

©Documentul a fost pus la dispoziție cu sprijinul Consiliului Superior al Magistraturii din România (www.csm1909.ro) și al Institutului European din România” (www.ier.ro). Permisivitatea de a republica această traducere a fost acordată exclusiv în scopul includerii sale în baza de date HUDOC.

©The document was made available with the support of the Superior Council of Magistracy of Romania (www.csm1909.ro) and the European Institute of Romania (www.ier.ro). Permission to re-publish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC.

CURTEA EUROPEANĂ A DREPTURILOR OMULUI
MAREA CAMERĂ

HOTĂRÂREA
din 18 iulie 2013
În cauza Maktouf și Damjanović împotriva Bosniei și Herțegovina

(Cererile nr. 2312/08 și 34179/08)
Strasbourg

Hotărârea este definitivă. Aceasta poate suferi modificări de formă.

În cauza Maktouf și Damjanović împotriva Bosniei și Herțegovina,
Curtea Europeană a Drepturilor Omului, reunită în Marea Cameră compusă din: Dean Spielmann, *președinte*, Josep Casadevall, Guido Raimondi, Ineta Ziemele, Mark Villiger, Isabelle Berro-Lefèvre, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Mirjana Lazarova Trajkovska, Nona Tsotsoria, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić, Kristina Pardalos, Angelika Nußberger, Paulo Pinto de Albuquerque, Johannes Silvis, *judecători*, și Michael O’Boyle, *grefier adjunct*,
după ce a deliberat în camera de consiliu la 12 decembrie 2012 și la 19 iunie 2013,
pronunță prezenta hotărâre, adoptată la aceeași dată:

PROCEDURA

1. La originea cauzei se află două cereri (nr. 2312/08 și 34179/08) îndreptate împotriva Bosniei și Herțegovina, prin care un resortisant irakian, domnul Abduladhim Maktouf, și un resortisant al Bosniei și Herțegovina, domnul Goran Damjanović, („reclamanții”), au sesizat Curtea la 17 decembrie 2007 și, respectiv, la 20 iunie 2008 în temeiul art. 34 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale („Convenția”).

2. Reclamanții se plâng de procedurile penale în urma cărora Curtea de Stat din Bosnia și Herțegovina (Curtea de Stat) i-a condamnat, în temeiul dispozițiilor Codului penal din 2003 al Bosniei și Herțegovina, la pedepse cu închisoarea pentru crime de război săvârșite împotriva unor civili în timpul războiului din perioada 1992-1995. Susținând că legea aplicabilă în momentul săvârșirii crimelor de război de care au recunoscut că sunt vinovați era Codul penal din 1976 al Fostei Republici Socialiste Federative Iugoslavia („fosta RSFI”), aceștia pretind că neaplicarea sa de către Curtea de Stat în cazul lor a condus la încălcarea principiului neretroactivității pedepselor, enunțat la art. 7 din Convenție. Aceștia invocă, de asemenea, art. 14 coroborat cu art. 7 din Convenție, precum și art. 1 din Protocolul nr. 12. Domnul Maktouf formulează, în plus, un capăt de cerere în temeiul art. 6 § 1 din Convenție.

3. Cererile au fost repartizate Secției a patra a Curții (art. 52 § 1 din Regulamentul Curții – „Regulamentul”). La 31 august 2010, președintele acestei secții a decis să le comunice Guvernului Bosniei și Herțegovina („Guvernul”). În plus, acesta a hotărât că admisibilitatea și fondul cauzei vor fi examinate împreună (art. 29 § 1 din Convenție). La 10 iulie 2012, o cameră a Secției a patra, compusă din Lech Garlicki, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Zdravka

Kalaydjieva, Nebojša Vučinić și Ljiljana Mijović, judecători, precum și Lawrence Early, grefier de secție, și-a declinat competența în favoarea Marii Camere, niciuna din părți necontestând decizia (art. 30 din Convenție și art. 72 din Regulament).

4. Componenta Marii Camere a fost stabilită în conformitate cu art. 26 § 4 și 5 din Convenție și art. 24 din Regulament. Având în vedere că Faris Vehabović, judecătorul ales să reprezinte Bosnia și Herțegovina, nu a putut participa la examinarea cauzei (art. 28 din Regulament), Guvernul a desemnat-o pe Angelika Nußberger, judecător ales să reprezinte Germania, în calitate de judecător *ad-hoc* (art. 26 § 4 din Convenție și art. 29 § 1 din Regulament).

5. Marea Cameră a hotărât să conexeze cererile (art. 42 § 1 din Regulament).

6. Părțile au depus observații scrise privind admisibilitatea și fondul cauzelor. În plus, au fost primite observații din partea Biroului Înalțului Reprezentant pentru Bosnia și Herțegovina („Biroul Înalțului Reprezentant”), care fusese autorizat să intervină în procedura scrisă (art. 36 § 2 din Convenție și art. 44 § 3 din Regulament).

7. La 12 decembrie 2012, a avut loc o ședință publică la Palatul Drepturilor Omului din Strasbourg (art. 54 § 3 din Regulament).

S-au înfățișat:

– *pentru Guvern*

doamnele Z. IBRAHIMOVIĆ,
S. MALEŠIĆ,
domnul H. VUČINIĆ,
doamna M. KAPETANOVIĆ,

*agent adjunct,
agent asistent,*

consilieri;

– *pentru reclamantii*

domnii S. KREHO,
A. LEJLIĆ
A. LOZO,
I. MEHIĆ *avocați*,
A. KREHO,
H. LOZO,
doamna N. KISIĆ,

consilieri.

Curtea a ascultat declarația doamnei Ibrahimović și pe cea a domnului Lejlić.

ÎN FAPT

I. Circumstanțele cauzei

A. Contextul

8. După ce s-a declarat independentă față de fosta RSFI în martie 1992, Bosnia și Herțegovina a fost scena unui război sângeros. Au fost ucise peste 100 000 de persoane și două milioane au fost strămutate ca urmare a „epurării etnice” practicate și a violenței generalizate din țară. Au fost săvârșite numeroase infracțiuni, printre care se numără cele pentru care au fost condamnați reclamantii în speță. Principalele părți la conflict erau următoarele forțe locale: ARBH¹ (alcătuită în principal din bosniaci² și susținătoare a puterii centrale din Sarajevo), HVO³ (alcătuită în principal din croați) și VRS⁴ (alcătuită în principal din sârbi). Conflictul s-a încheiat în decembrie 1995, odată cu intrarea în vigoare a Acordului-Cadru General pentru Pace în Bosnia și Herțegovina („Acordul de la Dayton”). În conformitate cu acest acord, Bosnia și Herțegovina este alcătuită din două entități: Federația Bosnia și Herțegovina și Republica Srpska.

9. Având în vedere atrocitățile săvârșite la acea vreme pe teritoriul fostei RSFI, Consiliul de Securitate al ONU a creat o instituție provizorie, Tribunalul Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie („TPI”)⁵. În 2002, pentru a se asigura că misiunea sa va fi îndeplinită cu succes, în termenele

1. *Armija Republike Bosne i Hercegovine* (Armata Republicii Bosnia și Herțegovina).

2. Până la războiul din 1992-1995, bosniaci erau desemnați prin termenul de „musulmani”. Termenul „bosniaci” (*Bošnjaci*) nu trebuie să fie confundat cu termenul „bosniaci” (*Bosanci*), utilizat în mod obișnuit pentru a desemna cetățenii Bosniei și Herțegovinei, indiferent de originea lor etnică.

3. *Hrvatsko vijeće obrane* (Consiliul de apărare croat).

4. *Vojska Republike Srpske* (Armata Republicii Srpska).

prevăzute și în coordonare cu sistemele judiciare interne ale fostei Iugoslavii, TPI a început să elaboreze o strategie de încheiere a mandatului⁶. Această strategie a fost aprobată atât de Consiliul de Securitate al ONU⁷ cât și de autoritățile Bosniei și Herțegovina (care au adoptat modificările necesare la legislația națională și au încheiat acorduri cu Înalțul Reprezentant – administrator internațional numit în temeiul Acordului de la Dayton). O componentă esențială a acestei strategii era crearea în cadrul Curții de Stat a unor camere competente să judece crime de război, alcătuite din judecători naționali și internaționali (infra, pct. 34-36).

B. Faptele referitoare la domnul Maktouf

10. Domnul Maktouf s-a născut în 1959 și locuiește în Malaezia.

11. La 19 octombrie 1993, acesta a ajutat în mod deliberat un terț să răpească doi civili cu scopul de a obține, în schimbul lor, eliberarea unor membri ai forțelor ARBH, care fuseseră capturați de HVO. Acești civili au fost eliberați câteva zile mai târziu.

12. La 11 iunie 2004, reclamantul a fost arestat.

13. La 1 iulie 2005, o cameră de primă instanță a Curții de Stat l-a găsit vinovat de crimă de război constând în complicitate la luarea de ostatici și l-a condamnat la cinci ani de închisoare, în temeiul art. 173 alin. 1 coroborat cu art. 31 din Codul penal din 2003.

14. La 24 noiembrie 2005, o cameră de apel a Curții de Stat a anulat hotărârea din 1 iulie 2005 și a decis să țină o nouă ședință. La 4 aprilie 2006, camera de apel, reunită într-un complet alcătuit din doi judecători internaționali (judecătorii Pietro Spera și Finn Lynghjem) și un judecător național (judecătorul Hilmo Vučinić), a condamnat reclamantul pentru faptele de care fusese acuzat și i-a impus aceeași pedeapsă în temeiul Codului penal din 2003. În ceea ce privește pedeapsa aplicată, camera a declarat următoarele (traducere în franceză, efectuată de grefă, din traducerea în engleză comunicată de Curtea de Stat):

„Având în vedere, pe de o parte, gradul de răspundere penală a acuzatului și consecințele infracțiunii în cauză, precum și faptul că acuzatul era complice la săvârșirea acestei infracțiuni și, pe de altă parte, circumstanțele atenuante în favoarea acuzatului, camera a aplicat dispozițiile referitoare la reducerea pedepsei și a redus pe cât posibil sentința pronunțată, în conformitate cu art. 50 alin. 1 lit. a) din [Codul penal din 2003]. Astfel, a impus o pedeapsă de cinci ani de închisoare, considerând că această pedeapsă va răspunde pe deplin obiectivului punitiv și va descuraja persoana din cauză să mai săvârșască alte infracțiuni pe viitor.”

