



KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS
DHOMAT E SPECIALIZUARA TË KOSOVËS
SPECIJALIZOVANA VEĆA KOSOVA

Predmet: KSC-BC-2020-04

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

Sekretar: Fidelma Donlon

Datum: 11. februar 2022.

Jezik originala: engleski

Stepen tajnosti: javno

**Odluka po žalbi Pjetera Šalje na odluku po podnesku kojim se osporavaju
osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća**

Specijalizovano tužilaštvo:
Džek Smit

Branilac Pjetera Šalje:
Žan-Luj Žilisen

Zastupnik žrtava:
Sajmon Loz

Sadržaj

I.	TOK POSTUPKA	2
II.	KRITERIJUMI PREISPITIVANJA	4
III.	PRELIMINARNA PITANJA	4
IV.	DISKUSIJA	5
A.	Greške u vezi sa pitanjem merodavnosti međunarodnog običajnog prava (žalbeni razlozi (i) i (ii))	7
1.	Da li u pravnom sistemu Kosova međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima (deo žalbenog razloga (i))	7
(a)	Argumenti strana u postupku	7
(b)	Ocena panela Apelacionog suda	9
2.	Da li je primena međunarodnog običajnog prava koju nalaže Zakon u skladu s principom zakonitosti (deo žalbenog razloga (i), žalbeni razlog (ii))	11
(a)	Argumenti strana u postupku	11
(b)	Ocena panela Apelacionog suda	13
B.	Greške u vezi s pitanjem udruženog zločinačkog poduhvata (žalbeni razlog (iii)).....	20
1.	Argumenti strana u postupku	20
2.	Ocena panela Apelacionog suda	21
C.	Greške u vezi sa stvarnom nadležnošću za proizvoljno zatvaranje (žalbeni razlog (iv)).....	25
1.	Argumenti strana u postupku	25
2.	Ocena panela Apelacionog suda	26
V.	DISPOZITIV	28

PANEL VEĆA APELACIONOG SUDA Specijalizovanih veća Kosova (u daljem tekstu: panel Apelacionog suda, Apelacioni panel ili panel, i Specijalizovana veća)¹ postupajući shodno članu 33(1)(c) Zakona o Specijalizovanim većima i Specijalizovanom tužilaštvu (u daljem tekstu: Zakon) i pravilu 169 Pravilnika o postupku i dokazima (u daljem tekstu: Pravilnik), rešava žalbu (u daljem tekstu: žalba) koju je Pjeter Šalja (u daljem tekstu: Šalja ili optuženi)² 9. novembra 2021. uložio protiv "Odluke po podnesku kojim se osporavaju osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća" (u daljem tekstu: sporna odluka).³ Dana 29. novembra 2021, Specijalizovano tužilaštvo (u daljem tekstu: tužilaštvo) podnelo je odgovor na žalbu (u daljem tekstu: odgovor).⁴ Dana 9. decembra 2021, Šalja je podneo repliku (u daljem tekstu: replika).⁵

¹ F00004, *Decision Assigning a Court of Appeals Panel /Odluka o raspoređivanju sudija u Panel Apelacionog suda/*, 10. novembar 2021.

² F00003, *Defence Appeal against Decision on Motion Challenging the Establishment and Jurisdiction of the Specialist Chambers /Žalba odbrane na odluku po podnesku kojim se osporavaju osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća/*, 9. novembar 2021. (u daljem tekstu: žalba). Panel Apelacionog suda je 28. oktobra 2021. produžio rok za podnošenje žalbe (v. F00002, *Decision on Shala's Request for Variation of Time Limit /Odluka po Šaljinom zahtevu za produženje roka/*, 28. oktobar 2021) a 17. novembra 2021. za podnošenje odgovora i replike (v. F00007, *Decision on the Parties' Requests for Variation of Time Limits /Odluka po zahtevima strana u postupku za produženje rokova/*, 17. novembar 2021).

³ F00088, *Decision on Motion Challenging the Establishment and Jurisdiction of the Specialist Chambers /Odluka po podnesku kojim se osporavaju osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća/*, 18. oktobar 2021. (u daljem tekstu: sporna odluka).

⁴ F00008, *Prosecution response to Defence appeal against the 'Decision on Motion Challenging the Establishment and Jurisdiction of the Specialist Chambers' /Odgovor tužilaštva na žalbu odbrane na odluku po podnesku kojim se osporavaju osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća/*, 29. novembar 2021. (u daljem tekstu: odgovor).

⁵ F00009, *Defence Reply to Prosecution Reponse to Appeal against 'Decision on Motion Challenging the Establishment and Jurisdiction of the Specialist Chambers' /Replika odbrane na odgovor tužilaštva na žalbu na odluku po podnesku kojim se osporavaju osnivanje i nadležnost Specijalizovanih veća/*, 9. decembar 2021. (u daljem tekstu: replika).

I. TOK POSTUPKA

1. Dana 19. juna 2020, na osnovu odluke sudije za prethodni postupak,⁶ tužilaštvo je podnelo potvrđenu optužnicu.⁷ Dana 1. novembra 2021, tužilaštvo je podnelo važeću optužnicu, u skladu sa odlukom sudije za prethodni postupak (u daljem tekstu: optužnica).⁸

2. Dana 16. marta 2021, na osnovu odluke⁹ i naloga za hapšenje koje je izdao sudija za prethodni postupak,¹⁰ Šalja je uhapšen u Kraljevini Belgiji (u daljem tekstu: Belgija).¹¹

⁶ F00007/RED, *Public Redacted Version of Decision on the Confirmation of the Indictment against Pjetër Shala* /Javna redigovana verzija odluke o potvrđivanju optužnice protiv Pjetera Šalje/, 6. maj 2021. (poverljiva i strogo poverljiva i *ex parte* verzija podnete su 12. juna 2020) (u daljem tekstu: odluka o potvrđivanju optužnice).

⁷ F00010/A02, *Annex 2 to Submission of Confirmed Indictment* /Prilog 2 uz podnesak sa potvrđenom optužnicom/, 19. jun 2020. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti promenjen je u "poverljivo" 29. aprila 2021). V. takođe F00016/A02, *Annex 2 to Submission of lesser redacted and public redacted versions of confirmed Indictment and related requests* /Prilog 2 uz podnesak sa manje redigovanom i javnom redigovanom verzijom potvrđene optužnice i pratećim zahtevima/, 31. mart 2021. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti promenjen je u "javno" 15. aprila 2021).

⁸ V. F00098/A01, *Annex 1 to Submission of Corrected Indictment* /Prilog 1 uz podnesak sa korigovanom optužnicom/, 1. novembar 2021. (poverljivo); F00107/A01, *Annex 1 to Submission of public redacted version of corrected Indictment* /Prilog 1 uz podnesak sa javnom redigovanom verzijom korigovane optužnice/, 16. novembar 2021. (u daljem tekstu: optužnica). V. takođe F00089/RED, *Public Redacted Version of Decision on Motion Challenging the Form of the Indictment* /Javna redigovana verzija odluke po prigovorima odbrane na formalne nedostatke optužnice/, 18. oktobar 2021. (poverljiva verzija zavedena je 18. oktobra 2021), stav 118.

⁹ F00008/RED, *Public Redacted Version of Decision on Request for Arrest Warrant and Transfer Order* /Javna redigovana verzija odluke po zahtevu za izdavanje naloga za hapšenje i naloga za dovođenje/, 6. maj 2021. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija zavedena je 12. juna 2020).

¹⁰ F00008/A01/RED, *Public Redacted Version of Arrest Warrant for Mr Pjetër Shala* /Javna redigovana verzija naloga za hapšenje Pjetera Šalje/, 15. april 2021. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija zavedena je 12. juna 2020, stepen tajnosti promenjen je u "poverljivo" 19. oktobar 2021). V. takođe F00008/A02/RED, *Public Redacted Version of Order for Transfer to Detention Facilities of the Specialist Chambers* /Javna redigovana verzija naloga za prebacivanje optuženog u pritvorski objekat Specijalizovanih veća/, 15. april 2021. (strogo poverljiva i *ex parte* verzija zavedena je 12. juna 2020).

¹¹ F00013, *Notification of Arrest of Pjetër Shala Pursuant to Rule 55(4)* /Obaveštenje o hapšenju Pjetera Šalje prema pravilu 55(4)/, 16. mart 2021. (strogo poverljivo i *ex parte*, stepen tajnosti promenjen je u "javno" 29. aprila 2021).

3. Dana 15. aprila 2021, Šalja je doveden u pritvorski objekat Specijalizovanih veća u Hagu, Holandija.¹²
4. Dana 12. jula 2021, u skladu s usmenim nalogom kojim je promenjen relevantni rok,¹³ Šalja je podneo preliminarni podnesak kojim osporava nadležnost Specijalizovanih veća.¹⁴
5. Dana 6. septembra 2021, u skladu s odlukom kojom su dodatno promenjeni relevantni rokovi¹⁵ i odlukom o povećanju dozvoljenog broja reči,¹⁶ tužilaštvo je podnelo odgovor na preliminarni podnesak.¹⁷
6. Dana 25. septembra 2021, u skladu s odlukom o produženju roka i usmenim nalogom o povećanju dozvoljenog broja reči,¹⁸ Šalja je podneo repliku.¹⁹

¹² F00019/RED, *Public Redacted Version of 'Notification of Reception of Pjetër Shala in the Detention Facilities of the Specialist Chambers and Conditional Assignment of Counsel'* /Javna redigovana verzija obaveštenja o prijemu Pjetera Šalje u pritvorski objekat Specijalizovanog veća i uslovnoj dodeli branioca/, 26. april 2021. (poverljiva verzija zavedena je 15. aprila 2021).

¹³ Engleski transkript od 21. juna 2021, str. 62, redovi 12-19.

¹⁴ F00054, *Preliminary Motion of the Defence of Pjetër Shala to Challenge the Jurisdiction of the KSC* /Preliminarni podnesak odbrane Pjetera Šalje o nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 12. jul 2021. (u daljem tekstu: preliminarni podnesak).

¹⁵ F00052, *Decision on Request to Vary a Time Limit* /Odluka po zahtevu za promenu roka/, 5. jul 2021. (u daljem tekstu: odluka o produženju roka).

