigovor odbrane u delu u kome se tvrdi da međunarodno običajno pravo nema direktno dejstvo na postupke pred Specijalizovanim većima.

¹⁹² Nirnberška povelja (kojoj je SFRJ pristupila 29. septembra 1945.), član 6; Zakon Kontrolnog saveta, član II; Komisija za međunarodno pravo, Principi međunarodnog prava priznati u Nirnberškoj povelji i presuda Suda u Nirnbergu, princip II.

¹⁹³ Prema evidenciji dostupnoj na vebsajtu MKSJ-a, u periodu na koji se odnosi potvrđena optužnica, u toku su bili postupci protiv više desetina lica.

¹⁹⁴ Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949, o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Dopunski protokol II), 1125 UNTS 609, 8. jun 1977; Konvencija o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečanstva, 754 UNTS 73, 26. novembar 1968; Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, 1465 UNTS 85, 10. decembar 1984.

¹⁹⁵ Član 142 Krivičnog zakona SFRJ uključuje, na primer, ubistvo, mučenje, nečovečno postupanje i protivzakonito lišavanje slobode i zatvaranje.

2. Udruženi zločinački poduhvat

90. Što se tiče tvrdnje odbrane da UZP nije postojao u domaćim zakonima koji su bili na snazi u vreme izvršenja krivični dela,¹⁹⁶ sudija za prethodni postupak podseća na sledeće zaključke: (i) Specijalizovana veća primenjuju, prvo, međunarodno običajno pravo i, drugo, kosovske zakone, ukoliko su izričito preuzeti Zakonom i u skladu su s međunarodnim običajnim pravom,¹⁹⁷ i (ii) član 16(1) Zakona, za razliku od stavova (2) i (3) istog člana, ne preuzima izričito odredbe kosovskih zakona.¹⁹⁸ Iz toga sledi da su za krivična dela iz članova 13–14 Zakona Specijalizovana veća dužna da primene samo one vidove odgovornosti koji su u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice bili prihvaćeni u međunarodnom običajnom pravu.¹⁹⁹ S obzirom na to da su odluke Apelacionog suda Kosova u vezi sa UZP²⁰⁰ donete na osnovu normativnog okvira koji ne počiva na Zakonu, one nisu relevantne za ovu odluku. Argument odbrane se stoga odbija.

91. Što se tiče tvrdnje odbrane da u Zakonu nema pravnog osnova za UZP,²⁰¹ sudija za prethodni postupak je ranije zaključio da se član 16(1) Zakona, kao i pojam „izvršenje“, mora tumačiti u skladu s međunarodnim običajnim pravom koje je bilo merodavno u periodu u kome su izvršena krivična dela iz optužnice, budući da: (i) Specijalizovana veća primenjuju, prvo, međunarodno običajno pravo i, drugo, kosovske zakone, ukoliko su izričito navedeni u Zakonu i usklađeni s međunarodnim običajnim pravom; (ii) članovi 13-14 Zakona se izričito pozivaju na međunarodno običajno pravo kao merodavno pravo za krivična dela protiv čovečnosti i ratne zločine izvršene u periodu na koji se odnosi vremenska nadležnost Specijalizovanih veća, i (iii) termini korišćeni u članu 16(1)(a) Zakona identični su onima iz odredbi o

¹⁹⁶ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 21, 25-28; replika odbrane, stav 22.

¹⁹⁷ V. stavove 82-87 gore; v. takođe, *mutatis mutandis*, *Lajçi Appeal Decision*, stav 16.

¹⁹⁸ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 178.

¹⁹⁹ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 179.

²⁰⁰ Prigovor odbrane, stav 28.

²⁰¹ Prigovor odbrane, stavovi 21, 29-32; replika odbrane, stavovi 41-42.

vidovima odgovornosti u statutima MKSJ-a i MKSR-a, koji su preuzeli vidove odgovornosti iz međunarodnog običajnog prava.²⁰² To dalje znači da budući da je UZP bio ustaljen u međunarodnom običajnom pravu u vreme kada je Zakon usvojen, korišćenje skoro identične definicije vidova odgovornosti u Zakonu ne pokazuje da je namera autora bila da isključe UZP, kako odbrana tvrdi.²⁰³ Naprotiv, to ide u prilog pretpostavci da su autori nameravali da uključe baš taj vid odgovornosti. To tumačenje bazira se na tekstu člana 16(1) Zakona, kada se tumači u njegovom kontekstu, i na merodavnom međunarodnom običajnom pravu. Ne može se, dakle, tvrditi da je to u suprotnosti sa članom 33 Ustava i članom 7(1) Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁰⁴ Argument odbrane se stoga odbija.