15. Sesizată de reclamant, Curtea Constituțională a examinat cauza la 30 martie 2007, în temeiul art. 5, 6, 7 și 14 din Convenție și a constatat neîncălcarea acestor dispoziții. Această decizie a fost notificată reclamantului la 23 iunie 2007. Părțile relevante ale deciziei majorității sunt formulate astfel (traducerea greiei):

„42. Curtea Constituțională reamintește că [Legea din 2000 privind Curtea de Stat], al cărei text inițial a fost impus într-o decizie adoptată de Înalțul Reprezentant și ulterior aprobată de Adunarea Parlamentară a Bosniei și Herțegovina, prevede, la art. 65, că, în perioada de tranziție, care nu poate dura mai mult de cinci ani, completurile din Secțiunile I (crime de război) și II (crimă organizată, criminalitate economică și corupție) sunt alcătuite din judecători naționali și judecători internaționali. Divizia Penală și Divizia de Apel pot fi alcătuite din mai mulți judecători internaționali. Aceștia trebuie să nu fie cetățeni ai Bosniei și Herțegovina și nici ai unui stat învecinat. Judecătorii internaționali se reunesc în completuri de judecată în conformitate cu dispozițiile relevante ale Codului de procedură penală și ale legii din Bosnia și Herțegovina privind protecția martorilor și a martorilor vulnerabili. Aceștia nu pot face obiectul urmăririi penale, arestării sau detenției și nici nu este angajată răspunderea civilă a acestora pentru o opinie exprimată sau o decizie adoptată în cadrul funcțiilor lor oficiale.

43. La 24 februarie și 28 aprilie 2005, Înalțul Reprezentant „(...) acționând în exercitarea atribuțiilor [conferite acestuia] la art. V din anexa 10 (Acord privind dispozițiile civile de aplicare a Acordului de pace) la Acordul-Cadru General pentru Pace în Bosnia și Herțegovina, (...) conform căruia acesta [avea] sarcina de a facilita, atunci când [considera] necesar, soluționarea oricărei probleme legate de aplicarea aspectelor civile (...), *subliniind* că, în comunicatul emis la Sarajevo la 26 septembrie 2003, Comitetul Director al Consiliului de punere în aplicare a păcii [preciza] că

⁵. Rezoluția 827 (1993) a Consiliului de Securitate din 25 mai 1993.

⁶. A se vedea Raportul privind situația judiciară a Tribunalului Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie și privind perspectivele de înaintare a anumitor cauze la instanțele naționale, întocmit de TPI în iunie 2002 (S/2002/678) și declarația Președintelui Consiliului de Securitate al ONU din 23 iulie 2002 (S/PRST/2002/21).

⁷. Rezoluția 1503 (2003) a Consiliului de Securitate din 28 august 2003.

[luase] act de Rezoluția 1503 a Consiliului de Securitate al ONU, solicitând în special comunității internaționale să sprijine eforturile depuse de Înalțul Reprezentant în vederea creării unei camere speciale pentru crime de război (...), *luând act* de recomandarea comună de numire a judecătorilor internaționali, semnată de grefier (...) și de Președintele Consiliului Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina (...), și *reținând* dispozițiile relevante din [Legea din 2000 privind Curtea de Stat]", a pronunțat decizii de numire a judecătorilor Finn Lynghjem și Pietro Spera în Secția I (crime de război) a Diviziei Penale și a Diviziei de Apel din cadrul [Curtii de Stat] în calitate de judecători internaționali.

44. În temeiul deciziilor de numire adoptate în conformitate cu această procedură, judecătorii internaționali au un mandat de doi ani, care poate fi reînnoit conform legii. Aceștia nu pot exercita funcții incompatibile cu atribuțiile lor judecătorești. Toate celelalte obligații privind exercitarea atribuțiilor judiciare, enunțate în [Legea din 2000 privind Curtea de Stat], li se aplică în cea mai mare măsură posibilă. Grefierul internațional informează Înalțul Reprezentant cu privire la orice eveniment de natură să împiedice judecătorul să își exercite mandatul. În cursul mandatului său, judecătorul respectă toate normele deontologice prevăzute de [Curtea de Stat]. Judecătorul internațional numit își exercită atribuțiile în conformitate cu legile Bosniei și Herțegovina și adoptă decizii pe baza cunoștințelor și competențelor sale, în mod conștiincios, responsabil și imparțial, astfel încât să consolideze statul de drept și să protejeze drepturile și libertățile individuale garantate de Constituția Bosniei și Herțegovina și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

(...)

46. Competențele diviziilor [Curtii de Stat] în care activează judecătorii internaționali includ, fără îndoială, anumite domenii derivate din dreptul internațional. Natura supranațională a dreptului penal internațional – care a fost recunoscută de jurisprudența Tribunalului Militar de la **Nürnberg** și Tokyo, a Tribunalului de la Haga și a Tribunalului pentru Rwanda – include instanțele penale internaționale, cărora le pot fi asimilate instanțele naționale în care activează un anumit număr de judecători internaționali. Înalțul Reprezentant a numit judecătorii internaționali ai [Curtii de Stat] în cadrul exercitării atribuțiilor care îi erau conferite de rezoluțiile Consiliului de Securitate al ONU, adoptate în temeiul Capitolului VII din Carta Organizației Națiunilor Unite și în conformitate cu recomandarea care fusese formulată de grefă în temeiul Acordului din 1 decembrie 2004 și care era semnată, de asemenea, de Președintele Consiliului Superior al Judecătorilor și Procurorilor. Este deosebit de important faptul că respectivul Consiliu Superior al Magistraturii, organism independent competent să numească judecători naționali, a participat la procedura prealabilă numirii.

47. Curtea Constituțională a concluzionat că judecătorii internaționali care au făcut parte din completul de judecată care a pronunțat verdictul contestat fuseseră numiți în conformitate cu o procedură care respecta normele privind caracterul echitabil al proceselor, prevăzute la art. 6 din Convenția Europeană. În plus, [Legea din 2000 privind Curtea de Stat], Acordul din 1 decembrie 2004 și chiar deciziile de numire au instituit condițiile și mecanismele necesare pentru asigurarea independenței acestor judecători față de orice amestec sau influență din partea executivului sau a autorităților internaționale. Judecătorii în cauză sunt obligați să respecte și să aplice toate normele aplicabile, în general, în procedurile penale naționale și care sunt conforme cu standardele internaționale. Aceștia au un mandat determinat, pe parcursul căruia li se monitorizează activitățile. Numirea lor era motivată de necesitatea de a înființa instanțe naționale, de a le consolida în cursul perioadei de tranziție și de a le sprijini în eforturile lor de a angaja răspunderea autorilor unor încălcări grave ale drepturilor omului și ai unor crime motivate de considerente etnice. Prin urmare, scopul numirii lor era de a asigura independența și imparțialitatea sistemului judiciar și buna administrare a justiției. Chiar și faptul că procedura de numire a fost modificată prin acordul ulterior din 26 septembrie 2006, în temeiul căruia numirea judecătorilor internaționali a fost încredințată Consiliului Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina, nu implică în sine, în mod automat, că modalitatea în care acești judecători erau numiți în momentul pronunțării verdictelor contestate era contrară principiilor privind garantarea independenței instanțelor în sensul art. 6 § 1 din Convenția Europeană. Curtea Constituțională a concluzionat că recurentul nu a prezentat nici argumente și nici probe convingătoare în sprijinul acuzațiilor sale referitoare la lipsa de independență a judecătorilor internaționali. În ceea ce privește acuzațiile acestuia, conform cărora judecătorul național era o persoană cu o „experiență insuficientă” și, din acest motiv, nu era independent, Curtea Constituțională consideră că acestea sunt în mod vădit nefondate și nu necesită o examinare mai aprofundată. Ținând seama de considerentele precedente, Curtea Constituțională consideră nefondat capătul de cerere al recurentului, întemeiat pe afirmația conform căreia completul de judecată nu era independent și că, prin urmare, acesta nu a respectat standardele privind caracterul echitabil al procesului,

consacrate la art. II alin. 3 lit. e) din Constituția Bosniei și Herțegovina și art. 6 din Convenția Europeană și, în consecință, a fost încălcat dreptul la un proces echitabil.

(...)

60. Unul din principalele argumente ale recurentului privește raportul dintre procedura penală în cauză și art. 7 din Convenția Europeană, și anume faptul că, astfel cum a subliniat acesta, a fost condamnat în temeiul [Codului penal din 2003] și nu al codului care era în vigoare la momentul săvârșirii infracțiunii, și anume [Codul penal din 1976], care prevedea o sancțiune mai blândă.

(...)

65. În speță, recurentul admite că, în temeiul dispozițiilor aplicabile la momentul faptelor, actele pentru care acesta a fost condamnat constituiau o infracțiune atunci când au fost săvârșite. Cu toate acestea, bazându-se în principal pe noțiunea de „pedeapsă mai blândă”, adică de „lege mai favorabilă”, acesta denunță aplicarea dispozițiilor dreptului material în cauza sa. În fapt, acesta consideră că [Codul penal din 1976], care era în vigoare atunci când a săvârșit infracțiunea pentru care a fost condamnat și care prevedea în special pedeapsa cu moartea pentru formele cele mai grave ale acestei infracțiuni, este o lege mai favorabilă decât [Codul penal din 2003], care prevede o pedeapsă cu închisoarea de lungă durată pentru formele cele mai grave ale aceleiași infracțiuni.

(...)

69. În acest context, Curtea Constituțională consideră că pur și simplu nu este posibil să „fie eliminată” sancțiunea cea mai severă aplicabilă în temeiul uneia sau alteia din legile menționate anterior și să se aplice doar celelalte sancțiuni, mai blânde, astfel încât cele mai grave infracțiuni să nu fie pedepsite în mod corespunzător în practică. În această situație, Curtea Constituțională nu va oferi motive detaliate și nici o analiză aprofundată a acestor dispoziții, ci se va concentra pe excepțiile de la obligațiile impuse la art. 7 § 1 din Convenția Europeană, aceste excepții fiind reglementate la art. 7 § 2, astfel cum se admite în general.

70. În această privință, Curtea Constituțională subliniază că art. 7 § 2 din Convenția Europeană face trimitere la „principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate” și art. III 3 lit. b) din Constituția Bosniei și Herțegovina prevede că „[p]rincipiile generale ale dreptului internațional fac parte integrantă din dreptul Bosniei și Herțegovina și al entităților”. Rezultă că aceste principii fac parte integrantă din ordinea juridică a Bosniei și Herțegovina, chiar și fără o ratificare a convențiilor și a altor documente care reglementează aplicarea lor, și că ordinea juridică națională include, prin urmare, și Statutul Tribunalului Internațional pentru judecarea persoanelor acuzate de încălcări grave ale dreptului internațional umanitar, săvârșite pe teritoriul fostei Iugoslavii (1993).