¹⁶ F00067, *Decision on SPO Request for Extension of Word Limit* /Odluka po zahtevu tužilaštva za povećanje dozvoljenog broja reči/, 3. septembar 2021. (u daljem tekstu: odluka o povećanju dozvoljenog broja reči u odgovoru na preliminarni podnesak).

¹⁷ F00071, *Prosecution Reponse to Shala Defence Preliminary Motion Challenging the Jurisdiction of the KSC* /Odgovor tužilaštva na preliminarni podnesak Šaljine odbrane o nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 6. septembar 2021. (u daljem tekstu: odgovor na preliminarni podnesak).

¹⁸ Engleski transkript od 23. septembra 2021, str. 101, red 19, do str. 102, red 7 (u daljem tekstu: nalog o povećanju broja reči u replici u vezi s preliminarnim podneskom).

¹⁹ F00084, *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 Šaljine odbrane o nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 25. septembar 2021. (u daljem tekstu: replika u vezi s preliminarnim podneskom).

7. Dana 18. oktobra 2021, sudija za prethodni postupak doneo je spornu odluku, u kojoj je, između ostalog, odbacio deo preliminarnog podneska kojim se osporava nadležnost Specijalizovanih veća.²⁰

II. KRITERIJUMI PREISPITIVANJA

8. Panel Apelacionog suda usvaja iste kriterijume preispitivanja koje je za interlokutorne žalbe usvojio u svojoj prvoj odluci i potom ih primenjivao u daljem radu.²¹

III. PRELIMINARNA PITANJA

9. Šalja traži da u replici prekorači dozvoljeni broj reči za 1.210 reči jer se u tom podnesku obrađuju značajna pitanja.²² Panel podseća da član 46(3) Uputstva o spisima i podnescima pred Specijalizovanim većima Kosova (u daljem tekstu: uputstvo Sekretarijata)²³ predviđa da interlokutorna žalba protiv odluke o nekom preliminarnom podnesku podnetom prema pravilu 97(3) Pravilnika i odgovor na takvu žalbu ne smeju da premaše 9.000 reči, dok replika na takav odgovor ne sme da premaši 3.000 reči. Pored toga, član 36(1) uputstva Sekretarijata predviđa da učesnici u postupku mogu blagovremeno da zatraže dozvolu da prekorače dozvoljeni broj reči, ukoliko pokažu da za to postoji opravdani razlog, odnosno vanredne okolnosti.

10. Panel primećuje da je Šalja tražio prekoračenje dozvoljenog broja reči u okviru replike, a ne "blagovremeno", kako je propisano u uputstvu Sekretarijata. Panel dalje

²⁰ Sporna odluka, stavovi 79, 89, 97, 103-104.

²¹ KSC-BC-2020-07, F00005, *Decision on Hysni Gucati's Appeal on Matters Related to Arrest and Detention /Odluka po žalbi Hisnija Gucatija o pitanjima u vezi sa hapšenjem i pritvorom/*, 9. decembar 2020, stavovi 4-14. V. takođe, na primer, F00005/RED, *Public Redacted Version of Decision on Pjetër Shala's Appeal Against Decision on Provisional Release /Javna redigovana verzija odluke o žalbi Pjetera Šalje na odluku o privremenom puštanju na slobodu/*, 20. avgust 2021. (poverljiva verzija zavedena je 20. avgusta 2021), stav 5.

²² Replika, fusnota 1. Šalja je u replici prekoračio dozvoljeni broj reči za 1.207 reči.

²³ KSC-BD-15, *Registry Practice Direction, Files and Filings before the Kosovo Specialist Chambers /Uputstvo Sekretarijata – Spisi i podnesci pred Specijalizovanim većima Kosova/*, 17. maj 2019. (u daljem tekstu: uputstvo Sekretarijata).

primećuje da je Šalja samo u jednoj fusnoti naveo da je prekoračenje broja reči “potrebno” i da osim toga nije precizirao koje vanredne okolnosti opravdavaju to prekoračenje.²⁴

11. Pored toga, panel ima na umu da u odgovoru nije prekoračen dozvoljeni broj reči. Bez obzira na to, panel takođe ima na umu da je u drugim predmetima odobravao da se u podnescima o nenadležnosti prekorači dozvoljeni broj reči, s obzirom na značaj takvih žalbi i zato što je u interesu panela da primi detaljnije argumente nego što je uobičajeno.²⁵ Panel dalje primećuje da žalba sadrži znatno manje od maksimalnog broja reči i da je traženo prekoračenje razumno.

12. Panel stoga zaključuje da, bez obzira na gore opisane nedostatke zahteva za prekoračenje dozvoljenog broja reči,²⁶ opravdano postoje vanredne okolnosti i da se prekoračenje izuzetno može odobriti s obzirom na okolnosti ove žalbe, koja se tiče kompleksnih pitanja nadležnosti. Međutim, panel apeluje na Šalju i inače na strane u postupku, da takve zahteve ubuduće na vreme planiraju i blagovremeno podnose.

IV. DISKUSIJA

13. Panel najpre skreće pažnju na tvrdnju tužilaštva da se Šaljini argumenti o merodavnosti međunarodnog običajnog prava, o udruženom zločinačkom poduhvatu (u daljem tekstu: UZP) i proizvoljnom zatvaranju “u znatnoj meri preklapaju” i da ih treba razmatrati u skladu s pristupom sudije za prethodni postupak, a to je da pitanja merodavnosti međunarodnog običajnog prava,

²⁴ V. replika, fusnota 1.

²⁵ V. na primer KSC-BC-2020-06, F00024, *Decision on Selimi's Request for Variation of Word Limit* /Odluka po Seljimijevom zahtevu za izmenu dozvoljenog broja reči/, 14. oktobar 2021; KSC-BC-2020-06, F00017, *Decision on Request for Variation of Word Limits* /Odluka po zahtevu za izmenu dozvoljenog broja reči/, 24. septembar 2021; KSC-BC-2020-06, F00009, *Decision on Requests for Variation of Word Limits* /Odluka po zahtevima za izmenu dozvoljenog broja reči/, 19. avgust 2021, posebno stav 5. Sudija za prethodni postupak je odobrio i povećanje broja reči u odgovoru na preliminarni podnesak i u replici u vezi s preliminarnim podneskom. V. odluku o povećanju dozvoljenog broja reči u odgovoru na preliminarni podnesak; nalog o povećanju broja reči u replici u vezi s preliminarnim podneskom.

²⁶ V. gore, stav 10.

retroaktivnosti primene, UZP-a i proizvoljnog zatvaranja treba rešavati odvojeno.²⁷ Šalja u replici tvrdi da njegove žalbene razloge treba razmatrati onako kako su izneti, a ne prema tumačenju tužilaštva, pošto sporna odluka sadrži više grešaka po pitanju merodavnosti međunarodnog običajnog prava, a svaka se tiče drugačijih osnovnih prava optuženog, te su zato obrađene kao zasebni žalbeni razlozi.²⁸

14. Po mišljenju panela, ako je međunarodno običajno pravo merodavno pred Specijalizovanim većima i ako ima primat nad domaćim zakonima, onda se Specijalizovana veća mogu smatrati nadležnim za UZP i proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu ukoliko su UZP, kao vid odgovornosti, i proizvoljno zatvaranje, kao krivično delo, u relevantno vreme postojali prema međunarodnom običajnom pravu i ako je zadovoljen princip zakonitosti, uključujući uslov da su optuženom te činjenice bile poznate i predvidive. Prema tome, pitanje da li je međunarodno običajno pravo merodavno i da li ima primat nad domaćim zakonima, kao i pitanje da li je to što Zakon priznaje međunarodno običajno pravo u skladu s principom zakonitosti, predstavlja odvojeno pitanje od pitanja nadležnosti Specijalizovanih veća za UZP i proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu. Panel primećuje da je Šalja u skladu s tim naslovljavao svoje žalbene razloge.²⁹ Stoga panel smatra da pristup sudije za prethodni postupak nije pogrešan,³⁰ te će ga se i sam pridržavati.

²⁷ Odgovor, stav 9, gde se upućuje na spornu odluku, stav 80.

²⁸ Replika, stav 3, gde se upućuje na odgovor, stav 9.

²⁹ Šaljini žalbeni razlozi imaju sledeće naslove: (i) "sudija za prethodni postupak je pogrešno dao bezuslovni primat međunarodnom običajnom pravu i pogrešno je tumačio merodavnu zakonsku regulativu, čime je narušio osnovna prava g. Šalje"; (ii) "sudija za prethodni postupak je pogrešio jer nije potvrdio da je narušen princip zabrane retroaktivnosti i prekršen član 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima, a time i analogne garancije iz Ustava Kosova"; (iii) "sudija za prethodni postupak je pogrešio kad je zaključio da je odgovornost prema prvom i trećem vidu UZP-a obuhvaćena članom 16(1)(a) Zakona"; i (iv) "sudija za prethodni postupak je pogrešno primenio pravo kad je zaključio da proizvoljno zatvaranje u [nemeđunarodnom oružanom sukobu] spada u nadležnost [Specijalizovanih veća]". V. takođe žalbu, stav 4.

³⁰ Sporna odluka, stav 80.

15. Panel dalje primećuje da je već doneo odluku o glavnim pitanjima koja je Šalja izneo u četiri žalbena razloga, a to su: (i) da li međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima;³¹ (ii) da li se Zakonom narušava princip zabrane retroaktivnosti propisan članom 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Evropska konvencija) i analognim odredbama Ustava Kosova;³² (iii) da li su članom 16(1)(a) Zakona predviđeni prvi i treći oblik UZP-a;³³ i (iv) da li su Specijalizovana veća nadležna za proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu.³⁴ Panel u tom pogledu napominje da se, u interesu pravne sigurnosti i predvidivosti, od žalbenog panela očekuje da se rukovodi svojim ranijim odlukama i da od njih odstupa samo iz jakih razloga u interesu pravde.³⁵

A. GREŠKE U VEZI SA PITANJEM MERODAVNOSTI MEĐUNARODNOG OBIČAJNOG PRAVA
(ŽALBENI RAZLOZI (I) I (II))

1. Da li u pravnom sistemu Kosova međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima (deo žalbenog razloga (i))

(a) Argumenti strana u postupku

16. U okviru prvog žalbenog razloga Šalja tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio jer je međunarodnom običajnom pravu dao "bezuslovan" primat nad domaćim zakonima, zanemariivši eksplicitno formulisane relevantne odredbe i

³¹ Up. žalbu, stavove 7-13, sa KSC-BC-2020-06, F00030, *Decision on Appeals Against "Decision on Motions Challenging the Jurisdiction of the Specialist Chambers"* /Odluka o žalbama na odluku po prigovorima nenadležnosti Specijalizovanih veća/, 23. decembar 2021. (u daljem tekstu: odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*), stavovima 22-29, 52-59.