92. Što se tiče tvrdnje odbrane da UZP u načelu nije postojao u međunarodnom običajnom pravu 1999,²⁰⁵ sudija za prethodni postupak je ranije precizirao da nema uverljivih razloga da se ospori zaključak o utemeljenosti UZP I u međunarodnom običajnom pravu, budući da se dosledna sudska praksa savremenih međunarodnih sudova uzima u obzir na osnovu člana 3(3) Zakona,²⁰⁶ Odbrana se poziva stručni rad jednog bivšeg sudije MKSJ-a,²⁰⁷ ali takav stručni rad sam po sebi nije dovoljan da bi se preispitivala ustaljena praksa međunarodnih sudova.²⁰⁸ Odbrana nije iznela druge argumente u prilog svojoj tvrdnji, te se ona stoga odbija.

93. Isto tako, većina argumenata kojim odbrana potkrepljuje svoju tvrdnju da se UZP III ne može svesti na međunarodno običajno pravo²⁰⁹ već su razmatrani i odbijeni. Konkretno, doneti su sledeći zaključci: (i) ne postoje uverljivi razlozi da se ospori sudska praksa raznih međunarodnih i internacionalizovanih sudova i tribunala po

²⁰² V. odluka po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 177.

²⁰³ Prigovor odbrane, stav 31.

²⁰⁴ Prigovor odbrane, stav 32.

²⁰⁵ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 21, 33-35, 43; replika odbrane, stavovi 43-44.

²⁰⁶ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavovi 181-185, 187.

²⁰⁷ Prigovor odbrane, stav 35, fusnota 56; replika odbrane, stav 46.

²⁰⁸ V. takođe odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 188.

²⁰⁹ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 21, 36-42; Replika odbrane, stavovi 47-48.

kojoj je UZP III deo međunarodnog običajnog prava na osnovu prakse Vanrednih veća Sudova Kambodže ; (ii) pristup korišćen u statutu MKS nije relevantan za pitanje da li je UZP III prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu jer prilikom usvajanja Rimskog statuta države potpisnice nisu imale za cilj da kodifikuju međunarodno običajno pravo; (iii) stručni radovi (nekadašnjih) sudija i naučnih radnika koji zagovaraju različite tendencije u pravu ili iznose lična mišljenja, nisu dovoljni da bi se preispitala ustaljena praksu međunarodnih sudova, i (iv) odluka Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva kojom je ukinuta osuda po osnovu odgovornosti za udruženi poduhvat tiče se krivičnog dela u domaćem zakonodavstvu koje se procesuirala prema domaćem pravu na osnovu odgovornosti za saučesništvo i nije relevantna za međunarodno običajno pravo i međunarodna krivična dela.²¹⁰ Što se tiče pozivanja odbrane na praksu Specijalnog suda za Liban i Specijalnog suda za Sijera Leone u vezi s primenom UZP-a III na krivična dela za koje je potreban poseban umišljaj, sudija za prethodni postupak smatra da s obzirom na okolnosti ovog predmeta nije potrebno da se bavi tim pitanjem. To je zato što se g. Šalja ne tereti za mučenje, što je jedino krivično delo za koje je prema UZP III potreban poseban umišljaj.²¹¹ Prema tome, ta argumentacija odbrane se mora zanemariti.

94. Pored toga, tvrdnja odbrane da je UZP III u očiglednom sukobu s principom utvrđivanja individualne krivice,²¹² kako je ranije utvrđeno, ne tiče se, strogo uzev, pitanja nadležnosti.²¹³ U svakom slučaju, sudija za prethodni postupak podseća na raniji zaključak da lice mora svesno učestvovati i znatno doprineti ostvarenju zajedničkog cilja, uz uslov da je to lice moralo biti u stanju da predvidi da prilikom ostvarenja zajedničkog cilja može doći do ekscesnog krivičnog dela, i da je optuženi

²¹⁰ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 186-188.

²¹¹ Potvrđena optužnica, stavovi 8-9, gde se navodi da je g. Šalja s drugim pripadnicima UZP imao zajednički cilj koji je podrazumevao vršenje krivičnih dela (proizvoljnog lišavanja slobode, surovog postupanja, mučenja i ubistva) i, alternativno, da je mogao predvideti da bi jedan ili više učesnika u UZP-u ili druga lica koja su oni iskoristili za vršenje krivičnih dela u sklopu zajedničkog cilja mogla da izvrše krivično delo ubistva, i da je voljno pristao na taj rizik.

²¹² Prigovor odbrane, stav 24; replika odbrane, stav 45.