71. În plus, Curtea Constituțională subliniază că și Constituția Bosniei și Herțegovina se înscrie în cadrul unui acord internațional și că, deși acest fapt nu îi diminuează importanța, demonstrează în mod clar locul ocupat de dreptul internațional în ordinea juridică națională, astfel încât o serie de convenții internaționale, precum Convenția pentru prevenirea și pedepsirea crimei de genocid (1948) și Convenția (IV) de la Geneva privind protecția persoanelor civile în timp de război (1949), precum și Protocoalele Adicionale I și II (1977) au statutul de principii constituționale și se aplică direct în Bosnia și Herțegovina. În această privință, trebuie menționat faptul că fosta RSFI era semnatară a convențiilor menționate și că Bosnia și Herțegovina, în calitate de subiect recunoscut de drept internațional, care și-a declarat independența la 6 martie 1992, a acceptat toate convențiile ratificate de fosta RSFI, printre care și convențiile menționate anterior, care au fost incluse ulterior în Anexa 4 la Acordul de la Dayton, care conține Constituția Bosniei și Herțegovina.

72. Textul art. 7 § 1 din Convenția Europeană se referă doar la cazul în care o persoană este condamnată pentru o infracțiune. Acesta nu interzice aplicarea retroactivă a legilor și nu consacră principiul *non bis in idem*. În plus, acesta nu se aplică în cazurile la care se face referire în Legea britanică din 1965 privind despăgubirile de război, care a modificat cu efect retroactiv norma din *common law* în temeiul căreia, în anumite circumstanțe, erau acordate despăgubiri pentru pierderea bunurilor private în timpul războiului.

73. Curtea Constituțională observă că art. 7 § 1 din Convenția Europeană vizează infracțiunile „potrivit dreptului național sau internațional”. Aceasta ia act, în special, de interpretarea art. 7 furnizată în mai multe texte referitoare la această chestiune, care se bazează pe poziția Curții Europene conform căreia o condamnare care rezultă dintr-o aplicare retroactivă a dreptului național nu constituie o încălcare a art. 7 din Convenția Europeană în cazul în care actul pentru care persoana în cauză este condamnată constituia o infracțiune potrivit „dreptului internațional”

în momentul săvârșirii sale. Această analiză este deosebit de relevantă în speță (și în alte cauze similare), având în vedere că principalul motiv al acțiunii privește mai degrabă aplicarea unor norme de drept care au înaintea de toate un caracter internațional, și anume dispozițiile Convenției pentru prevenirea și pedepsirea infracțiunii de genocid (1948), ale Convenției (IV) de la Geneva privind protecția persoanelor civile în timp de război (1949) și ale Protocoloalelor Adicionale I și II (1977), decât aplicarea unuia sau altuia din textele de drept penal, indiferent de conținutul acestuia și de sancțiunile pe care le prevede.

74. În plus, în ceea ce privește aplicarea retroactivă a legislației penale, Curtea Constituțională subliniază că art. 7 din Convenția Europeană a fost redactat imediat după al Doilea Război Mondial și că autorii acestuia aveau intenția de a îngloba principiile generale ale dreptului recunoscut de națiunile civilizate, noțiune preluată din art. 38 din Statutul Curții Internaționale de Justiție, a cărei jurisprudență este considerată în general ca fiind a treia sursă formală de drept internațional. Cu alte cuvinte, Statutul Curții Internaționale de Justiție este aplicabil statelor părți la acesta, iar normele pe care le prevede sunt considerate drept o sursă de drept și se aplică inclusiv autorităților interne. Atât Statutul Curții Internaționale de Justiție, cât și art. 7 din Convenția Europeană, depășesc cadrul dreptului național și vizează „națiunile” în general. Prin urmare, Curtea Constituțională consideră că standardele de aplicare a acestora trebuie să fie căutate în acest context, și nu pur și simplu într-un cadru național.

75. În continuare, Curtea Constituțională observă că din lucrările pregătitoare ale Convenției Europene reiese că textul alineatului 2 al art. 7 are ca scop „să precizeze că art. 7 nu afectează legile care au fost adoptate în anumite circumstanțe cu totul excepționale după al Doilea Război Mondial și care au avut ca scop pedepsirea crimelor de război și actele de trădare și colaborare cu inamicul și nu vizează nicio condamnare juridică sau morală a acestor legi [a se vedea *X împotriva Belgiei*, nr. 268/57, Anuar 1 (1957), a se compara cu *De Becker împotriva Belgiei*, nr. 214/56, Anuar 2, p. 214 (1958)]”. În fapt, textul art. 7 din Convenția Europeană nu este restrictiv și trebuie să fie interpretat în mod dinamic, astfel încât să înglobeze alte acte care implică un comportament imoral recunoscut în general ca fiind infracțional în temeiul diverselor legislații naționale. În lumina considerentelor anterioare, Legea britanică din 1991 privind crimele de război le conferă instanțelor britanice o competență retroactivă de a se pronunța cu privire la anumite infracțiuni (omor calificat, omor, ucidere din culpă) săvârșite pe teritoriul ocupat de Germania în timpul celui de-al Doilea Război Mondial.

76. În opinia Curții Constituționale, considerentele precedente confirmă faptul că și crimele de război constituie „infracțiuni potrivit dreptului internațional”, având în vedere caracterul universal al competenței în materie de urmărire penală, astfel încât, în cazul pronunțării unor condamnări pentru astfel de acte în temeiul unei legi care le-ar califica *a posteriori* drept infracțiuni pasibile de sancțiuni penale, chiar dacă acestea nu constituiau infracțiuni în temeiul legislației aplicabile în momentul săvârșirii lor, aceste condamnări nu ar fi contrare art. 7 § 1 din Convenția Europeană. La 4 mai 2000, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a pronunțat decizia în cauza *Naletilić împotriva Republicii Croația* (nr. 51891/99), în care reclamantul, acuzat de Biroul Procurorului Tribunalului Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie de săvârșirea unor crime de război pe teritoriul Bosniei și Herțegovina, a formulat capete de cerere identice cu acelea prezentate de recurentul din prezenta cauză, prin care acesta solicita aplicarea „legii celei mai favorabile”. Argumentând că în Codul penal al Republicii Croația se prevedea o sancțiune penală mai blândă decât Statutul Tribunalului Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie, acesta susținea că aplicarea Statutului ar fi condus la încălcarea art. 7 din Convenția Europeană. În decizia sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, examinând aspectul aplicării art. 7, a declarat: „În ceea ce privește argumentul reclamantului, conform căruia acesta risca să primească o pedeapsă mai severă din partea TPI decât din partea instanțelor naționale, dacă acestea din urmă își exercitau competența de a finaliza procedura împotriva sa, Curtea observă că, și presupunând că art. 7 s-ar aplica în speță, alineatul 2 și nu alineatul 1 al acestei dispoziții ar fi aplicabil. Astfel, a doua teză de la art. 7 § 1, invocată de reclamant, nu poate fi aplicată. Rezultă că acest capăt de cerere este (...) în mod vădit nefondat (...) și, în consecință, trebuie să fie respins (...)”.

77. În cele din urmă, Curtea Constituțională subliniază că procesele care au avut loc la Tribunalul de la **Nürnberg** și Tribunalul de la Tokyo, în 1945 și, respectiv, 1946, după cel de-Al Doilea Război Mondial, priveau acte care au fost definite drept crime de război, crime împotriva umanității, infracțiuni de genocid, etc. abia după săvârșirea lor, și anume în Convenția de la Geneva. În acest moment, războiul de agresiune a fost definit drept „crimă internațională”, astfel cum a confirmat Comisia de Drept Internațional în anuarul său din 1957 (vol. II). Tot la vremea respectivă au avut loc discuții privind principiul *nullum crimen nulla poena sine lege*. Același lucru s-a întâmplat și în momentul adoptării Statutului Tribunalului Internațional pentru judecarea

persoanelor acuzate de încălcări grave ale dreptului internațional umanitar, săvârșite pe teritoriul fostei Iugoslavii (în 1993).

78. Este foarte clar că noțiunea de răspundere penală individuală pentru săvârșirea unor acte care contravin Convenției de la Geneva sau legislației naționale este foarte strâns legată de cea de protecție a drepturilor omului, deoarece convențiile privind protecția drepturilor omului și celelalte convenții adoptate în acest domeniu privesc dreptul la viață, dreptul la integritatea fizică și psihică, interzicerea sclaviei și a torturii, interzicerea discriminării, etc. În opinia Curții Constituționale, absența unei protecții a victimelor, adică impunerea unor sancțiuni necorespunzătoare pentru autorii infracțiunilor, nu este compatibilă cu principiul echității și al statului de drept, consacrate la art. 7 din Convenția Europeană, al cărui alineat 2 permite, într-un astfel de caz, derogarea de la norma enunțată la alineatul 1.

79. Având în vedere considerentele anterioare și ținând seama de aplicarea art. 4a din [Codul penal din 2003] coroborat cu art. 7 § 1 din Convenția Europeană, Curtea Constituțională concluzionează că, în speță, aplicarea [Codului penal din 2003] în cadrul procedurii desfășurate în fața [Curții de Stat] nu a condus la încălcarea art. 7 § 1 din Convenția Europeană.”

16. Pasajele relevante din opinia separată a judecătorului Mato Tadić, anexată la decizia în cauză, sunt redactate după cum urmează:

„În temeiul art. 41 § 2 din Regulamentul Curții Constituționale a Bosniei și Herțegovina (*Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina nr. 60/50*), prezint în continuare opinia mea separată, în care expun motivele pentru care nu sunt de acord cu opinia exprimată de majoritatea judecătorilor Curții Constituționale a Bosniei și Herțegovina în prezenta decizie:

(...)