³² Up. žalbu, stavove 14-19, sa odlukom o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovima 35-40.

³³ Up. žalbu, stavove 20-22, sa odlukom o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 135-144. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavove 162-172, 186-196, 211-224.

³⁴ Up. žalbu, stavove 23-24, sa odlukom o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovima 87-89. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavove 94-102, 106-111.

³⁵ V. ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, ICTR-97-23-A, *Decision*, 31. maj 2000, stav 92; ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, *Judgement*, 24. mart 2000, stavovi 107-110 (gde je žalbeno veće MKSJ, između ostalog, objasnilo da uverljivi interesi pravde nalažu da se odstupi od ranijih žalbenih odluka u slučaju kad je odluka doneta na osnovu pogrešnog pravnog načela ili kada sudije nisu znale koje je pravo merodavno).

obavezujuću sudsku praksu koji ukazuju na suprotno, te da je time narušio njegova osnovna prava.³⁶ Po Šaljinom mišljenju, donevši takav zaključak, sudija za prethodni postupak zanemario je činjenicu da Ustav ima primat shodno članu 16 Ustava Kosova i nije rešio pitanje nesaglasnosti između člana 3(2)(d) Zakona i člana 19(2) Ustava Kosova.³⁷ Šalja dalje tvrdi da sudija za prethodni postupak nije adekvatno obrazložio svoj zaključak da Zakon ispravno daje primat međunarodnom običajnom pravu.³⁸ Šalja takođe tvrdi da sudija za prethodni postupak nije uzeo u razmatranje njegovu tvrdnju da Specijalizovana veća kao domaći sud moraju da postupaju u skladu s domaćim zakonima, čime je narušio kvalitet merodavne pravne regulative i stvorio nedoumice po pitanju koliko su merodavni statuti Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKSJ), Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (u daljem tekstu: MKSR) i Međunarodnog rezidualnog mehanizma za krivične sudove.³⁹ Na kraju, Šalja tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena Ustavom Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. (u daljem tekstu: SFRJ i Ustav SFRJ iz 1974) i Krivičnim zakonom SFRJ iz 1976.⁴⁰ i kad je prenebregao presude Vrhovnog suda Kosova u kojima je zaključeno da je Ustav SFRJ iz 1974. bio merodavan u predmetno vreme.⁴¹

17. Tužilaštvo u odgovoru tvrdi da Zakon predviđa direktnu primenu međunarodnog običajnog prava i pred Specijalizovanim većima⁴² i da je sudija za prethodni postupak ocenio odgovarajuću ulogu Ustava Kosova i uzeo u obzir

³⁶ Žalba, stavovi 3-4(i), 7. V. takođe repliku, stav 4.

³⁷ Žalba, stavovi 8, 10. V. takođe repliku, stavove 12, 23.

³⁸ Žalba, stav 8. V. takođe repliku, stavove 15-16.

³⁹ Žalba, stavovi 8, 9, 12-13. V. takođe repliku, stav 17.

⁴⁰ Žalba, stav 10; replika, stavovi 6, 8.

⁴¹ Žalba, stav 10; replika, stavovi 7-8. V. takođe žalbu, stav 15; repliku, stav 6.

⁴² Odgovor, stav 10. V. takođe odgovor, stav 23 (gde se tvrdi da se iz Zakona jasno vidi da, prema kosovskim zakonima, krivična dela i vidovi odgovornosti iz članova 14 i 16 Zakona predstavljaju "obavezna načela međunarodnog prava").

relevantne argumente odbrane.⁴³ Prema rečima tužilaštva, merodavno pravo ne stvara nikakve nedoumice bez obzira na prirodu Specijalizovanih veća.⁴⁴

(b) Ocena panela Apelacionog suda

18. Panel primećuje da sudija za prethodni postupak jeste potvrdio da se na Zakon primenjuju načela i garancije predviđene Ustavom Kosova,⁴⁵ ali da nije posebno razmotrio, iako je bio dužan da to učini, da li je to što se u Zakonu daje primat međunarodnom običajnom pravu u skladu sa Ustavom Kosova.⁴⁶ Uprkos tome, panel podseća na svoj raniji zaključak da u kosovskom pravnom sistemu međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima i da je to u skladu sa Ustavom Kosova.⁴⁷ Panel naročito podseća da, suprotno Šaljinim tvrdnjama,⁴⁸ nema nikakvih protivrečnosti između formulacije iz članova 3(2)(d) i 12 Zakona, u kojima se govori o "međunarodnom običajnom pravu" i člana 19(2) Ustava Kosova, gde se koristi izraz "obavezna načela međunarodnog prava", pošto je međunarodno običajno pravo obavezujuće za sve države.⁴⁹ Panel takođe podseća da, s obzirom na navedeno, ne postoji pravni osnov po kome bi bilo nužno da u vreme činjenja krivičnih dela u domaćem zakonodavstvu postoji ekvivalentna odredba.⁵⁰ Po mišljenju panela, zaključak da međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima Kosova, prema članu 19(2) Ustava Kosova, nije u suprotnosti sa članom 16 Ustava

⁴³ Odgovor, stavovi 13-16, 19.

⁴⁴ Odgovor, stav 17.

⁴⁵ Sporna odluka, stavovi 65, 77, 82.

⁴⁶ V. odluku po žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 22, gde se upućuje na član 16(1) Ustava Kosova; član 3(2)(a) Zakona; Kosovo, Constitutional Court, *Constitutional review of Law No. 06/L-145 on the Duties, Responsibilities and Competences of the State Delegation of the Republic of Kosovo in the Dialogue Process with Serbia*, KO/43/19, Judgment, 27. jun 2019, stavovi 68-69.

⁴⁷ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 23-24.

⁴⁸ V. žalbu, stavove 7, 10; repliku, stav 12.

⁴⁹ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 23-24.

⁵⁰ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 24.

Kosova, kojim se reguliše odnos između Ustava s jedne strane i zakona i pravnih akata s druge strane.⁵¹

19. Panel primećuje da je jasan uslov da Zakon bude u skladu sa Ustavom Kosova,⁵² i da nema nedoumica kad je reč o izvorima prava merodavnim za Specijalizovana veća, uključujući i jurisprudenciju *ad hoc* tribunala pri utvrđivanju koje su odredbe međunarodnog običajnog prava važile u relevantnom vremenskom periodu.⁵³ Panel smatra da je Zakon taj kojim je određeno koje je pravo merodavno, i da to ne zavisi od toga u koju vrstu suda spadaju Specijalizovana veća. Stoga se panel slaže sa zaključkom sudije za prethodni postupak da “klasifikovanje nekog suda kao domaćeg, međunarodnog ili hibridnog ne određuje automatski i pravo koje će taj sud primenjivati u svom radu”.⁵⁴

20. Pored toga, panel podseća da Ustav SFRJ iz 1974. ne ograničava nadležnost Specijalizovanih veća, između ostalog zato što su usvajanjem Ustava Kosova 2008. stavljani van snage svi drugi ustavi koji su prethodno važili na teritoriji Kosova, pa su za Specijalizovana veća obavezujuća samo prava zagantovana tim ustavom.⁵⁵ S obzirom na zaključak da međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima i da je to u skladu sa Ustavom Kosova,⁵⁶ panel nalazi da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kad je zaključio da Krivični zakon SFRJ iz 1976. ne ograničava

⁵¹ Panel prihvata da Zakon mora da bude u skladu sa Ustavom Kosova. V. gore fusnotu 46 i dole fusnotu 52.

⁵² V. član 162(2) Ustava Kosova; član 3(2) Zakona.

⁵³ V. član 3(2) i (3) Zakona. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 152.

⁵⁴ V. spornu odluku, stav 82. *Contra* žalba, stav 8; replika, stav 17.

⁵⁵ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 25-26. U svakom slučaju, u Ustavu SFRJ iz 1974, u poglavlju “Osnovna načela” govori se o poštovanju “opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava”, gde spada i međunarodno običajno pravo, i zalaganju SFRJ da ispuni svoje međunarodne obaveze prema međunarodnim organizacijama kojima pripada, što obuhvata Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Međunarodni pakt). V. Ustav SFRJ iz 1974., Opšta načela: VII: “U svojim međunarodnim odnosima [SFRJ] se pridržava načela Povelje Ujedinjenih nacija, ispunjava svoje međunarodne obaveze i aktivno učestvuje u delatnosti međunarodnih organizacija kojima pripada. [...] Radi ostvarivanja ovih načela [SFRJ] se zalaže: [...] za poštovanje opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava [...]” (kurziv dodat).

⁵⁶ V. gore, stav 18. V. takođe spornu odluku, stav 82.

nadležnost Specijalizovanih veća.⁵⁷ Pored toga, panel podseća da presude Vrhovnog suda Kosova na koje Šalja upućuje u prilog tvrdnji da se međunarodno običajno pravo ne primenjuje na događaje iz 1999. godine⁵⁸ nisu relevantne za Specijalizovana veća, jer se tiču druge ustavne regulative.⁵⁹

21. S obzirom na navedeno, panel smatra da Šalja nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da u kosovskom pravnom sistemu međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima. Panel Apelacionog suda stoga odbija relevantni deo Šaljinog žalbenog razloga (i).