²¹³ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 202-203.

voljno pristao na taj rizik, da bi se utvrdila odgovornost po osnovu UZP-a III.²¹⁴ Prema tome, argument odbrane je neosnovan.

95. Što se tiče dostupnosti i predvidivosti UZP-a,²¹⁵ sudija za prethodni postupak podseća na sledeće: (i) prva presuda MKSJ-a u kojoj se konstatuje odgovornost za učešće u UZP-u bila je prvostepena presuda izrečena 1998. u predmetu *Tužilac protiv Ante Furundžije*; (ii) opšti normativni okvir za UZP definisan je nakon Drugog svetskog rata, i (iii) članovi 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ preslikavaju koncept odgovornosti za zajednički cilj.²¹⁶ Te konstatacije ne podrazumevaju nikakve pretpostavke i, zajedno sa zaključkom da je u dato vreme UZP bio prihvaćen u međunarodnom običajnom pravu, pokazuju da je izvršenje krivičnih dela po osnovu UZP-a nesporno protivzakonito.²¹⁷ S obzirom na navedeno, sudija za prethodni postupak zaključuje da su i UZP I i UZP II bili predvidivi i dostupni optuženom u vreme izvršenja krivičnih dela iz optužnice. Stoga se argumentacija odbrane odbija.

96. I na kraju, sudija za prethodni postupak primećuje da odbrana tvrdi da je pozivanje na UZP ne samo nezakonito, već i pogrešno, jer se g. Šalja tereti za direktno izvršenje krivičnih dela iz potvrđene optužnice.²¹⁸ Da li će neko lice biti optuženo na osnovu nekog konkretnog vida odgovornosti zavisi od ocene specijalizovanog tužioca, koju on donosi na osnovu svog diskrecionog prava.²¹⁹ Zadatak je sudija pretresnog panela da utvrde da li dokazi potkrepljuju osudu na osnovu tog vida odgovornosti. Kao takva, ta tvrdnja odbrane ne spada u pitanje nadležnosti. Ako odbrana tvrdi da se, pravno gledano, na UZP može pozivati samo u vezi sa odgovornošću vođa, sudija za prethodni postupak smatra da se ni argumenti koji se

²¹⁴ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 206.

²¹⁵ Prigovor odbrane, stavovi 44-45.

²¹⁶ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 194-200.

²¹⁷ Replika odbrane, stavovi 22, 27, 32, 34.

²¹⁸ Prigovor odbrane, stav 23.

²¹⁹ V. takođe KSC-BC-2020-04, F00003, sudija za prethodni postupak, *Order to the Specialist Prosecutor Pursuant to Rule 86(4) of the Rules /Nalog specijalizovanom tužiocu prema pravilu 86(4) Pravilnika/*, 28. februar 2020, javno, stav 10.

odnose na obeležja nekog vida odgovornosti ne mogu podvesti pod nadležnost.²²⁰ U svakom slučaju, sudija za prethodni postupak smatra da ne postoje zakonske prepreke za pripisivanje odgovornosti na osnovu UZP-a licima koja nisu na rukovodećim položajima. Objektivna obeležja UZP-a – delovanje više lica, zajednički plan, zamisao ili cilj koji predstavlja ili podrazumeva izvršenje krivičnog dela predviđenog Zakonom i učešće optuženog u sprovođenju zajedničkog plana, zamisli ili cilja – ne ukazuju na takve prepreke. Pored toga, Žalbeno veće MKSJ-a je izričito potvrdilo da je UZP primenjivan i u predmetima u kojima su učesnici u UZP-u bili (među) glavnim učiniocima i u predmetima relativno manjeg formata.²²¹ Argumentacija odbrane se iz tih razloga odbija.

97. S obzirom na navedeno, odbija se prigovor odbrane na nadležnost Specijalizovanih veća za UZP.

3. Proizvoljno lišavanje slobode

98. Što se tiče prigovora odbrane na status krivičnog dela proizvoljnog lišavanja slobode u merodavnom domaćem pravu,²²² sudija za prethodni postupak podseća na svoj zaključak da Specijalizovana veća, postupajući po predmetima o krivičnim delima iz članova 13 i 14 Zakona koja spadaju u njihovu vremensku nadležnost, prvo primenjuju međunarodno običajno pravo, a potom kosovske zakone, i to samo one koji su izričito preuzeti Zakonom i koji su u skladu s međunarodnim običajnim pravom.²²³ To znači da će se pitanje da li je proizvoljno lišavanje slobode predstavljalo ratni zločin u nemeđunarodnom oružanom sukobu u vremenskom periodu na koji se odnosi potvrđena optužnica ocenjivati prema međunarodnom običajnom pravu. Argument odbrane se stoga odbija.