În opinia mea, instanțele naționale ar trebui să aplice legea mai favorabilă, în speță legea care era în vigoare la momentul săvârșirii infracțiunii. Este dificil de stabilit care lege este mai favorabilă, iar această problemă juridică este mult mai complexă decât pare. Ținând seama de aproximativ zece criterii elaborate în teorie și în practică, se poate concluziona că, în speță, pedeapsa prevăzută este un factor esențial pentru stabilirea legii celei mai favorabile. Având în vedere că aceeași infracțiune era prevăzută (la art. 142 din [Codul penal din 1976]) în legislația penală a fostei Iugoslavii, pe care Bosnia și Herțegovina a moștenit-o în temeiul Ordonanței din 1992 și care prevedea o pedeapsă de 5 ani de închisoare sau pedeapsa cu moartea [după caz], în vreme ce noul text aplicat în speță (art. 173 din [Codul penal din 2003]) prevede o pedeapsă de zece ani de închisoare sau de lungă durată, problema esențială care se ridică este aceea de a stabili care dintre cele două legi este mai favorabilă. La prima vedere, [Codul penal din 2003] pare mai favorabil, deoarece nu prevede pedeapsa cu moartea. Cu toate acestea, având în vedere faptul că, ulterior intrării în vigoare a Acordului de la Washington și a Constituției Federației Bosniei și Herțegovina în 1994, pedeapsa cu moartea a fost abolită, ceea ce nu face decât să confirme Constituția Bosniei și Herțegovina din 1995 și, în al doilea rând, că poziția instanțelor ordinare din Bosnia și Herțegovina, a entităților și a Districtului Brčko (Curtea Supremă a Federației Bosniei și Herțegovina, Curtea Supremă a Republicii Srpska și Curtea de Apel a Districtului Brčko) conform căreia nu trebuia pronunțată pedeapsa cu moartea (poziție adoptată și de Camera pentru Drepturile Omului în cauza *Damjanović și Herak împotriva Federației Bosniei și Herțegovina*), legea din 1992 pare a fi mai favorabilă. Conform normelor și a jurisprudenței menționate anterior, pedeapsa maximă care putea fi pronunțată pentru această infracțiune este aceea de douăzeci de ani de închisoare.

Referirea la art. 7 § 2 din Convenția Europeană nu are nicio relevanță în speță. Scopul esențial al acestei dispoziții este de a furniza un temei legal pentru inițierea urmăririi penale în cazul încălcării Convențiilor de la Geneva în fața instanțelor internaționale înființate pentru a judeca astfel de fapte, de exemplu Tribunalul Penal Internațional pentru Fosta Iugoslavie sau Tribunalul pentru Rwanda, și pentru judecarea de către instanțele naționale a cauzelor în care legislația internă nu prevede că actele în cauză constituie infracțiuni. Cu alte cuvinte, această dispoziție se aplică în cazul în care legiuitorul nu a prevăzut toate elementele constitutive ale infracțiunilor la care se face referire în Convențiile de la Geneva. În speță nu este vorba despre acest caz. Infracțiunea în cauză era prevăzută de legislația națională, atât la momentul săvârșirii sale, cât și în momentul procesului, și, în consecință, toate mecanismele dreptului penal și toate drepturile garantate de Constituție trebuie să fie aplicate în mod coerent, inclusiv drepturile garantate de Convenția Europeană. Cauza *Naletelić* nu este relevantă aici, deoarece era vorba de urmărirea penală îndreptată de un procuror internațional împotriva [reclamantului din cauza respectivă] în fața unui tribunal internațional înființat într-un cadru special și investit cu competențele definite în Rezoluția Organizației Națiunilor Unite și în Statutul acesteia. Acest tribunal nu aplică dreptul

național, ci propriile sale proceduri, pedepse și sancțiuni. În caz contrar, foarte puține persoane acuzate ar răspunde citațiilor sale. Prin urmare, consider că poziția Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza *Naletelić* era absolut corectă, dar că aceasta nu este aplicabilă în prezenta cauză.

Apreciez că este complet inutil să se facă referire în continuare la o instanță internațională sau la aspecte care îi sunt specifice, având în vedere că prezenta cauză privește pur și simplu un proces care a avut loc în fața unei instanțe interne în conformitate cu legislația națională, și nu o cauză înaintată unui tribunal internațional.

În esență, decizia *Naletelić* privește **procesele istorice (Nürnberg, Tokyo)** și, în general, un aspect internațional total irelevant în speță, deoarece, astfel cum am subliniat anterior, infracțiunea în cauză exista în legislația noastră națională și, atunci când a fost săvârșită, sancțiunea corespunzătoare acesteia era deja prevăzută, spre deosebire de procesul de la **Nürnberg**. În plus, recurentul nu a contestat acest lucru. În fapt, însuși reclamantul a subliniat că faptele de care era acuzat constituiau deja o infracțiune pasibilă de sancțiuni în legislația națională în momentul săvârșirii lor și nu solicită decât aplicarea dispozițiilor corespunzătoare. Acesta susține, de asemenea, că aplicarea de către judecători a [Codului penal din 2003] și nu a art. 142 din [Codul penal din 1976] moștenit [din fosta Iugoslavie] a condus la încălcarea Constituției și a art. 7 § 1 din Convenția Europeană.

Voi reaminti pe scurt opinia domnului Antonio Cassese, profesor eminent al Universității de Stat din Florența, care a fost numit Președinte al Tribunalului Penal Internațional de la Haga. Într-un document din 2003 intitulat *Opinion on the Possibility of Retroactive Application of Some Provisions of the New Criminal Code of Bosnia and Herzegovina* [Opinie privind posibilitatea aplicării retroactive a unor dispoziții din noul Cod penal al Bosniei și Herțegovina], acesta formula următoarea concluzie: «În cele din urmă, în ceea ce privește problema stabilirii dacă [Curtea de Stat] ar trebui să aplice sancțiunea cea mai blândă în cazul infracțiunilor pentru care noul Cod penal prevede o pedeapsă mai severă decât cea prevăzută de fosta lege, aș dori să menționez următoarele: răspunsul la această întrebare nu poate fi decât afirmativ. Această concluzie are la bază două temeuri juridice: în primul rând, există un principiu general de drept internațional conform căruia, în cazul în care aceeași infracțiune este prevăzută în două dispoziții succesive, dintre care una impune o pedeapsă mai blândă, pedeapsa pronunțată ar trebui să fie stabilită în temeiul principiului *favor libertatis*; în al doilea rând, acest principiu este menționat în mod expres la art. 7 § 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care prevede că nu se aplică nicio pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii. Prin urmare, [Curtea de Stat] ar trebui să aplice întotdeauna pedeapsa cea mai blândă în cazul în care există o diferență de durată între pedepsele prevăzute de fosta și, respectiv, de noua dispoziție penală. Este clar că aplicarea retroactivă a Codului penal este legată doar de pedeapsă și nu de alte elemente ale acestui articol.»

(...)

Pentru aceste motive, nu am putut să fie de acord în totalitate cu opinia majorității, expusă în prezenta decizie.”

17. Reclamantul și-a ispășit pedeapsa la 12 iunie 2009 și la scurt timp a părăsit țara.

C. Faptele referitoare la domnul Damjanović

18. Domnul Damjanović s-a născut în 1966. Încă își execută pedeapsa în închisoarea din Foča.

19. La 2 iunie 1992, în timpul războiului din Bosnia și Herțegovina, acesta a jucat un rol important în bătaia aplicată bosniacilor capturați la Sarajevo, într-un incident care a durat între una și trei ore. Violențele au fost aplicate prin folosirea de puști, bastoane, sticle, lovituri cu piciorul și cu pumnii. Ulterior, victimele au fost duse într-un lagăr de refugiați.

20. La 17 octombrie 2005, o cameră de instrucție a Curții de Stat a decis să retragă această cauză de pe rolul Tribunalului Cantonal din Sarajevo, în fața căruia era pendinte de ani de zile, considerând că este în măsură să protejeze mai bine martorii (care riscuau mai mult să facă obiectul unor intimidări la nivelul entității) și fiind conștientă de caracterul sensibil al dosarului (era vorba de acte de tortură aplicate unui număr mare de victime). Aceasta s-a bazat pe criteriile enunțate la pct. 40 de mai jos și pe art. 449 din Codul de procedură penală din 2003.

21. La 26 aprilie 2006, reclamantul a fost arestat.

22. La 18 iunie 2007, o cameră de primă instanță a Curții de Stat l-a declarat vinovat de crima de război constând în tortură și l-a condamnat la unsprezece ani de închisoare în temeiul art. 173 § 1 din

Codul penal din 2003. Această hotărâre a fost confirmată de o cameră de apel a Curții de Stat la 19 noiembrie 2007. Hotărârea camerei de apel a fost notificată reclamantului la 21 decembrie 2007.

23. La 20 februarie 2008, reclamantul a introdus o acțiune constituțională, care a fost respinsă ca fiind tardivă la 15 aprilie 2009.

II. Dreptul și practica interne relevante și documentele internaționale relevante

A. Dreptul material aplicabil în cauzele care privesc crime de război

1. Principiile generale

24. În temeiul competențelor sale în situații de urgență⁸, Biroul Înaltului Reprezentant a adoptat, la 24 ianuarie 2003, Codul penal din 2003. Intrat în vigoare la 1 martie 2003, acest cod a fost aprobat ulterior de Adunarea Parlamentară a Bosniei și Herțegovina⁹. La art. 3, acesta prevede că nimănui nu i se poate impune o pedeapsă sau o altă sancțiune penală pentru un act care, atunci când a fost săvârșit, nu constituia o infracțiune în dreptul național sau internațional și pentru care legea nu prevedea nicio pedeapsă. În plus, în temeiul art. 4 din acest cod, legea aplicată autorului infracțiunii este aceea care era în vigoare la momentul săvârșirii faptelor de care este acuzat, dar, dacă legea a fost modificată între timp, acestuia i se aplică legea mai favorabilă. În ianuarie 2005, legiuitorul a adăugat art. 4a la Codul penal din 2003. Asemenea art. 7 § 2 din Convenție, această dispoziție prevede că art. 3 și art. 4 din cod nu aduc atingere judecării și pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune care, la momentul săvârșirii acesteia, era considerată infracțiune conform principiilor generale ale dreptului internațional.

25. Conform acestor principii, instanțele naționale au aplicat, în cauzele privind crime de război, fie Codul penal din 1976¹⁰, fie, dacă s-a considerat mai favorabil pentru autorul faptelor, Codul penal din 2003. Deoarece codurile intermediare ale Entităților (Codul penal din 1998¹¹, al Federației Bosniei și Herțegovina și Codul penal din 2000¹² al Republicii Srpska) au fost rar, sau chiar niciodată, aplicate în astfel de cazuri, acestea nu au nicio relevanță pentru prezenta cauză.