2. Da li je primena međunarodnog običajnog prava koju nalaže Zakon u skladu s principom zakonitosti (deo žalbenog razloga (i), žalbeni razlog (ii))

(a) Argumenti strana u postupku

22. U delu prvog žalbenog razloga i drugom žalbenom razlogu Šalja tvrdi da je sudija za prethodni postupak "na nedopušten, teleološki način" protumačio normativni okvir, čime je prekršio članove 6 i 7 Evropske konvencije.⁶⁰ Šalja konkretno tvrdi da je analiza sudije za prethodni postupak "očigledno neosnovana", jer sudija nije prihvatio da je Zakon "nesporno retroaktivne prirode" i nije uzeo u obzir Šaljine tvrdnje o tome da merodavno pravo nije dovoljno jasno.⁶¹ Po Šaljinim rečima, to je u suprotnosti sa zahtevom iz Ustava Kosova i Evropske konvencije da "zakon bude kvalitetan" kad je reč o dostupnosti, predvidivosti i preciznosti.⁶² Šalja takođe tvrdi da

⁵⁷ V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 26 (gde je panel takođe zaključio da to potvrđuje da je, prema članu 15(1) Zakona, Krivični zakon SFRJ iz 1976. merodavan u ograničenoj meri, "uz primenu člana 12 Zakona").

⁵⁸ Žalba, stav 10, gde se upućuje na Vrhovni sud Kosova, *Gashi et al.*, AP-KZ 139/2004, *Judgment*, 21. jul 2005. (u daljem tekstu: presuda Vrhovnog suda Kosova od 21. jula 2005.), str. 6, 12, Vrhovni sud Kosova, *Besović*, AP-KZ 80/2004, *Judgment*, 7. septembar 2004. (u daljem tekstu: Presuda Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004.), str. 18-19. V. takođe žalbu, stav 7.

⁵⁹ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 27, gde se upućuje, između ostalog, na presudu Vrhovnog suda Kosova od 21. jula 2005., str. 8; presudu Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004., str. 18-19. V. takođe spornu odluku, stav 83.

⁶⁰ Žalba, stav 9. V. takođe žalbu, stav 25; repliku, stav 17.

⁶¹ Žalba, stavovi 9, 15. V. takođe repliku, stavove 12-13, 18.

⁶² Žalba, stavovi 9, 15. V. takođe repliku, stavove 5, 22.

je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da primena domaćih zakona na radnje koje su izvršene pre nego što su postale kažnjive ne predstavlja kršenje principa zakonitosti, naročito pošto član 7 Evropske konvencije bezuslovno zabranjuje retroaktivnu primenu krivičnog zakona kada to ide na štetu optuženog.⁶³ Prema Šaljinim rečima, sudija za prethodni postupak nije primenio ispravan kriterijum iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, koji dopušta krivično gonjenje na osnovu međunarodnog prava samo kad se radi o "flagrantno protivzakonitim" radnjama, čija je kažnjiva priroda optuženom "očito" bila dostupna i predvidiva.⁶⁴ Šalja takođe tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da je član 12 Zakona u skladu s principom zabrane retroaktivne primene, i istovremeno nije prihvatio da je član 7(2) Evropske konvencije zastareo.⁶⁵ Šalja na kraju tvrdi da sudija za prethodni postupak nije razmotrio koji je režim trebalo primeniti prema članu 7 Evropske konvencije i nije objasnio kako se na osnovu principa zakonitosti može dozvoliti primena nepovoljnijeg normativnog okvira, naročito kad je reč o optužbama za proizvoljno zatvaranje u kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba i udruženog zločinačkog poduhvata.⁶⁶

23. Tužilaštvo u odgovoru navodi da se pitanje retroaktivnosti ne postavlja, pošto je međunarodno običajno pravo bilo na snazi u vreme izvršenja krivičnih dela.⁶⁷ Prema rečima tužilaštva, u članu 12 Zakona jasno je regulisano kako se međunarodno običajno pravo primenjuje pred Specijalizovanim većima, i te odredbe su u skladu sa ustavom Kosova, koji predviđa zabranu retroaktivnosti, i sa članom 7 Evropske konvencije i članom 15 Međunarodnog pakta, kao i praksom Evropskog suda za ljudska prava.⁶⁸ Po mišljenju tužilaštva, sudija za prethodni postupak je ispravno zaključio da je optuženom bilo dostupno i predvidivo da predmetno ponašanje

⁶³ Žalba, stavovi 4(ii), 10, 14; replika, stavovi 9, 14, 20-23. V. takođe žalbu, stavove 3, 15.

⁶⁴ Žalba, stavovi 16-18; replika, stav 24.

⁶⁵ Žalba, stavovi 12, 19. V. takođe repliku, stavove 19, 26.

⁶⁶ Žalba, stavovi 11-12; replika, stavovi 9-13, 25.

⁶⁷ Odgovor, stav 11.

⁶⁸ Odgovor, stavovi 12, 20-24, 26-28. V. takođe odgovor, stav 23.

predstavlja krivična dela sankcionisana međunarodnim običajnim pravom,⁶⁹ i smatra neosnovanom Šaljinu tvrdnju da je sudija za prethodni postupak "na nedopušten, teleološki način" protumačio normativni okvir.⁷⁰ Tužilaštvo takođe tvrdi da Specijalizovana veća ne funkcionišu u skladu sa Ustavom SFRJ iz 1974. te da odluke donete shodno uredbi UNMIK-a 1999/24 u kojima je primenjivan Ustav SFRJ iz 1974. nisu od uticaja na ovaj predmet.⁷¹ Tužilaštvo na kraju tvrdi da princip *lex mitior* nije kompromitovan, jer su Specijalizovana veća dužna da se pridržavaju međunarodnog običajnog prava, tako da ne postoji skup obavezujućih zakonskih akata koje bi trebalo porediti u svrhu primene tog principa, i dodaje da argumente odbrane u vezi s tim svakako treba odbaciti jer su izneti tek u preliminarnoj replici.⁷²

(b) Ocena panela Apelacionog suda

24. Panel podseća na svoj zaključak da se član 12 Zakona ne kosi sa principom zakonitosti predviđenim međunarodnim pravom o ljudskim pravima i Ustavom Kosova.⁷³ Po mišljenju panela, član 12 Zakona ne pokreće pitanje retroaktivnosti, pošto je, kao što je istakao sudija za prethodni postupak, stvarna nadležnost Specijalizovanih veća određena međunarodnim običajnim pravom koje se primenjivalo u vreme kad su izvršena inkriminisana krivična dela, a pre usvajanja Zakona.⁷⁴

25. Panel napominje da Šalja nije objasnio šta podrazumeva kad tvrdi da je član 7(2) Evropske konvencije "zastareo".⁷⁵ Po mišljenju panela, on želi da kaže da je ta odredba uvedena kako bi se obezbedila pravovaljanost presuda Nirnberškog suda.⁷⁶

⁶⁹ Odgovor, stav 24. V. takođe odgovor, stav 17.

⁷⁰ Odgovor, stav 18.

⁷¹ Odgovor, stavovi 25-26.

⁷² Odgovor, fusnota 18.

⁷³ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 37-40.

⁷⁴ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 38, gde se upućuje na članove 12, 13(1) i 14(1) Zakona. V. takođe spornu odluku, stav 85.

⁷⁵ V. žalbu, stavove 12, 19.

⁷⁶ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 38, gde se upućuje na Evropsku komisiju za ljudska prava, *Preparatory Work on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, 21.

Panel u tom pogledu podseća na svoj stav da se u članu 12 Zakona poziva na član 7(2) Evropske konvencije i član 15(2) Međunarodnog pakta kako bi se istakla posebna priroda osnovnih međunarodnih krivičnih dela, koja su tek nedavno inkorporirana u domaće pisane zakone.⁷⁷ Član 33(1) Ustava Kosova, koji se spominje i u članu 12 Zakona, na sličan način odražava tu činjenicu: “Niko se ne može proglasiti krivim ili kazniti za krivično delo koje, u momentu izvršenja, nije bilo određeno zakonom kao krivično delo, osim za dela koja su u periodu u kojem su počinjena na osnovu međunarodnog prava smatrana genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti”.⁷⁸ Kao što je već rečeno, član 12 Zakona ne predstavlja izuzetak kad je reč o principu zabrane retroaktivnosti, usled kojeg bi bilo potrebno pozivati se na član 7(2) Evropske konvencije i član 15(2) Međunarodnog pakta.⁷⁹ Panel dalje podseća da, prema članu 22 Ustava Kosova, ljudska prava i osnovne slobode, koji su zagarantovani Ustavom Kosova, uključujući princip zakonitosti, treba tumačiti u skladu sa Evropskom konvencijom i Međunarodnim paktom, te stoga smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kad je zaključio da se član 7 Evropske konvencije i član 15 Međunarodnog pakta u celosti primenjuju na član 12 Zakona.⁸⁰ S

maj 1957, str. 4-5, 7, 10 (gde je ekspertska komisija za ljudska prava iznela stav da princip iz člana 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima “ne utiče na zakone koji su doneti u vanrednim okolnostima koje su vladale po završetku Drugog svetskog rata, u cilju suzbijanja ratnih zločina, izdaje i saradnje s neprijateljem” (kurziv dodat)); ECtHR, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 2312/08 and 34179/08, *Judgment*, 18. jul 2013. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*), stav 72. Princip zakonitosti je jedno od neotuđivih prava. V. član 56(2) Ustava Kosova; član 15(2) Evropske konvencije; član 4(2) Međunarodnog pakta.

⁷⁷ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 39.

⁷⁸ U praksi Vanrednih veća sudova Kambodže (u daljem tekstu: Vanredna veća Kambodže), formulacija principa zakonitosti prema domaćim zakonima predviđala je izuzetak kad je reč o međunarodnim krivičnim delima. V. ECCC, *Ieng Sary et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order*, 11. april 2011 (u daljem tekstu: odluka po žalbi u predmetu *Ieng Sary*), stav 214.

⁷⁹ V. takođe Vrhovni sud Kosova, *Kolasinac*, AP-KZ 139/2003, *Judgment*, 5. avgust 2004. (u daljem tekstu: presuda Vrhovnog suda Kosova od 5. avgusta 2004.), str. 33, fusnota 72 (gde je Vrhovni sud Kosova potvrdio da član 7 Evropske konvencije ne zabranjuje retroaktivnu primenu kad je reč o odgovornosti pretpostavljenog, bez obzira na to što je taj vid krivične odgovornosti unet u domaće zakone tek nakon događaja iz 1998. i 1999).