²²⁰ Takođe, odluka po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 175.

²²¹ ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-A, Žalbeno veće, [Judgment](#), 3. april 2007, stavovi 406, 425.

²²² Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 48-50.

²²³ V. stavove 82-87 gore; v. takođe, *mutatis mutandis*, *Lajçi Appeal Decision*, stav 16.

99. Što se tiče tvrdnje odbrane da proizvoljno lišavanje slobode nije obuhvaćeno članom 14(1)(c) Zakona,²²⁴ sudija za prethodni postupak podseća da je već utvrđeno da formulacije korišćene u stavovima (1)(a) i (c), s jedne strane, i stavovima (1)(b) i (d) tog člana, s druge strane, imaju slično netaksativno značenje.²²⁵ Pored toga, suprotno tvrdnji odbrane,²²⁶ zajednički član 3 nije taksativan jer je njegovom uvodnom odredbom propisano da je svaka strana u sukobu u obavezi da se, *kao minimum*, pridržava odredbi koje slede. To podrazumeva da ratni zločini nad kojima Specijalizovana veća imaju nadležnost nisu nužno ograničeni na one koji su izričito nabrojani u članu 14 Zakona, pod uslovom da je, u skladu sa članovima 3(2)(d) i 12 Zakona, u vreme kada je izvršeno, to krivično delo bilo priznato u međunarodnom običajnom pravu.²²⁷ Argument odbrane se stoga mora odbiti.

100. Osim toga, sudija za prethodni postupak podseća da je, suprotno tvrdnji odbrane,²²⁸ već utvrđeno da proizvoljno lišavanje slobode predstavlja tešku povredu zajedničkog člana 3.²²⁹ Naime, u kontekstu lišavanja slobode koje izvrši nedržavni akter u nemeđunarodnom sukobu, proizvoljno zatvaranje podrazumeva lišavanje slobode: (i) bez valjanog pravnog osnova – jer ne postoji osnov za lišavanje slobode koji se odnosi na nemeđunarodni oružani sukob ni prema ugovornom, ni prema običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, ili (ii) koje je u suprotnosti sa osnovnim procesnim garancijama, imajući u vidu širinu uslova za kvalifikaciju nečovečnog postupanja prema zajedničkom članu 3.²³⁰ Po mišljenju sudije za prethodni postupak, zaključak da proizvoljno lišavanje slobode u tim specifičnim okolnostima predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3 čvrsto je utemeljen na

²²⁴ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 47, 51; replika odbrane, stavovi 35-36.

²²⁵ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 144.

²²⁶ Replika odbrane, stav 36.

²²⁷ V. takođe, odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 145.

²²⁸ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 47, 52-54.

²²⁹ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 156.

²³⁰ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 149-155.

odredbama tog člana, što u celosti spada u međunarodno običajno pravo.²³¹ Stoga ukazivanje odbrane na rasprave koje se i dalje vode o različitim aspektima lišavanja slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu ne menja taj zaključak.²³² Takođe, tvrdnja odbrane da je, prema međunarodnom humanitarnom pravu, lišavanje slobode u načelu zakonita pojava²³³ sama po sebi ne negira mogućnost da lišavanje slobode u određenim okolnostima postane proizvoljno. Sudija za prethodni postupak takođe smatra da je pogrešan argument odbrane da se u potvrđenoj optužnici proizvoljno lišavanje slobode izjednačava s nečovečnim postupanjem.²³⁴ Uslovi pritvora su sasvim zasebno pitanje i potencijalno predstavljaju druga krivična dela iz nadležnosti Specijalizovanih veća ili se na njih odnose.²³⁵ Argumenti odbrane se stoga moraju zanemariti.

101. Što se tiče navoda odbrane da proizvoljno lišavanje slobode nije bilo zabranjeno prema međunarodnom običajnom pravu 1999. godine,²³⁶ sudija za prethodni postupak je već detaljno opisao praksu država i *opinio juris* – koje se sastoje od nacionalnih zakonodavstava i izražavanje suverenih stavova država putem međunarodnih organizacija – kojima je, bilo izričitim navođenjem nemeđunarodnog oružanog sukoba, ili bez pravljenja razlike između tipova oružanog sukoba, utvrđeno pravilo međunarodnog običajnog prava kojim se inkriminiše proizvoljno lišavanje slobode u nemeđunarodnom oružanom sukobu.²³⁷ S tim u vezi, takođe je objašnjeno, suprotno tvrdnji odbrane da se sudija za prethodni postupak skoro isključivo pozivao

²³¹ V. npr. ICJ, [Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua \(Nicaragua v. United States\)](#), I.C.J. Reports 1986 (str. 14), Judgment, 27. jun 1986, stav 218; [Tadić Interlocutory Appeal Decision](#), stav 98.