2. Codul penal din 1976

26. În timpul războiului din Bosnia și Herțegovina, Codul penal din 1976 era în vigoare în toată țara. A rămas în vigoare în Federația Bosnia și Herțegovina până în 1998 și în Republica Srpska până în 2000 (an în care a fost abrogat și înlocuit cu codurile entităților menționate la pct. 25 de mai sus). În temeiul acestui cod, crimele de război erau pedepsite cu închisoarea de la cinci la cincisprezece ani sau, pentru faptele mai grave, era aplicată pedeapsa cu moartea; în locul pedepsei cu moartea, putea fi impusă, de asemenea, o pedeapsă de douăzeci de ani de închisoare (art. 37, 38 și 142 din cod).

Persoanele complice la crime de război (cazul domnului Maktouf) trebuiau să fie, în principiu, sancționate cu aceleași pedepse care li s-ar fi aplicat autorilor infracțiunilor respective, dar era posibil, de asemenea, ca pedeapsa acestora să fie redusă pentru a ajunge la un an de închisoare (art. 24, 42 și 43 din cod).

Articolele relevante în speță sunt redactate după cum urmează:

Art. 24 alin. 1

„Orice persoană care ajută intenționat un terț să săvârșească o faptă penală este pedepsită ca și cum ar fi săvârșit ea însăși fapta în cauză; cu toate acestea, pedeapsa poate fi, de asemenea, redusă.”

Art. 37 alin. 2

„Pedeapsa cu moartea poate fi pronunțată doar în cazul faptelor penale cele mai grave și dacă aceasta este prevăzută de lege.”

⁸. Pentru mai multe informații privind acest mandat, numit și „mandatul de la Bonn”, a se vedea *Avizul privind situația constituțională din Bosnia și Herțegovina și mandatul Înaltului Reprezentant*, adoptat de Comisia de la Veneția (Avizul nr. 308/2004 din 11 martie 2005, document CDL-AD(2005)004).

⁹. Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina, nr. 3/03, 37/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 și 8/10.

¹⁰. Jurnalul Oficial al Republicii Socialiste Federative Iugoslavia, nr. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 și 45/90.

¹¹. Jurnalul Oficial al Federației Bosniei și Herțegovina, nr. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02 și 19/03.

¹². Jurnalul Oficial al Republicii Srpska, nr. 22/00, 33/00 și 37/01.

Art. 38 alin. 1 și 2

„Durata pedepsei cu închisoarea nu poate fi mai scurtă de cincisprezece zile, nici mai lungă de cincisprezece ani.

Instanța poate impune o pedeapsă cu închisoarea cu o durată de douăzeci de ani pentru faptele penale care sunt pasibile de pedeapsa cu moartea.”

Art. 42

„Instanța poate impune o pedeapsă inferioară pedepsei minime prevăzute de lege sau o sancțiune mai puțin severă:

- a) atunci când legea prevede reducerea pedepsei [precum în cazul art. 24 § 1 din cod];
- b) atunci când constată existența unor circumstanțe atenuante care indică faptul că scopul punitiv al sancțiunii poate fi atins printr-o pedeapsă mai puțin severă.”

Art. 43 alin. 1

„În cazul în care sunt îndeplinite condițiile care permit reducerea pedepsei vizate la art. 42 din prezentul cod, instanța reduce pedeapsa în următoarele limite:

- a) în cazul în care pedeapsa minimă prevăzută pentru fapta incriminată este de cel puțin trei ani de închisoare, pedeapsa poate fi redusă la un an;
- (...)”

Art. 142 alin. 1

„Orice persoană care, prin încălcarea normelor de drept internațional în vigoare în timpul unui război, unui conflict armat sau unei ocupații, ordonă sau comite (...) acte de tortură, (...) o luare de ostatici, (...) este pedepsită cu închisoarea de minim cinci ani sau i se aplică pedeapsa cu moartea.”

27. De la intrarea în vigoare a Acordului de la Dayton la 14 decembrie 1995, nu mai este posibilă pronunțarea pedepsei cu moartea. În special, anexele 4 și 6 la acord stipulează că Bosnia și Herțegovina și entitățile sale trebuie să garanteze tuturor persoanelor aflate sub jurisdicția lor drepturile și libertățile recunoscute în Convenție și în protocoalele sale (inclusiv Protocolul nr. 6 privind abolirea pedepsei cu moartea) și în alte acorduri internaționale enumerate în aceste anexe (printre care Al doilea protocol facultativ la Pactul Internațional privind drepturile civile și politice, care vizează abolirea pedepsei cu moartea). Autoritățile interne au considerat întotdeauna că aceste dispoziții semnifică faptul că nimeni nu poate fi condamnat la moarte sau executat pe timp de pace, nici măcar pentru infracțiuni săvârșite în timpul războiului din perioada 1992-1995¹³.

3. Codul penal din 2003

28. Codul penal din 2003 pedepsește crimele de război cu închisoarea de la zece la douăzeci de ani și infracțiunile cele mai grave cu închisoarea de lungă durată, de la douăzeci la patruzeci și cinci de ani (art. 42 și 173). Persoanelor complice la crime de război (cazul domnului Maktouf) trebuie să li se aplice aceleași pedepse care li s-ar aplica autorilor faptelor în cauză, dar pedeapsa acestora poate, de asemenea, să fie redusă la cinci ani de închisoare (art. 31, 49 și 50 din cod). Articolele relevante sunt formulate după cum urmează:

Art. 31 alin. 1

„Orice persoană care ajută intenționat un terț să săvârșească o faptă penală este pedepsită ca și cum ar fi săvârșit ea însăși fapta în cauză; cu toate acestea, pedeapsa poate fi, de asemenea, redusă.”

Art. 42 alin. 1 și 2

„Durata pedepsei cu închisoarea nu poate fi mai scurtă de treizeci de zile, nici mai lungă de douăzeci de ani.

¹³. A se vedea Decizia CH/97/69 din 12 iunie 1998 pronunțată de camera pentru drepturile omului în cauza *Herak* și Decizia KŽ-58/99 din 16 martie 1999 pronunțată de Curtea Supremă a Federației Bosnia și Herțegovina într-o cauză privind un genocid (în care o pedeapsă de patruzeci de ani de închisoare a fost redusă la o pedeapsă de douăzeci de ani).

Pentru faptele penale cele mai grave săvârșite deliberat, poate fi aplicată în mod excepțional o pedeapsă de la douăzeci la patruzeci și cinci de ani de închisoare (închisoare de lungă durată)."

Art. 49

„Instanța poate impune o pedeapsă inferioară pedepsei minime prevăzute de lege sau o sancțiune mai puțin severă:

- a) atunci când legea prevede reducerea pedepsei [precum în cazul art. 31 alin. 1 din cod];
- b) atunci când constată existența unor circumstanțe atenuante care indică faptul că scopul punitiv al sancțiunii poate fi atins printr-o pedeapsă mai puțin severă.”

Art. 50 alin. 1

„În cazul în care sunt îndeplinite condițiile care permit reducerea pedepsei vizate la art. 49 din prezentul cod, instanța reduce pedeapsa în următoarele limite:

- a) în cazul în care pedeapsa minimă prevăzută pentru fapta incriminată este de cel puțin zece ani de închisoare, pedeapsa poate fi redusă la cinci ani;

(...) »

Art. 173 alin. 1

„Orice persoană care, prin încălcarea normelor de drept internațional în vigoare în timpul unui război, unui conflict armat sau unei ocupații, ordonă sau comite (...) acte de tortură, (...) o luare de ostatici, (...) este pedepsită cu închisoarea de minim zece ani sau cu închisoarea de lungă durată.”

4. *Practicile în materie de aplicare a pedepselor*

29. În cauzele care privesc crime de război, instanțele entităților și Curtea de Stat au interpretat diferit principiile expuse la pct. 24 de mai sus. Cu puține excepții¹⁴, instanțele entităților aplică, în principiu, Codul din 1976. În ceea ce o privește, Curtea de Stat a aplicat inițial Codul din 2003 în toate cauzele, considerând că acesta era întotdeauna mai blând. În martie 2009, aceasta a început totuși să aplice o nouă abordare, care consta în stabilirea în fiecare caz în parte care dintre coduri era mai blând pentru autorul infracțiunii în cauză¹⁵. De atunci, aceasta aplică Codul din 1976 în cazurile cele mai puțin grave de crime de război¹⁶ și aplică în continuare Codul din 2003 în cazurile cele mai grave, care privesc fapte pasibile cu pedeapsa cu moartea în temeiul Codului din 1976¹⁷, și de fiecare dată când hotărăște că, dintr-un alt motiv, Codul din 2003 este mai favorabil pentru autorul infracțiunii¹⁸. Este necesar să se observe că această nouă abordare privește doar camerele de apel ale Curții de Stat; camerele de primă instanță au continuat să aplice Codul din 2003 în toate cauzele referitoare la crime de război. Conform cifrelor comunicate de Guvern (infra, pct. 63), camerele de apel au pronunțat douăzeci și una de decizii în cauze privind crime de război în perioada cuprinsă între martie 2009 (începutul aplicării de către Curtea de Stat a noii sale abordări) și noiembrie 2012. Acestea au aplicat Codul din 1976 în cinci cauze și Codul din 2003 în celelalte șaisprezece. Cu toate acestea, aplicarea de către o cameră de apel a Codului din 1976 nu a condus întotdeauna la o reducere a pedepsei (în două cauze¹⁹, camera de apel a impus, în temeiul Codului din 1976, aceeași pedeapsă precum cea pronunțată de camera de primă instanță în temeiul Codului din 2003; într-o cauză²⁰, aceasta a impus, în temeiul Codului din 1976, o pedeapsă mai severă decât cea aplicată de camera de primă instanță în temeiul Codului din 2003).

¹⁴. A se vedea, de exemplu, hotărârea *Vlahovljak* din septembrie 2008, în care Curtea Supremă a Federației Bosnia și Herțegovina a aplicat Codul din 2003.

¹⁵. Decizia X-KRŽ-06/299 din 25 martie 2009 (cauza *Kurtović*).

¹⁶. Deciziile X-KRŽ-09/847 din 14 iunie 2011 (cauza *Novalić*), X-KRŽ-07/330 din 16 iunie 2011 (cauza *Mihaljević*), S1 1 K 002590 11 Krž4 din 1 februarie 2012 (cauza *S.L.*), S1 1 K 005159 11 Kžk din 18 aprilie 2012 (cauza *Aškraba*) și S1 1 K 003429 12 Kžk din 27 iunie 2012 (cauza *Osmić*).

¹⁷. Deciziile X-KRŽ-06/431 din 11 septembrie 2009 (cauza *Kapić*) și X-KRŽ-07/394 din 6 aprilie 2010 (cauza *Đukić*).