⁸⁰ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 36, gde se upućuje, između ostalog, na presudu u predmetu *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, stav 72 (gde je Evropski sud

obzirom na to, panel takođe smatra da je sudija za prethodni postupak razmotrio relevantne Šaljine argumente i da je adekvatno obrazložio svoj zaključak.⁸¹

26. Panel će sada razmotriti Šaljinu tvrdnju da, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, pitanje da li je međunarodna norma koja predviđa neko krivično delo preuzeta u domaće zakone predstavlja važan faktor prilikom ocenjivanja da li je krivični postupak u skladu sa članom 7 Evropske konvencije.⁸² Po mišljenju panela, Šalja pogrešno tumači presude Evropskog suda za ljudska prava na koje se poziva.⁸³ Šta više, u istim tim presudama Evropski sud za ljudska prava je izneo stav da je opšteprihvaćeno da izraz "pravo" iz člana 7(1) Evropske konvencije obuhvata i pisane i nepisane izvore prava,⁸⁴ čime je međunarodno običajno pravo nesumnjivo prihvaćeno kao osnov za sankcionisanje neke radnje. Panel primećuje da član 33(1) Ustava Kosova predviđa princip zakonitosti, slično članu 7(1) Evropske konvencije, prema kojem radnja koja predstavlja krivično delo treba da bude predviđena

za ljudska prava izneo stav da se dva stava člana 7 Evropske konvencije međusobno dopunjuju i da ih treba tumačiti usklađeno). V. sporna odluka, stav 85.

⁸¹ *Contra* žalba, stav 19.

⁸² V. žalbu, stav 10, gde se upućuje na ECtHR, *Korbely v. Hungary*, no. 9174/02, *Judgment*, 19. septembar 2008. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Korbely v. Hungary*), stavovi 74-75; replika, stav 22, gde se upućuje na ECtHR, *Kononov v. Latvia*, no. 36376/04, *Judgment*, 17. maj 2010. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Kononov v. Latvia*), stav 214 (gde se tvrdi da se "u praksi Evropskog suda za ljudska prava usklađenost sa članom 7 ocenjuje primenom kriterijuma da li je u 'u dato vreme postojao jasan pravni osnov za sankcionisanje konkretnih ratnih zločina').

⁸³ U prvoj presudi Evropski sud za ljudska prava je jednostavno razmotrio da li su optuženom bile dostupne Ženevske konvencije, budući da njihov tekst nije bio obuhvaćen domaćim zakonima koji se na njih pozivaju, da bi na kraju zaključio da mu jesu bile dostupne. V. presudu u predmetu *Korbely v. Hungary*, stav 75. U drugoj presudi, Evropski sud za ljudska prava je razmotrio da li je u dato vreme postojao jasan pravni osnov za sankcionisanje konkretnih ratnih zločina i zaključio da je "postojao dovoljno jasan pravni osnov, s obzirom na situaciju u međunarodnom pravu 1944. godine". V. presudu u predmetu *Kononov v. Latvia*, stavove 214, 227 (kurziv dodat).

⁸⁴ Presuda u predmetu *Kononov v. Latvia*, stav 185; presuda u predmetu *Korbely v. Hungary*, stav 70; ECtHR, *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 51552/10, *Decision*, 10. april 2012 (u daljem tekstu: odluka u predmetu *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*), stav 23. V. takođe odluku po žalbi u predmetu *Ieng Sary*, stav 213 (gde je veće za prethodni postupak Vanrednih veća Kambodže zaključilo da princip zakonitosti prema međunarodnom pravu predviđa krivičnu odgovornost za krivična dela na koja su se u vreme izvršenja primenjivali bilo domaći bilo međunarodni pravni propisi).

“pravom”⁸⁵ i izričito navodi da su dela koja su "na osnovu međunarodnog prava" u vreme izvršenja smatrana genocidom, ratnim zločinima ili zločinima protiv čovečnosti kažnjiva.⁸⁶ Panel smatra da ta odredba ne bi imala smisla ako namera nije bila da se obuhvate slučajevi kad je delo izvršeno pre nego što su data krivična dela uneta u pisane zakone Kosova.⁸⁷ Kao što je panel već konstatovao u ovoj odluci, presuda Vrhovnog suda Kosova na koju se Šalja poziva u prilog svom argumentu da krivično delo u vreme činjenja mora biti sankcionisano domaćim zakonima nije relevantna za Specijalizovana veća, jer se tiče druge ustavne regulative.⁸⁸

27. Šalja dalje tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio jer se oslonio na “samo jedan izvor” u prilog svom tumačenju da član 7(1) Evropske konvencije nije prekršen ako je osuda izrečena na osnovu domaćih zakona koji u vreme izvršenja dela nisu bili na snazi, ukoliko je ta osuda izrečena na osnovu međunarodnog ugovornog prava ili međunarodnog običajnog prava koji jesu bili snazi u to vreme.⁸⁹ Panel navodi da, suprotno Šaljinim argumentima, stav na koji se upućuje nije “uvodni stav koji prethodi analizi Evropskog suda za ljudska prava”, već da se radi o delu ocene gde se jasno vidi da Evropski sud nije isključio mogućnost da u datom slučaju osuda za genocid ne bi predstavljala kršenje člana 7 Evropske konvencije ukoliko se temelji na međunarodnom pravu koje je važno u dato vreme.⁹⁰ U svakom slučaju, ti zaključci su

⁸⁵ V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 37; član 53 Ustava Kosova. V. takođe repliku, stav 20 (gde Šalja tvrdi da član 33 Ustava Kosova treba tumačiti u skladu sa članom 7 Evropske konvencije).

⁸⁶ Osnovna međunarodna krivična dela obuhvaćena međunarodnim običajnim pravom, a ne “međunarodnim pravom” u opštem smislu, bila bi u svakom slučaju kažnjiva. V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavove 23, 37.

⁸⁷ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 39.

⁸⁸ V. gore stav 20. *Contra* žalba, stav 15, gde se upućuje na spornu odluku, stav 83, gde se citira presuda Vrhovnog suda Kosova od 7. septembra 2004, str. 18.

⁸⁹ Žalba, stav 17, gde se upućuje na spornu odluku, stav 86, gde se upućuje na ECtHR, *Vasiliauskas v. Lithuania*, no. 35343/05, *Judgment*, 20. oktobar 2015. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Vasiliauskas v. Lithuania*), stav 166.

⁹⁰ Presuda u predmetu *Vasiliauskas v. Lithuania*, stav 166. U tom predmetu, Evropski sud za ljudska prava zaključio je da u vreme izvršenja radnje takve zakonske odredbe nisu bile na snazi, te da su primenjene retroaktivno, ali to nije smatrao kršenjem člana 7 Evropske konvencije. Šta više, Evropski sud za ljudska prava je zaključio da osuda za genocid nije bila predvidiva zato što “nije [bilo] sasvim očigledno da se uobičajeno značenje pojmova “domaći” ili “etnički” iz Konvencije za sprečavanje

u skladu sa drugim primerima iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, u kojima je zaključeno da domaći sudovi nisu prekršili član 7 Evropske konvencije kad su izrekli osudu za radnje koje su u vreme izvršenja bile inkriminisane samo prema međunarodnom pravu, i koje su tek kasnije unete u domaće pisane zakone na osnovu kojih je osuda izrečena.⁹¹ Panel smatra neuverljivim Šaljina pokušaj da ukaže na razlike u zaključcima iz nekih od tih presuda i ovog predmeta.⁹² Panel takođe napominje da se uslov dostupnosti i predvidivosti koji predviđa princip zakonitosti ocenjuje u svakom predmetu posebno, imajući u vidu konkretna krivična dela i vidove odgovornosti.⁹³

28. Pored toga, panel smatra da nijedna od presuda na koje se Šalja poziva ne govori u prilog njegovom argumentu da je u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava krivično gonjenje na osnovu međunarodnog prava, koje nije bilo preuzeto u domaće zakone u relevantno vreme, dozvoljeno samo kad je reč o “flagrantno protivzakonitom” ponašanju, čija je kažnjiva priroda optuženom bila

genocida može primeniti i na partizane.” V. presudu u predmetu *Vasiliauskas v. Lithuania*, stavove 179-186. *Contra* žalba, stav 17. Sudija za prethodni postupak se u prilog svom zaključku pozvao i na drugi predmet, što je potvrdio i Šalja. V. žalbu, stav 18, gde se upućuje na spornu odluku, stav 86, gde se upućuje na odluku u predmetu *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, stavove 22-25. V. takođe gore, fusnotu 79.

⁹¹ ECtHR, *Penart v. Estonia*, no. 14685/04, *Decision*, 24. januar 2006, str. 10 (gde je Evropski sud za ljudska prava zaključio da član 7 Evropske konvencije nije prekršen, iako su se žaliočeve radnje mogle smatrati zakonitim prema sovjetskim zakonima koji su u vreme njihovog izvršenja bili na snazi, pošto su sudovi Estonije, nakon što je ta država stekla nezavisnost, ustanovili da su se u vreme izvršenja mogle smatrati zločinima protiv čovečnosti prema međunarodnom pravu); presuda u predmetu *Kononov v. Latvia*, stavovi 237-244. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavove 24, 37, gde se takođe upućuje na član 33(1) Ustava Kosova; odluku po žalbi u predmetu *Ieng Sary*, stav 213 (gde je veće za prethodni postupak zaključilo: “Pošto međunarodno prihvaćeni princip zakonitosti ne iziskuje da krivična dela i vidovi odgovornosti iz međunarodnog prava budu obuhvaćeni i domaćim zakonima da bi se izvršiocima oglasili krivim, onda to što je pravni sistem Kambodže okarakterisan kao monistički ili dualistički nije od uticaja na merodavnost pravnih odredbi koje se primenjuju pred Vanrednim većima Kambodže).

⁹² V. repliku, fusnotu 21, gde se upućuje na presudu u predmetu *Kononov v. Latvia*, presudu u predmetu *Korbely v. Hungary*. U oba predmeta Evropski sud za ljudska prava je potvrdio da su uslovi iz člana 7 Evropske konvencije ispunjeni već kad se neka radnja smatra kažnjivom prema međunarodnom pravu.

⁹³ V. dole, odeljak IV (B), (C).