²³² Prigovor odbrane, stav 53.

²³³ Prigovor odbrane, stav 53.

²³⁴ Prigovor odbrane, stav 54.

²³⁵ Prema navodima u potvrđenoj optužnici, g. Šalja snosi odgovornost za ratne zločine surovog postupanja i/ili mučenja zbog uslova pod kojima su neka lica bila držana u pritvoru u inkriminisanom periodu; v. potvrđenu optužnicu, stavove 18, 26.

²³⁶ Prigovor odbrane, stavovi 3-4, 47, 55-59; replika odbrane, stav 38.

²³⁷ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stavove 159-164.

na studiju MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu,²³⁸ da MKCK nije institucija koja sama kreira ili sublimira praksu državâ, već da je zajedno s drugim akterima, MKCK merodavan izvor za praksu državâ, a sudija za prethodni postupak ima pravo da taj izvor samostalno razmatra.²³⁹ U tom smislu, tvrdnja odbrane da se studija MKCK o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu previše oslanja na pisani materijal²⁴⁰ zasnovana je na izvoru koji ne iznosi tu konkretnu zamerku u vezi s proizvoljnim lišavanjem slobode i, u svakom slučaju, sudija za prethodni postupak je na osnovu prihvaćene metodologije utvrđivanja pravila u međunarodnom običajnom pravu nezavisno potvrdio postojanje pravila po kome je proizvoljno lišavanje slobode krivično delo prema međunarodnom običajnom pravu. Pored toga, kada je reč o tvrdnji odbrane da su neki od krivičnih zakona koji se pominju u studiji MKCK usvojeni nakon 1999, već je utvrđeno da su takvi izvori u nekim slučajevima prihvatljivi kao pomoćno sredstvo, kako bi se demonstrirao dalji razvoj (a ne suprotna praksa) već postojeće norme u međunarodnom običajnom pravu u dato vreme.²⁴¹ Argumentacija odbrane se stoga odbija.

102. I na kraju, sudija za prethodni postupak smatra da je, s obzirom na kriminalizaciju proizvoljnog lišavanja slobode u bivšoj Jugoslaviji (i šire), a potom i osudi takvog ponašanja u Ujedinjenim nacijama u kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji, optuženom u inkriminisanom periodu bilo dostupno i predvidivo saznanje da bi umešanost u dela proizvoljnog lišavanja slobode mogla da povuče za sobom individualnu krivičnu odgovornost.²⁴² Suprotno tvrdnji odbrane,²⁴³ taj zaključak nije zasnovan ni na pretpostavci, ni na uopštenom pominjanju ratnih zločina u Krivičnom zakonu SFRJ. Štaviše, zajedno sa zaključkom da je proizvoljno lišavanje slobode bilo prihvaćeno u međunarodnom običajnom pravu u dato vreme, ovaj

²³⁸ Prigovor odbrane, stav 55.

²³⁹ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 157.

²⁴⁰ Prigovor odbrane, stav 57 i fusnota 96.

²⁴¹ V. odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 158.

²⁴² V. takođe, odluku po prigovorima nenadležnosti u predmetu *Tači i dr*, stav 165.

²⁴³ Prigovor odbrane, stav 60; replika odbrane, stavovi 32, 33, 39.

zaključak potvrđuje da je u dato vreme proizvoljno lišavanje slobode neosporno bilo protivzakonito. Iz toga sledi da je argumentacija odbrane manjkava.

103. Stoga sudija za prethodni postupak odbija prigovor odbrane na nadležnost Specijalizovanih veća za proizvoljno lišavanje slobode kao ratni zločin u nemeđunarodnom oružanom sukobu prema članu 14(1)(c) Zakona.

V. DISPOZITIV

104. Iz navedenih razloga, sudija za prethodni postupak

- (a) **ODBIJA** prigovor odbrane u delu u kome se osporava osnivanje Specijalizovanih veća i/ili kojim se tvrdi da su ustavna prava optuženog povređena članom 39(1) Zakona, i
- (b) **ODBIJA** prigovor odbrane u delu u kome se osporava nadležnost Specijalizovanih veća na osnovu pravila 97(1)(a) Pravilnika.

/potpis na originalu/

Sudija Nikola Giju,
sudija za prethodni postupak

U ponedeljak, 18. oktobra 2021.

U Hagu, Holandija