¹⁸. Deciziile X-KRŽ-08/488 din 29 ianuarie 2009 (cauza *Vrdoljak*) și X-KRŽ-06/243 din 22 septembrie 2010 (cauza *Lazarević*).

¹⁹. Deciziile X-KRŽ-06/299 din 25 martie 2009 (cauza *Kurtović*) și S1 1 K 002590 11 Krž4 din 1 februarie 2012 (cauza *S.L.*).

²⁰. Decizia X-KRŽ-09/847 din 14 iunie 2011 (cauza *Novalić*).

5. Observații formulate de diverse instituții internaționale de apărare a drepturilor omului

30. Se pare că aplicarea descrisă la punctul precedent a unor coduri penale diferite în cauze privind crime de război a condus la practici diferite în materie de impunere a pedepselor. Conform unui raport publicat în 2008 de Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa (OSCE), intitulat *Moving towards a Harmonised Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina* (Către o aplicare armonizată a legislației aplicabile în cauzele privind crimele de război în fața instanțelor din Bosnia și Herțegovina), instanțele entităților impuneau, în general, pedepse mai blânde decât Curtea de Stat. Partea relevantă în speță a acestui raport are următorul conținut (traducerea grefei):

„Aplicarea unor coduri penale diferite conduce, de asemenea, la discrepanțe majore între pedepsele aplicate pentru crime de război de către instanțele de la nivelul statului, pe de o parte, și cele de la nivelul entităților, pe de altă parte. Această situație este rezultatul diferențelor considerabile care există între pedepsele aplicabile în temeiul acestor coduri. De exemplu, o instanță de la nivelul unei entități a condamnat un acuzat declarat vinovat de tratamente rele împotriva prizonierilor la o pedeapsă de un an și opt luni de închisoare, în vreme ce Curtea de Stat a condamnat un alt acuzat căruia i se reproșau acte similare la o pedeapsă de zece ani și jumătate de închisoare. În medie, pedepsele impuse de [Curtea de Stat] în cauze privind crime de război sunt aproape de două ori mai severe decât cele aplicate de instanțele entităților.”

31. Într-un raport din 2011 intitulat *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina* (Despre actul de justiție în Bosnia și Herțegovina), OSCE considera că aplicarea unor coduri penale diferite la nivelul statului, pe de o parte, și la nivelul entităților, pe de altă parte, putea fi problematică pentru unele tipuri de cauze privind crimele de război. Partea relevantă în speță a acestui raport este redactată după cum urmează (traducerea grefei):

„În mod cert, se poate admite că problema de a stabili ce cod penal trebuie aplicat în cauzele privind crime de război este apreciată în fiecare caz în parte. În multe cauze judecate de instanțele entităților, aplicarea Codului [din 1976] nu constituie o problemă gravă în practică. În general, aplicarea unor coduri diferite aduce atingere principiului egalității în fața legii în cauzele în care, în temeiul Codului [din 2003], instanța ar putea condamna acuzatul la o pedeapsă mai severă decât pedeapsa maximă de cincisprezece sau douăzeci de ani prevăzută de Codul [din 1976]. În aceste cauze, se poate afirma că aplicarea Codului [din 1976] nu permite instanțelor să impună o pedeapsă proporțională cu gravitatea infracțiunilor săvârșite și că, în plus, pedepsele nu sunt armonizate cu cele pronunțate în practică la nivel național. O altă categorie de cauze în care aplicarea Codului [din 1976] este problematică este cea a cauzelor în care conduita acuzatului intră mai degrabă sub incidența noțiunii de crimă împotriva umanității sau a teoriei răspunderii pentru executarea ordinelor, care sunt prevăzute în mod expres doar în Codul [de 2003].”

32. În *Observații finale privind al doilea raport periodic din Bosnia și Herțegovina* (CCPR/C/BIH/CO/2, 13 noiembrie 2012), Comitetul pentru drepturile omului al Organizației Națiunilor Unite a exprimat preocupări similare (la pct. 7):

„Deși apreciază eforturile statului de a soluționa cauzele privind crime de război, precum punerea în aplicare a Strategiei naționale de urmărire penală a faptelor care constituie crime de război, este totuși îngrijorat de ritmul lent în care progresează dosarele, în special în cauzele cu privire la acte de violență sexuală, și, din acest motiv, de faptul că victimele unor astfel de infracțiuni nu primesc niciun sprijin. Comitetul observă, de asemenea, cu îngrijorare că nu se iau măsuri pentru armonizarea jurisprudenței în cauzele privind crime de război între entități și că instanțele entităților aplică Codul penal, astăzi învechit, al fostei Republici Socialiste Federative Iugoslavia, care, între altele, nu conține definiții ale crimelor împotriva umanității, răspunderii superiorilor ierarhici, sclaviei sexuale și sarcinilor forțate. Comitetul se teme ca acest lucru să nu aducă atingere coerenței hotărârilor între entități (art. 2 și 14).

Statul parte ar trebui să accelereze urmărirea penală în cauzele privind crimele de război. De asemenea, acesta ar trebui să asigure în continuare sprijinul psihologic adecvat victimelor actelor de violență sexuală, în special în cursul desfășurării proceselor. În plus, acesta ar trebui să se asigure că autoritățile judecătorești din toate entitățile fac eforturi active pentru armonizarea jurisprudenței în cauzele privind crime de război și că nu se aplică vechiul cod penal al fostei Republici Socialiste Federative Iugoslavia în cazul acuzațiilor de crime de război, având în vedere că acesta nu recunoaște anumite infracțiuni ca și crime împotriva umanității.”

33. În *Avizul privind securitatea juridică și independența puterii judecătorești în Bosnia și Herțegovina* (Avizul nr. 648/2011 din 18 iunie 2012), Comisia de la Veneția a apreciat că, având în vedere existența mai multor ordini juridice diferite și fragmentarea sistemului judiciar, era dificil ca

Bosnia și Herțegovina să îndeplinească în special cerințele privind coerența legislației și jurisprudenței sale.

B. Curtea de Stat

34. În temeiul competențelor în situații de urgență, Biroul Înaltului Reprezentant a adoptat, la 12 noiembrie 2000, Legea din 2000 privind înființarea Curții de Stat²¹. Intrată în vigoare la 8 decembrie 2000, această lege a fost aprobată ulterior de Adunarea Parlamentară a Bosniei și Herțegovina.

35. În cadrul strategiei de încheiere a mandatului TPI, menționată la pct. 9 de mai sus, în cadrul Curții de Stat, au fost instituite camere competente să judece crime de război la începutul anului 2005. În cursul unei etape de tranziție, care s-a încheiat la 31 decembrie 2012, aceste camere aveau în componență judecători internaționali. Inițial, aceștia erau numiți de Biroul Înaltului Reprezentant în temeiul unui acord încheiat în 2004 cu autoritățile Bosniei și Herțegovina²², pentru un mandat de doi ani, care putea fi reînnoit. Pasajele relevante ale unei decizii standard de numire a unui judecător internațional se citesc după cum urmează:

„(...)

Luând act de recomandarea comună de numire a unui judecător internațional din data de 22 aprilie 2005, semnată de grefierul Secției I (crime de război) și Secției II (crimă organizată, criminalitate economică și corupție) ale Diviziei Penale și Diviziei de Apel ale [Curții de Stat], precum și a [secțiilor speciale din cadrul Biroului Procurorului Bosniei și Herțegovina], de către Președintele [Curții de Stat] și Președintele Consiliului Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina;

Înaltul Reprezentant pronunță prezenta decizie de numire a unui judecător internațional în Secția I (crime de război) a Diviziei Penale și a Diviziei de Apel din cadrul [Curții de Stat].

1. În conformitate cu art. 65 § 4, astfel cum a fost modificat, din [Legea din 2000 privind Curtea de Stat], este numit judecător internațional al Secției I (crime de război) a Diviziei Penale și a Diviziei de Apel a [Curții de Stat].

Pietro Spera

2. Mandatul inițial (...) are o durată de doi ani și poate fi reînnoit, în temeiul [Legii din 2000 privind Curtea de Stat]. [Judecătorul numit] are obligația de a locui în Bosnia și Herțegovina pe parcursul întregii perioade a mandatului său și nu poate exercita altă funcție incompatibilă cu atribuțiile sale judiciare sau susceptibilă să împiedice exercitarea acestora cu normă întreagă. Toate celelalte obligații privind exercitarea atribuțiilor judiciare, enunțate în [Legea din 2000 privind Curtea de Stat], se aplică în măsura în care sunt relevante (...)

3. Grefierul internațional al Secției I (crime de război) și al Secției II (crimă organizată, criminalitate economică și corupție) ale Diviziei Penale și Diviziei de Apel ale [Curții de Stat] și ale [secțiilor speciale ale parchetului] notifică Înaltul Reprezentant cu privire la orice fapt, în special cu privire la existența elementelor la care se face referire la alineatul 2 [de mai sus], de natură să împiedice [judecătorul numit] să își exercite mandatul. În cazul demisiei [judecătorului numit] sau al imposibilității acestuia de a-și exercita mandatul până la final, Înaltul Reprezentant numește un succesor pentru restul perioadei din mandatul menționat anterior.

4. În perioada mandatului său, [judecătorul numit] urmează toate programele de formare, în conformitate cu directivele Președintelui [Curții de Stat], și respectă toate normele deontologice stabilite de [Curtea de Stat].

5. [Judecătorul numit] își exercită atribuțiile în conformitate cu Constituția și cu legile Bosniei și Herțegovina, adoptă decizii pe baza cunoștințelor și competențelor sale, în mod conștiincios, responsabil și imparțial, astfel încât să consolideze statul de drept, și protejează drepturile și libertățile individuale garantate de Constituție și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Acesta face o declarație solemnă în fața Președintelui Consiliului Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina înainte de a ocupa funcția sa oficială, care are loc cel târziu la 6 mai 2005.

6. Prezenta decizie intră în vigoare imediat; este publicată fără amânare în Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina.”

²¹. O versiune consolidată a acestei legi a fost publicată în Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina nr. 49/09, modificările fiind publicate în nr. 74/09 și 97/09 ale Jurnalului Oficial.

²². Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina, Culegere de tratate internaționale, nr. 12/04, 7/05 și 8/06.

36. În septembrie 2006, Biroul Înaltului Reprezentant și Bosnia și Herțegovina au revizuit procedura de numire a judecătorilor internaționali în Curtea de Stat²³: de atunci, aceștia sunt numiți de către un organism profesional specializat, Consiliul Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina, tot pentru un mandat de doi ani, care poate fi reînnoit.