“jasno” dostupna i predvidiva.⁹⁴ Suprotno Šaljinoj tvrdnji da je krivično gonjenje na osnovu međunarodnog prava dozvoljeno samo kad je reč o “flagrantno protivzakonitom” ponašanju, Evropski sud za ljudska prava je u tim predmetima samo zaključio da je optuženi, zbog “flagrantno protivzakonite” prirode svog ponašanja mogao predvideti da je ono kažnjivo u smislu člana 7(1) Evropske konvencije.⁹⁵

29. Što se tiče Šaljine tvrdnje da je sudija za prethodni postupak “na nedopušten, teleološki način” protumačio normativni okvir i time narušio pravičnost krivičnog postupka prema članovima 6 i 7 Evropske konvencije,⁹⁶ panel primećuje da Šalja nije pokazao kako se kršenjem člana 6 Evropske konvencije narušavaju prava i interesi optuženog u toj meri da to predstavlja pogrešnu primenu prava koja spornu odluku čine ništavom.⁹⁷ U svakom slučaju, izvori na koje se Šalja poziva ne govore u prilog njegovim argumentima.⁹⁸

⁹⁴ Žalba, stav 16; replika, stav 24, gde se upućuje na ECtHR, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, nos. 34044/96, 35532/97, 44801/98, *Judgment*, 22. mart 2001. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Streletz et al. v. Germany*), stavovi 85, 87; ECtHR, *K.H.W. v Germany*, no. 37201/97, *Judgment*, 22. mart 2001. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *K.H.W. v Germany*), stav 75; ECtHR, *Polednová v. the Czech Republic*, no. 2615/10, *Decision*, 21. jun 2011. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Polednová v. the Czech Republic*); odluka u predmetu *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, stavovi 23, 24. V. takođe žalbu, stav 18.

⁹⁵ Presuda u predmetu *Streletz et al. v. Germany*, stavovi 77-78, 87-89; presuda u predmetu *K.H.W. v Germany*, stavovi 75, 90-91; presuda u predmetu *Polednová v. the Czech Republic*, str. 25-26; odluka u predmetu *Šimšić v. Bosnia and Herzegovina*, stavovi 23-25.

⁹⁶ Žalba, stav 9, gde se upućuje na ECtHR, *Gregačević v. Croatia*, no. 58331/09, *Judgment*, 10. oktobar 2012. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Gregačević v. Croatia*), stav 49; ECtHR, *Negulescu v. Romania*, no. 11230/12, *Judgment*, 31. maj 2021. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Negulescu v. Romania*), stavovi 39-42; ECtHR, *S.W. v. The United Kingdom*, no. 20166/92, *Judgment*, 22. novembar 1995. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *S.W. v. The United Kingdom*), stav 36; ECtHR, *G.I.E.M. S.R.L. a.o. v. Italy*, nos. 1828/06, 34163/07 and 19029/11, *Judgment*, 28. jun 2018. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *G.I.E.M. S.R.L. a.o. v. Italy*), stavovi 251-261; ECtHR, *Jorgić v. Germany*, no. 74613/01, *Judgment*, 12. [oktobar] 2007. (u daljem tekstu: presuda u predmetu *Jorgić v. Germany*), stavovi 109-113. V. takođe žalbu, stavove 15, 25.

⁹⁷ V. KSC-BC-2020-07, F00005, *Decision on Nasim Haradinaj's Appeal Against Decision Reviewing Detention /Odluka po žalbi Nasima Haradinaja na odluku o preispitivanju pritvora/*, 9. februar 2021, stav 44.

⁹⁸ V. presudu u predmetu *Gregačević v. Croatia*, stavove 29, 49 (gde je Evropski sud za ljudska prava razmatrao da li je optuženi imao dovoljno vremena i mogućnosti da se pripremi za odbranu kao što predviđa član 6 Evropske konvencije u kontekstu ukidanja uslovne kazne); presudu u predmetu *Negulescu v. Romania*, stavove 39-42 (gde je zaključeno da se proceduralne garancije propisane članom 6 Evropske konvencije primenjuju čak i na radnje koje nisu sankcionisane domaćim zakonima);

30. Činjenica da Specijalizovana veća funkcionišu prema aktuelnom Ustavu Kosova ne znači da je sudija za prethodni postupak bio dužan da oceni koji je režim povoljniji po optuženog. Panel primećuje da je sudija za prethodni postupak Šaljine argumente po ovom pitanju odbacio *in limine*, zato što su po prvi put izneti u replici.⁹⁹ Panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da se, prema pravilu 76 Pravilnika, replika razmatra samo u vezi s pitanjima proisteklim iz odgovora.¹⁰⁰ Pošto Šalja u preliminarnom podnesku nije pokrenuo pitanje *lex mitior*, niti ga je iznelo tužilaštvo u svom odgovoru na preliminarni podnesak, panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešio kad je *in limine* odbacio Šaljine argumente po tom pitanju.¹⁰¹ U svakom slučaju, načelo *lex mitior* odnosi se na poređenje krivičnih zakona¹⁰² i, kao što je panel ranije zaključio, osporavanje nekih konkretnih odredbi merodavnog krivičnog zakona ne predstavlja osporavanje nadležnosti.¹⁰³ S obzirom na to i imajući u vidu da je međunarodno običajno pravo obavezujuće za sve države, panel smatra da sudija za prethodni postupak nije bio dužan da izvrši poređenje dva ustava kad je reč o principu zakonitosti.¹⁰⁴

31. S obzirom na navedeno, panel smatra da Šalja nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da princip zakonitosti nije prekršen time

presudu u predmetu *S.W. v. The United Kingdom*, stav 36 (gde je zaključeno da član 7 Evropske konvencija dopušta postepeno razjašnjavanje pravila krivičnog prava ukoliko je to u skladu s bićem krivičnog dela i ukoliko su objektivno predvidiva); presudu u predmetu *G.I.E.M. S.R.L. a.o. v. Italy*, stavove 251-261 (gde je zaključeno da, ako je konstatovano da su ispunjena sva obeležja krivičnog dela nezakonite gradnje, a postupak je potom okončan samo zbog zastare, to se, u suštini, može smatrati osudom u smislu člana 7 Evropske konvencije. To omogućava izricanje mere oduzimanja imovine iako vlasniku imovine nije formalno izrečena osuda); presudu u predmetu *Jorgic v. Germany*, stavove 109-113 (gde je zaključeno da je čak i kad se radi o široj definiciji genocida nego što zagovaraju neki izvori, optuženi objektivno mogao da predvidi da je radnja kažnjiva). V. takođe odgovor, fusnotu 38.

⁹⁹ Sporna odluka, stav 81.

¹⁰⁰ Sporna odluka, stav 81.

¹⁰¹ *Contra* replika, fusnota 11.

¹⁰² V. ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, IT-94-2-A, *Judgement on Sentencing Appeal*, 4. februar 2005, stav 80; ECtHR, *Del Rio Prada v. Spain*, no. 42750/09, *Judgment*, 21. oktobar 2013, stav 116; presuda u predmetu *Vasiliauskas v. Lithuania*, stav 154; ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, no. 14307/88, *Judgment*, 25. maj 1993, stav 52.

¹⁰³ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 52-59.

¹⁰⁴ *Contra* žalba, stav 11. V. gore, stav 20. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 25.

što je u Zakonu dat primat međunarodnom običajnom pravu. Panel Apelacionog suda stoga odbija ostatak Šaljinog žalbenog razloga (i) i žalbeni razlog (ii).

B. GREŠKE U VEZI S PITANJEM UDRUŽENOG ZLOČINAČKOG PODUHVATA (ŽALBENI RAZLOG (III))

1. Argumenti strana u postupku

32. U okviru trećeg žalbenog razloga Šalja tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da član 16(1)(a) Zakona predviđa odgovornost na osnovu prvog i trećeg oblika UZP.¹⁰⁵ Šalja tvrdi da Zakonom nije izričito regulisana odgovornost na osnovu UZP-a i da je sudija za prethodni postupak pogrešio jer je nije uzeo u obzir spornu prirodu UZP-a i posledice koje taj koncept ima po "kvalitet merodavnog prava", kao i pitanje kompatibilnosti koncepta UZP-a sa uslovima predvidivosti i dostupnosti.¹⁰⁶ Po Šaljinom mišljenju, sudija za prethodni postupak je pogrešio kad je zaključio da je UZP, naročito treći njegov oblik, u relevantnom periodu bio čvrsto utemeljen u međunarodnom običajnom pravu, ne uzevši u obzir argumente odbrane, odluke Apelacionog suda Kosova, Vanrednih veća sudova Kambodže i Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva (u daljem tekstu: UK), kao i stavove pravne nauke.¹⁰⁷ Šalja dalje tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da se koncept UZP III ne kosi s principom individualne krivične odgovornosti.¹⁰⁸

33. Tužilaštvo u odgovoru iznosi da je u spornoj odluci adekvatno objašnjeno i izričito potvrđeno da se član 16(1) Zakona mora tumačiti u kontekstu normativnog okvira Specijalizovanih veća, uzimajući u obzir kontekst, cilj i svrhu Zakona, i u skladu s načinom na koji UZP tumače međunarodni i internacionalizovani sudovi.¹⁰⁹ Tužilaštvo dalje tvrdi da su i UZP III i UZP I bili deo međunarodnog običajnog prava

¹⁰⁵ Žalba, stavovi 4(iii), 20-22. V. takođe žalbu, stav 25.

¹⁰⁶ Žalba, stavovi 20, 22. V. takođe repliku, stavove 29, 31.

¹⁰⁷ Žalba, stavovi 20-22.

¹⁰⁸ Žalba, stav 22.

¹⁰⁹ Odgovor, stavovi 30-34. V. takođe odgovor, stav 39.

u periodu koji obuhvata vremenska nadležnost Specijalizovanih veća i da se koncept UZP-a ne kosi s principom individualne krivične odgovornosti.¹¹⁰ Prema rečima tužilaštva, optuženi je pogrešno protumačio spornu odluku i nije pokazao da je pogrešan zaključak sudije za prethodni postupak o statusu UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu.¹¹¹

34. Šalja u replici iznosi da se tužilaštvo nije bavilo njegovim argumentima kojima osporava način na koji je sudija za prethodni postupak protumačio i primenio član 16(1)(a) Zakona, već da naprosto ponavlja zaključke sudije za prethodni postupak.¹¹² Prema Šaljinim rečima, to što UZP nije izričito predviđen Zakonom, iako je zakonodavac u vreme njegovog donošenja znao za oprečne stavove o tom konceptu u jurisprudenciji, ukazuju na to da je zakonodavac svesno odlučio da ne predvidi UZP u Zakonu.¹¹³ Po Šaljinom mišljenju, takvo tumačenje iziskuju član 7 Evropske konvencije i članovi 33 i 53 Ustava Kosova.¹¹⁴

2. Ocena panela Apelacionog suda

35. Panel primećuje da Šalja osporava zaključak sudije za prethodni postupak da član 16(1)(a) Zakona predviđa odgovornost na osnovu prvog i trećeg oblika UZP-a i tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio jer se oslonio na međunarodno običajno pravo, zanemariivši spornu prirodu koncepta UZP-a, kao i pitanje da li se on kosi sa uslovima predvidivosti i dostupnosti.¹¹⁵ Panel napominje da je sudija za prethodni postupak smatrao da se član 16(1) Zakona mora tumačiti u skladu s međunarodnim običajnim pravom koje se primenjivalo u vreme izvršenja krivičnih dela, i to iz sledećih razloga: (i) pred Specijalizovanim većima međunarodno običajno pravo ima primat nad domaćim zakonima; (ii) članovi 13-14 Zakona, po kojima se

¹¹⁰ Odgovor, stavovi 35-41.

¹¹¹ Odgovor, stavovi 29, 35, 42.

¹¹² Replika, stavovi 27-29.

¹¹³ Replika, stav 29.

¹¹⁴ Replika, stav 30.

¹¹⁵ Žalba, stav 20, gde se upućuje na spornu odluku, stav 91.

optuženi tereti, izričito se pozivaju na međunarodno običajno pravo; i (iii) član 16(1) Zakona je praktično istovetno formulisan kao ekvivalentne odredbe *ad hoc* sudova.¹¹⁶ Panel se slaže s tim zaključkom i podseća na svoj prethodno iznet stav da Zakon predviđa krivičnu odgovornost na osnovu UZP.¹¹⁷ Panel u tom pogledu podseća, između ostalog, da se pri rešavanju konkretnih pitanja koja Zakonom nisu precizno regulisana oslonio na sudsku praksu drugih sudova, kao što su MKSJ i MKSR, kao i da su ti sudovi obično primenjivali doktrinu UZP-a na osnovna krivična dela iz svoje nadležnosti kao vid izvršilaštva prema međunarodnom običajnom pravu.¹¹⁸

36. Panel će zatim razmotriti Šaljine argumente o tome da li je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da je UZP u relevantnom periodu bio predviđen međunarodnim običajnim pravom i da je optuženom to bilo dostupno i predvidivo. Panel primećuje da, suprotno Šaljinim tvrdnjama, sudija za prethodni postupak nije automatski prihvatio da je optuženom bilo predvidivo i dostupno da UZP povlači krivičnu odgovornost, već je razmotrio niz faktora, među kojima su relevantne pravne norme nastale posle Drugog svetskog rata, činjenica da je prva presuda MKSJ u kojoj je učešće u UZP-u uzeto kao vid odgovornosti doneta 1998. godine, kao i činjenica da članovi 22 i 26 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. predviđaju odgovornost za krivična dela iz zajedničkog plana.¹¹⁹ Panel podseća na svoj zaključak, utemeljen na istim faktorima, da je koncept prvog i trećeg oblika UZP-a u relevantnom periodu bio dostupan i predvidiv drugim optuženima.¹²⁰ Po mišljenju panela, odluka Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva koja tiče se krivičnog dela po domaćem zakonodavstvu za odgovornost saučesnika ne može izmeniti taj zaključak.¹²¹

¹¹⁶ Sporna odluka, stav 91.

¹¹⁷ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 136-138, 140.

¹¹⁸ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 136-138. V. takođe odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 139 (gde je zaključeno da se, prema uobičajenom značenju člana 16(1)(a) Zakona kao *lex specialis*, UZP podvodi pod pojam "izvršilo").

¹¹⁹ V. spornu odluku, stav 95. *Contra* žalba, stavovi 20, 22.

¹²⁰ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 211-214, 218-224.

¹²¹ V. spornu odluku, stav 93. *Contra* žalba, stav 20, gde se upućuje na UK, Supreme Court, *Jogee v. The Queen* [2016] UKSC 8 and *Ruddock v. the Queen* [2016] UKPC 7, *Judgment*, 18. februar 2016, stav 81.

37. U vezi s tim kakav je status UZP-a u međunarodnom običajnom pravu, panel podseća na svoj raniji zaključak da međunarodno običajno pravo predviđa i prvi i treći oblik UZP-a kao oblik odgovornosti, što važi i za period kad su krivična dela izvršena.¹²² Panel smatra da Šalja pogrešno tumači spornu odluku kada kaže da je sudija za prethodni postupak odbio da razmotri njegove argumente o statusu UZP-a III u međunarodnom običajnom pravu budući da se Šalja ne tereti za mučenje.¹²³ Panel u tom pogledu napominje da je sudija za prethodni postupak samo odbio da razmotri Šaljine argumente u vezi s primenom koncepta UZP-a III na krivična dela vezana za posebni umišljaj u praksi Specijalnog suda za Liban i Specijalnog suda za Sijera Leone, i to stoga što se Šalja ne tereti za delo s posebnim umišljajem.¹²⁴ Suprotno onome što tvrdi Šalja, sudija za prethodni postupak jeste uzeo u obzir njegov stav da praksa Vanrednih veća Kambodže i Vrhovnog suda UK, kao i stavovi pravne nauke, pokazuju da UZP III ne ispunjava kriterijume iz člana 7 Evropske konvencije.¹²⁵ Panel smatra da sudija za prethodni postupak nije pogrešno ocenio te izvore.¹²⁶

38. Pored toga, panel napominje da Šalja nije potkrepio svoj argument da je sudija za prethodni postupak pogrešio jer je smatrao irelevantnim odluke kosovskog Apelacionog suda na koje se on pozvao u prilog argumentu da se UZP ne može primeniti.¹²⁷ U svakom slučaju, panel smatra da sudija za prethodni

¹²² Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 172, 196.

¹²³ Žalba, stav 21, gde se upućuje na spornu odluku, stav 93.

¹²⁴ V. spornu odluku, stav 93.

¹²⁵ V. spornu odluku, stav 93. *Contra* žalba, stav 22.

¹²⁶ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 153, 187, 190-193 (u vezi sa odstupanjem Vanrednih veća Kambodže u pogledu UZP III), 169 (u pogledu korišćenja stavova pravne nauke pri utvrđivanju međunarodnog običajnog prava). V. gore, stav 36 (u pogledu uloge odluke Vrhovnog suda UK u utvrđivanju statusa UZP u međunarodnom običajnom pravu).

¹²⁷ Žalba, stav 21, gde se upućuje na spornu odluku, stav 90, gde se upućuje na preliminarni podnesak, stav 28 gde se poziva na Apelacioni sud Kosova, *J.D. et al.*, PAKR Nr 455/15, *Judgment*, 15. septembar 2016, str. 45; Osnovni sud Kosova u Mitrovici (EULEX), Case against XH. K, P 184/2015, *Judgment*, 8. avgust 2016. (u daljem tekstu: presuda Osnovnog suda od 8. avgusta 2016), stavovi 82-88; Apelacioni sud Kosova (EULEX), Case against XH. K, PAKR 648/16, 22. jun 2017 (u daljem tekstu: presuda Apelacionog suda Kosova od 22. juna 2017), str. 10. Panel primećuje da je u poslednjoj navedenoj presudi Apelacioni sud Kosova potvrdio da "ima argumenata u prilog direktnoj primeni koncepta UZP; u svim njegovim varijantama, u predmetima vezanim za ratne zločine izvršene tokom rata na Kosovu" i zaključio da se UZP II može primeniti, UZP III ne, zbog toga što se tumačenje saizvršilaštva

postupak nije pogrešio kad je zaključio da su te odluke Apelacionog suda Kosova donete u drugačijem normativnom okviru.¹²⁸ Uz to, panel podseća da je Vrhovni sud Kosova u nekoliko navrata zaključio da su svi vidovi odgovornosti po osnovu UZP-a “čvrsto utemeljeni” u međunarodnom običajnom pravu.¹²⁹

39. U vezi s pitanjem da li je UZP III u skladu s načelom individualne krivične odgovornosti, panel napominje da je sudija za prethodni postupak bio mišljenja da to pitanje ne spada isključivo u domen nadležnosti i da su Šaljini argumenti, u svakom slučaju, neosnovani.¹³⁰ Panel primećuje da Šalja u žalbi samo ponavlja argumente koje je prethodno izneo sudiji za prethodni postupak.¹³¹ Panel stoga smatra da Šalja nije pokazao da je sudija za prethodni postupak napravio očiglednu grešku pri razmatranju tih argumenata, te ih odbacuje bez daljeg razmatranja.¹³²

40. S obzirom na navedeno, panel Apelacionog suda zaključuje da Šalja nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da je UZP obuhvaćen članom 16(1) Zakona, te shodno tome odbija Šaljin žalbeni razlog (iii).

u članu 22 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976, na kojem su se temeljile optužbe u tom predmetu, ne može proširiti tako da obuhvata i UZP III. V. presudu Apelacionog suda Kosova od 22. juna 2017, str. 10, gde se upućuje na presudu Osnovnog suda od 8. avgusta 2016, stavove 87-88, 138.

¹²⁸ V. spornu odluku, stav 90.

¹²⁹ V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 193, 223, gde se upućuje na Vrhovni sud Kosova, *L. G. et al.* (poznat i kao “suđenje Lapskoj grupi”), APKZ 89/2010, *Judgment*, 26. januar 2011, stavove 114-115 (prvo ponovljeno suđenje). Ti zaključci su prihvaćeni i u drugom ponovljenom suđenju. V. Vrhovni sud Kosova, *L.G. et al.*, Plm Kzz 18/2016, *Judgment*, 13. maj 2016, stav 69 (drugo ponovljeno suđenje). V. takođe Vrhovni sud Kosova, *E.K and S.B.*, PAII 3/2014, *Judgment*, 7. avgust 2014, stavove xli-xlii; Vrhovni sud Kosova, *S.K. et al.*, Ap.-Kz No 371/2008, *Judgment*, 10. april 2009, str. 14-16, 63-64.