C. Competența în materia crimelor de război

37. Cauzele naționale privind crime de război pot fi împărțite în două categorii.

38. Cauzele vechi (adică cele care au făcut obiectul unei plângeri depuse înainte de 1 martie 2003) țin de competența instanțelor entităților dacă au dat naștere unui act de acuzare confirmat înainte de 1 martie 2003. În caz contrar, acestea rămân în continuare de competența instanțelor entităților, cu excepția cazului în care Curtea de Stat decide să preia astfel de cauze în temeiul criteriilor enunțate la pct. 40 de mai jos (art. 449 din Codul de procedură penală din 2003²⁴).

39. Cauzele recente (adică cele care au făcut obiectul unei plângeri depuse după 1 martie 2003) țin de competența Curții de Stat, care poate totuși să le transfere instanței competente a unei entități în temeiul criteriilor enunțate la pct. 40 de mai jos (art. 27 din Codul de procedură penală din 2003).

40. În conformitate cu Codul de norme privind examinarea crimelor de război (28 decembrie 2004)²⁵, Curtea de Stat avea, în principiu, competența de a soluționa: a) cauze care privesc acte de genocid, exterminare, crime multiple, viol și alte agresiuni sexuale grave săvârșite în mod sistematic (de exemplu, în lagăre), sclavie, tortură, persecutare sistematică și generalizată sau detenție în masă în lagăre; b) cauze în care persoanele acuzate erau foști sau actuali comandanți militari, conducători politici, membri ai sistemului judiciar sau șefi de poliție, comandanți de lagăr, persoane cunoscute pentru săvârșirea unor acte grave, în trecut sau în prezent, violatori recidiviști; c) cauze în care martorii au participat sau erau suspecți de participare la abuzuri; d) cauze în care exista un risc de intimidare a martorilor și e) cauze în care autorii abuzurilor trebuiau să fie judecați într-o regiune favorabilă sau în care autoritățile aveau interesul de a împiedica examinarea publică a infracțiunilor săvârșite. Toate celelalte crime de război țineau, în principiu, de competența instanțelor entităților. În decembrie 2008, autoritățile au adoptat Strategia națională privind crimele de război, în cadrul căreia erau prevăzute, între altele, noi criterii. Acestea sunt totuși aproape identice cu cele expuse anterior.

D. Redeschiderea unui proces penal

41. Art. 327 din Codul de procedură penală din 2003 prevede că un proces penal poate fi redeschis în favoarea acuzatului în cazul în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că au fost încălcate drepturi ale omului în cursul procesului și că verdictul se bazează pe aceste încălcări. Cererile de redeschidere a procesului nu sunt supuse niciunui termen. Acestea pot fi introduse chiar și după ce pedeapsa a fost deja executată (art. 329 alin. 2 din cod).

În temeiul art. 333 alin. 4 din cod, un nou proces nu poate conduce la modificarea verdictului inițial în detrimentul acuzatului (interdicția *reformatio in peius*).

E. Dreptul internațional umanitar

42. În temeiul Convențiilor de la Geneva din 1949 (a se vedea, de exemplu, art. 146 din Convenția privind protecția persoanelor civile în timp de război), Înaltele Părți Contractante trebuie să adopte toate măsurile legislative necesare pentru a stabili sancțiunile penale adecvate care trebuie aplicate persoanelor care au comis sau au ordonat comiterea oricăreia din infracțiunile grave definite în aceste convenții. În același timp, inculpații trebuie să beneficieze de garanții de procedură, de o apărare și un proces corespunzătoare, care nu sunt mai puțin favorabile decât cele prevăzute de Convenția de la Geneva privind tratamentul prizonierilor de război.

43. În temeiul art. 99 din Convenția privind tratamentul prizonierilor de război, niciun prizonier de război nu poate fi urmărit penal sau condamnat pentru un act care nu este interzis în mod expres de legislația statului deținător sau de dreptul internațional în vigoare la momentul comiterii actului respectiv. Norma privind neretroactivitatea infracțiunilor și pedepselor figurează, de asemenea, în termeni aproape identici, în Protocoalele Adiționale I [art. 75 alin. 4 c)] și II [art. 6 alin. 2 c)] din 1977. Art. 75 alin. 4 c) din Protocolul I este formulat după cum urmează:

²³. Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina, Culegere de tratate internaționale, nr. 93/06 și 3/07.

²⁴. Jurnalul Oficial al Bosniei și Herțegovina, nr. 3/03, 36/03, 32/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 și 93/09.

„Nicio persoană nu va fi acuzată sau condamnată pentru acțiuni sau omisiuni care nu constituiau o infracțiune în conformitate cu dreptul național sau internațional care îi era aplicabil în momentul săvârșirii acestora. De asemenea, nu i se va aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii. Dacă, ulterior acestei infracțiuni, legea prevede aplicarea unei pedepse mai blânde, autorul infracțiunii va beneficia de aceasta.

ÎN DREPT

I. Cu privire la pretinsa încălcare a art. 6 § 1 din Convenție

44. Invocând art. 6 § 1 din Convenție, primul reclamant, domnul Maktouf, se plânge de faptul că nu a beneficiat de un proces echitabil în fața unei instanțe independente. Acesta consideră că instanța în cauză nu era independentă în sensul respectivei dispoziții, în special deoarece doi dintre membrii acesteia au fost numiți de Biroul Înaltului Reprezentant pentru un mandat de doi ani, reînnoibil. Pasajele relevante din art. 6 § 1 sunt formulate astfel:

„Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil [...] a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî [...] asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. (...)”

A. Argumentele părților

1. Guvernul

45. Pe baza deciziei *Berić și alții împotriva Bosniei și Herțegovina* (nr. 36357/04 și altele, CEDO 2007-XII), Guvernul susține că Bosnia și Herțegovina nu poate fi considerată responsabilă pentru comportamentul Înaltului Reprezentant. Prin urmare, acesta solicită Curții să declare acest capăt de cerere inadmisibil din motive de incompatibilitate *ratione personae* cu dispozițiile Convenției. Acesta adaugă că, deși Curtea avea competența *ratione personae* de a se pronunța cu privire la acest capăt de cerere, trebuia să fie declarat în mod vădit nefondat. În această privință, susține că această Convenție nu impune numirea pe viață a judecătorilor, astfel cum se ilustrează în cauza *Sramek împotriva Austriei* (22 octombrie 1984, seria A nr. 84), în care Curtea a considerat că era suficient un mandat de trei ani, reînnoibil. Acesta adaugă că membrii internaționali ai Curții de Stat au fost numiți judecători în țara lor de origine de către organe independente și ulterior detașați la Curtea de Stat în cadrul unei acțiuni de asistență internațională acordată Bosniei și Herțegovina, devastată de război.

2. Reclamantul

46. Reclamantul răspunde acestor argumente că Bosnia și Herțegovina este obligată să își organizeze sistemul juridic astfel încât să garanteze independența puterii judecătorești. Acesta consideră că, deși se ține seama de posibilitatea reînnoirii prevăzute, durata scurtă (doi ani) a mandatului judecătorilor internaționali dă naștere unor îndoieli serioase cu privire la capacitatea acestora de a pronunța decizii în mod total independent. Acesta adaugă, fără a cita referințe precise, că, în temeiul unor criterii admise în mod comun, mandatele cu o durată mai scurtă de șase ani nu oferă o garanție suficientă de independență a judecătorilor. În plus, acesta subliniază că judecătorii internaționali ai Curții de Stat erau numiți, la vremea respectivă, de Biroul Înaltului Reprezentant, organ care, în opinia sa, poate fi comparat cu un guvern național. Ținând seama de aceste elemente, reclamantul concluzionează că instanța care l-a judecat nu era independentă în sensul art. 6 § 1 din Convenție.

3. Terțul intervenient

47. În observațiile sale din noiembrie 2012, Biroul Înaltului Reprezentant declară că prezența judecătorilor internaționali în cadrul Curții de Stat avea ca scop favorizarea independenței și imparțialității acestei instanțe, precum și a transferului competențelor juridice necesare. Acesta precizează, de asemenea, că deciziile sale privind numirea judecătorilor internaționali era o formalitate, datorită faptului că, înainte de sfârșitul anului 2006, nu exista nicio autoritate internă competentă pentru a numi magistrați străini (supra, pct. 36). În ceea ce privește durata mandatului judecătorilor, aceasta se datora restricțiilor de finanțare privind repartizarea membrilor străini ai instanțelor judecătorești, proiecțiile și restricțiile bugetare împiedicând, la vremea respectivă, garantarea finanțării acestor posturi pentru o perioadă mai lungă de doi ani. În cele din urmă, acesta

declară că mandatele judecătorilor internaționali erau reglementate în mod corespunzător și că judecătorii în cauză nu puteau fi demiși din funcție în mod arbitrar.

B. Motivarea Curții

48. Curtea remarcă, în primul rând, că înființarea în cadrul Curții de Stat a unor camere specializate în cauze privind crime de război, alcătuite atât din judecători naționali, cât și din judecători internaționali, a fost o inițiativă a unor instituții internaționale (supra, pct. 9). Cu toate acestea, nu are obligația să stabilească, în speță, dacă statul pârât poate totuși să fie considerat responsabil de pretinsa încălcare a art. 6 § 1 din Convenție, având în vedere că acest capăt de cerere este, în orice caz, în mod vădit nefondat, pentru motivele precizate mai jos.

49. Cu titlu de observație generală, Curtea reamintește că, atunci când a trebuit să stabilească, în cauzele precedente, dacă un organism putea fi considerat sau nu „independent” – în special în ceea ce privește executivul și părțile în cauză – aceasta a ținut seama de factori precum modalitatea de desemnare și durata mandatului membrilor săi, existența unei protecții împotriva presiunilor externe și aspectul stabilirii dacă organismul este independent, în aparență (a se vedea, de exemplu, *Campbell și Fell împotriva Regatului Unit*, 28 iunie 1984, pct. 78, seria A nr. 80, și *Brudnicka și alții împotriva Poloniei*, nr. 54723/00, pct. 38, CEDO 2005-II). Inamovibilitatea judecătorilor în timpul mandatului lor este considerată, în general, un corolar al independenței lor și, prin urmare, inclusă în cerințele de la art. 6 § 1 (*Campbell și Fell*, citată anterior, pct. 80). Chiar dacă noțiunea de separare a puterilor executivă și judecătorească a căpătat o importanță tot mai mare în jurisprudența Curții [*Stafford împotriva Regatului Unit* (MC), nr. 46295/99, pct. 78, CEDO 2002-IV], numirea judecătorilor de către executiv sau organul legislativ este admisibilă, cu condiția ca judecătorii astfel numiți să fie liberi de orice presiune sau influență atunci când își exercită rolul judecătoresc [*Flux împotriva Moldovei* (nr. 2), nr. 31001/03, pct. 27, 3 iulie 2007].