¹³⁰ V. spornu odluku, stav 94.

¹³¹ Up. preliminarni podnesak, stav 24, sa žalbom, stav 22.

¹³² V. na primer KSC-BC-2020-06, F00005/RED, *Public Redacted Version of Decision on Hashim Tačić's Appeal Against Decision on Interim Release* /Javna redigovana verzija odluke o žalbi Hašima Tačića na odluku o privremenom puštanju na slobodu/, 30. april 2021. (poverljiva verzija zavedena je 30. aprila 2021), stav 60; KSC-BC-2020-07, F00007, *Decision on the Defence Appeals Against Decision on Preliminary Motions* /Odluka po žalbi odbrane na odluku o preliminarnim podnescima/, 23. jun 2021, stav 15.

C. GREŠKE U VEZI SA STVARNOM NADLEŽNOŠĆU ZA PROIZVOLJNO ZATVARANJE (ŽALBENI RAZLOG (IV))

1. Argumenti strana u postupku

41. U okviru četvrtog žalbenog razloga Šalja tvrdi da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da se Šalja "ispravno tereti" za proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu.¹³³ Po Šaljinom mišljenju, polovično tumačenje člana 14(1)(c) Zakona, koje je dao sudija za prethodni postupak, je "suštinski pogrešno" i narušava princip pravne sigurnosti, a sudijin zaključak da je protivpravnost proizvoljnog zatvaranja Šalji bila dovoljno predvidljiva je "očigledno neosnovan".¹³⁴ Šalja takođe tvrdi da sudija za prethodni postupak nije adekvatno obrazložio svoju odluku da odbije njegove argumente po tom pitanju.¹³⁵

42. Tužilaštvo u odgovoru navodi da tvrdnje optuženog treba odbiti jer su "u toj meri površne i nepotkrepljene da su očito neprihvatljive".¹³⁶ Tužilaštvo dalje tvrdi da su, osim toga, ti argument i neosnovani, pošto je sudija za prethodni postupak ispravno zaključio da se proizvoljno zatvaranje ne može poistovetiti s nehumanim postupanjem i predstavlja teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, uključujući zajednički član 3 Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949 (u daljem tekstu: zajednički član 3).¹³⁷ Prema rečima tužilaštva, to što je ovo krivično delo obuhvaćeno članom 14(1) Zakona ne dovodi u pitanje princip pravne sigurnosti, pošto je obim primene te odredbe i dalje ograničen na teška kršenja zajedničkog člana 3 i krivična dela koja su u vreme izvršenja bila predviđena međunarodnim običajnim pravom.¹³⁸ Tužilaštvo na kraju tvrdi da je optuženom bila dostupna i predvidiva

¹³³ Žalba, stavovi 4(iv), 23-25.

¹³⁴ Žalba, stav 23; replika, stavovi 32-34.

¹³⁵ Žalba, stav 23.

¹³⁶ Odgovor, stav 43.

¹³⁷ Odgovor, stavovi 43-47, 49, 52.

¹³⁸ Odgovor, stavovi 44, 49.

činjenica da je proizvoljno zatvaranje sankcionisano međunarodnim običajnim pravom.¹³⁹

43. Šalja u replici iznosi da tužilaštvo nije pokazalo da je sudija za prethodni postupak bio u pravu kad je odstupio od obavezujućeg precedenta iz prakse Vrhovnog suda Kosova kojim su poništene optužbe za proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu, i zanemaruje činjenicu da u predmetno vreme to krivično delo niti je bilo sankcionisano niti je smatrano kršenjem zajedničkog člana 3.¹⁴⁰

2. Ocena panela Apelacionog suda

44. Panel se slaže sa sudijom za prethodni postupak da formulacija “uključujući bilo koju od sledećih radnji” iz člana 14(1)(c) Zakona znači da taj spisak nije konačan i da nadležnost Specijalizovanih veća nije ograničena na radnje koje su konkretno nabrojane u članu 14(1)(c) Zakona.¹⁴¹ Da bi neka radnja bila obuhvaćena Zakonom, a time i nadležnošću Specijalizovanih veća, ona je morala da bude predviđena međunarodnim običajnim pravom u periodu vremenske nadležnosti tog suda i da predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3, te panel stoga zaključuje da se netaksativnom formulacijom iz Zakona ne krši princip pravne sigurnosti. Panel napominje da Šalja nije potkrepio svoj argument da sudija za prethodni postupak i inače pogrešno tumači član 14(1)(c) Zakona.

45. Panel podseća da je sudija za prethodni postupak zaključio da proizvoljno zatvaranje predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3 i da je to čvrsto utemeljeno formulacijom zajedničkog člana 3, koji je sastavni deo međunarodnog običajnog prava.¹⁴² Panel u tom pogledu podseća da zatvaranje postaje proizvoljno i predstavlja

¹³⁹ Odgovor, stavovi 48, 50-51.

¹⁴⁰ Replika, stavovi 32-34.

¹⁴¹ Sporna odluka, stav 98. V. takođe odluku o potvrđivanju optužnice, stav 23. V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 87.

¹⁴² Sporna odluka, stav 100.

teško kršenje zajedničkog člana 3 kad se prekrši načelo humanog postupanja, bez obzira na to postoji li pravni osnov za zatvaranje.¹⁴³

46. Pored toga, panel podseća da je sudija za prethodni postupak: (i) nezavisno potvrdio da je prema međunarodnom običajnom pravu koje je bilo merodavno u predmetnom periodu proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu bilo sankcionisano;¹⁴⁴ i da je (ii) bio mišljenja da je optuženom bila dostupna i predvidiva činjenica da je u predmetno vreme učesće u radnjama proizvoljnog zatvaranja moglo da povlači krivičnu odgovornost, s obzirom na odredbe međunarodnog običajnog prava o proizvoljnom zatvaranju, činjenicu da je u bivšoj Jugoslaviji proizvoljno lišavanje slobode bilo krivično delo i da su Ujedinjene nacije (u daljem tekstu: UN) osudile takve radnje u kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji.¹⁴⁵ Panel podseća da se složio s tim zaključcima.¹⁴⁶ Stoga panel zaključuje da se optužbe za proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu u ovom predmetu ne kose s principom zakonitosti. Panel takođe smatra da Šalja nije potkrepio svoje argumente da je zaključak sudije za prethodni postupak da je optuženi mogao da predvidi kažnjivost proizvoljnog zatvaranja u relevantnom periodu u toj meri "očito neosnovan" da bi panel trebalo da odstupi od tog zaključka.¹⁴⁷ Isto tako, panel nije

¹⁴³ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 95-97.

¹⁴⁴ Sporna odluka, stav 101.

¹⁴⁵ Sporna odluka, stav 102.

¹⁴⁶ Odluka o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stavovi 106-109, 111 (gde je zaključeno, između ostalog, sledeće: proizvoljno zatvaranje u nemeđunarodnom oružanom sukobu postojalo je kao ratni zločin u međunarodnom običajnom pravu tokom perioda u okviru vremenske nadležnosti Specijalizovanih veća; prema Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976. protivpravno hapšenje je u dato vreme bilo izričito sankcionisano kao ratni zločin, nezavisno od toga da li je izvršeno u nemeđunarodnom ili međunarodnom oružanom sukobu; i relevantne rezolucije UN potvrđuju da takvo kršenje može da povlači krivičnu odgovornost).

¹⁴⁷ V. žalbu, stav 23; repliku, stav 33. V. takođe repliku, stav 32, gde se upućuje na presudu Vrhovnog suda Kosova od 21. jula 2005., str. 12. V. gore, stav 20 (gde je panel zaključio da ni ta ni druge presude donete shodno UNMIK-ovoj uredbi 1999/24, nisu relevantne za Specijalizovana veća, jer se tiču druge ustavne regulative). Šta više, iz formulacije člana 142 Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. i ekvivalentnih odredbi iz krivičnih zakona drugih zemalja bivše Jugoslavije jasno pokazuju da je protivpravno hapšenje u dato vreme bilo izričito sankcionisano kao ratni zločin, nezavisno od toga da li je izvršeno u nemeđunarodnom ili međunarodnom oružanom sukobu. V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 107, gde se upućuje na Krivični zakon SFRJ iz 1976., član 142; Slovenija, *Kazenski zakonik* (1994), član 374(1); Republika Severna Makedonija, *Krivičen zakonik* (1996), član 404(1);

utvrdio da je sudija za prethodni postupak prevideo neki Šaljin argument, te stoga zaključuje da je izneto obrazloženje adekvatno.¹⁴⁸

47. S obzirom na navedeno, panel Apelacionog suda zaključuje da Šalja nije pokazao da je sudija za prethodni postupak pogrešio kad je zaključio da su Specijalizovana veća prema članu 14(1)(c) Zakona nadležna za proizvoljno zatvaranje kao ratni zločin izvršen u nemeđunarodnom oružanom sukobu, te stoga odbija Šaljin žalbeni razlog (iv).

V. DISPOZITIV

48. Iz navedenih razloga, panel Apelacionog suda:

ODBIJA žalbu.

/potpis na originalu/

**Sudija Mišel Pikar,
predsedavajući sudija**

U petak, 11. februara 2022.

U Hagu, Holandija

Hrvatska, *Kazneni zakon* (1997), član 158(1); Federacija Bosne i Hercegovine, *Krivični zakon* (1998), član 154(1).

¹⁴⁸ V. žalbu, stav 23. Sudija kao minimum mora da obrazloži svoje zaključke o materijalnopравnim pitanjima na kojima se temelji odluka. V. odluku o žalbi u vezi s nadležnošću u predmetu *Tači i drugi*, stav 154, gde se upućuje na ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-AR73.4, *Decision on Prosecution Appeal Following Trial Chamber's Decision on Remand and Further Certification*, 11. maj 2007, stav 25; ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-AR73.4, *Decision on Prosecution Appeal Concerning the Trial Chamber's Ruling Reducing Time for the Prosecution Case*, 6. februar 2007, stav 16.