50. Revenind la prezenta cauză, Curtea remarcă faptul că nu este contestată independența membrului național al completului care a judecat reclamantul. În ceea ce privește membrii internaționali ai acestui complet, Curtea consideră că nu există motive pentru a se îndoii că aceștia erau independenți față de organele politice ale Bosniei și Herțegovina și părțile în cauză. Numirea lor era într-adevăr motivată în special de dorința de a consolida aparența de independență a camerelor Curții de Stat însărcinate cu judecarea crimelor de război (având în vedere că, după încheierea războiului, în rândul populației au persistat prejudecăți și o animozitate interetnică) și de a restabili încrederea publicului în sistemul judiciar național.

51. Curtea nu a identificat nici motive pentru a se îndoii că membrii internaționali ai Curții de Stat erau independenți față de Biroul Înaltului Reprezentant, chiar dacă fuseseră numiți de acesta. Deciziile de numire au fost într-adevăr adoptate pe baza unor recomandări din partea celor mai marcante personalități judiciare ale țării (a se vedea decizia citată la pct. 35 de mai sus) și, asemenea judecătorilor naționali, a căror independență nu este contestată, judecătorii internaționali aveau obligația, odată ce erau numiți, să dea o declarație solemnă în fața Consiliului Superior al Magistraturii din Bosnia și Herțegovina și să își exercite atribuțiile judiciare în conformitate cu dreptul național și să respecte normele deontologice stabilite de Curtea de Stat. Toate obligațiile privind exercitarea atribuțiilor judiciare, astfel cum sunt enunțate în Legea din 2000 privind Curtea de Stat, se aplica acestora prin analogie (supra, pct. 35). În plus, acești judecători erau magistrați profesioniști în țările de origine respective și erau detașați la Curtea de Stat, ceea ce constituia o garanție suplimentară împotriva presiunilor externe. În mod cert, mandatul lor era relativ scurt, dar acest lucru este de înțeles, având în vedere natura provizorie a prezenței membrilor internaționali la Curtea de Stat și modul de funcționare a detașărilor internaționale.

52. În acest context, Curtea nu a identificat motive pentru a contesta concluzia la care a ajuns Curtea Constituțională a Bosniei și Herțegovina în această cauză, conform căreia Curtea de Stat era independentă în sensul art. 6 § 1 din Convenție (supra, pct. 15; a se vedea, *a contrario*, *Henryk Urban și Ryszard Urban împotriva Poloniei*, nr. 23614/08, pct. 45-53, 30 noiembrie 2010).

53. Prin urmare, Curtea consideră că acest capăt de cerere este în mod vădit nefondat și trebuie să fie respins în temeiul art. 35 § 3 a) și art. 35 § 4 din Convenție.

II. Cu privire la pretinsa încălcare a art. 7 din Convenție

54. În temeiul art. 7 din Convenție, cei doi reclamânți se plâng de faptul că li s-a aplicat o lege penală mai severă decât cea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunilor pentru care au fost găsiți vinovați. Art. 7 este redactat după cum urmează:

„1. Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârșită, nu constituia o infracțiune, potrivit dreptului național sau internațional. De

asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii.

2. Prezentul articol nu va aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune care, în momentul săvârșirii sale, era considerată infracțiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate.”

A. Observație preliminară

55. Încălcărilor grave ale dreptului internațional umanitar care țin de competența Curții de Stat pot fi clasificate în două categorii. Anumite infracțiuni, în special crimele împotriva umanității, au fost introduse în dreptul național abia începând din 2003. În cazul faptelor care fac parte din această categorie, Curtea de Stat și instanțele entităților nu au altă opțiune decât să aplice Codul penal din 2003 (a se vedea documentele internaționale citate la pct. 31 și 32 de mai sus). În această privință, Curtea reamintește că, în cauza *Šimšić împotriva Bosniei și Herțegovina* [(dec.), nr. 51552/10, 10 aprilie 2012], în care reclamantul se plânga că, în 2007, a fost recunoscut vinovat de crime împotriva umanității pentru acte săvârșite în 1992, a examinat acest capăt de cerere, în special din perspectiva art. 7 din Convenție, și l-a declarat în mod vădit nefondat, considerând că nu avea relevanță faptul că aceste crime împotriva umanității nu constituiau infracțiuni în conformitate cu dreptul național în cursul războiului din perioada 1992-1995, deoarece, la acea vreme, acestea constituiau în mod clar infracțiuni în temeiul dreptului internațional. În schimb, crimele de război comise de reclamantul în speță constituiau infracțiuni în temeiul dreptului național în momentul săvârșirii lor. Prin urmare, prezenta cauză ridică probleme total diferite de cele din cauza *Šimšić*.

B. Cu privire la admisibilitate

56. Guvernul susține că capătul de cerere al domnului Damjanović trebuie declarat inadmisibil, deoarece persoana în cauză nu a introdus o acțiune constituțională în termenul prevăzut. Acesta nu ridică nicio obiecție în ceea ce privește admisibilitatea capătului de cerere al domnului Maktouf.

57. Domnul Damjanović răspunde că o procedură în fața Curții Constituționale nu ar fi reprezentat o cale de atac efectivă în privința capătului său de cerere, deoarece o astfel de procedură nu prezenta, în opinia sa, perspective rezonabile de reușită (în acest sens, se bazează pe decizia pronunțată de Curtea Constituțională în cauza *Maktouf*, în care înalta instanță a constatat că nu a fost încălcat art. 7, și pe alte cauze ulterioare în care a fost aplicat același raționament).

58. Curtea reamintește că regula privind epuizarea căilor de atac interne, enunțată la art. 35 § 1 din Convenție, impune reclamantilor obligația de a utiliza în primul rând căile de atac oferite de sistemul juridic național. Statele nu sunt așadar obligate să răspundă pentru actele lor în fața Curții Europene înainte de a fi avut posibilitatea remedierii situației în ordinea lor juridică internă. Această regulă se bazează pe ipoteza conform căreia ordinea internă oferă o cale de atac efectivă în ceea ce privește pretinsa încălcare. Guvernul, care invocă neepuizarea căilor de atac, are obligația de a convinge Curtea de faptul că era disponibilă o cale de atac efectivă, atât în teorie, cât și în practică, la momentul faptelor, adică aceasta era accesibilă și îi putea oferi reclamantului o reparație efectivă și suficientă în privința capetelor sale de cerere. Totuși, odată demonstrat acest lucru, reclamantul are obligația de a stabili că respectiva cale de atac evocată de Guvern a fost într-adevăr utilizată sau că, dintr-un motiv oarecare, nu era nici adecvată, nici efectivă în circumstanțele specifice cauzei, sau că anumite circumstanțe îl scuteau pe reclamant de exercitarea acesteia [a se vedea, între alte autorități, *Akdivar și alții împotriva Turciei*, 16 septembrie 1996, pct. 65-69, *Culegere de hotărâri și decizii* 1996-IV, *Mirazović împotriva Bosniei și Herțegovina* (dec.), nr. 13628/03, 6 mai 2006, și *Scoppola împotriva Italiei* (nr. 2) (MC), nr. 10249/03, pct. 68-71, 17 septembrie 2009].

59. Curtea observă că, la 30 martie 2007, Curtea Constituțională a Bosniei și Herțegovina a concluzionat, în cauza *Maktouf*, în care circumstanțele erau aproape identice cu cele din cauza *Damjanović*, că nu a fost încălcat art. 7 din Convenție și că, de atunci, a aplicat același raționament în numeroase cauze. În fapt, Guvernul nu a prezentat nicio decizie în care Curtea Constituțională a constatat încălcarea art. 7 într-o cauză similară. În plus, în cauza *Damjanović*, Curtea de Stat a citat decizia pronunțată de Curtea Constituțională în cauza *Maktouf*.

60. Prin urmare, Curtea concluzionează că o acțiune constituțională nu ar fi prezentat perspective rezonabile de reușită în ceea ce privește capătul de cerere formulat de domnul Damjanović în temeiul art. 7 din Convenție. În consecință, respinge excepția ridicată de Guvern în această privință. Constatând că acest capăt de cerere nu este în mod vădit nefondat în sensul art. 35 § 3 lit. a) din Convenție și că nu prezintă niciun alt motiv de inadmisibilitate, Curtea îl declară admisibil.

C. Cu privire la fond

1. Argumentele părților

a) Reclamanții

61. Reclamanții afirmă că interdicția de aplicare retroactivă a dreptului penal în defavoarea acuzatului este o regulă consacrată atât în dreptul internațional, cât și în dreptul național. Aceștia consideră că nu ar fi trebuit să li se aplice Codul penal din 2003, având în vedere că acesta este mai sever decât cel din 1976 în ceea ce privește pedepsele minime aplicabile faptelor care constituie crime de război. Citând în sprijinul aceste teze câteva cauze în care Curtea de Stat a considerat că acel Cod din 1976 era mai blând (supra, pct. 29), aceștia reproșează instanței faptul că nu a aplicat acel cod în mod consecvent. De altfel, aceștia consideră că aceste condamnări au fost pronunțate doar în temeiul dreptului național și că, prin urmare, referirea pe care Guvernul a făcut-o la „principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate”, în sensul art. 7 § 2, este înșelătoare. Ei susțin că ar trebui să se facă distincție între cauza lor și cele evocate de Guvern și de terțul intervenient [*S.W. împotriva Regatului Unit*, 22 noiembrie 1995, seria A nr. 335-B, și *Streletz, Kessler și Krenz împotriva Germaniei* (MC), nr. 34044/96, 35532/97 și 44801/98, CEDO 2001-II]. În special cauza *S.W.* privea un fenomen de elaborare progresivă a dreptului penal prin intermediul unei linii jurisprudențiale care s-a dezvoltat pe parcursul mai multor ani, încercând să țină seama de evoluția societății. Această situație era în mod clar diferită de adoptarea unei noi legi care prevedea pedepse mai severe pentru anumite infracțiuni, precum în speță. Reclamanții adaugă că ar trebui ca statele să nu își modifice legislația ca urmare a unui eveniment pentru a pedepsi persoanele care au participat la acesta, oricât de criticabile ar fi actele comise.

b) Guvernul

62. Citând decizia *Karmo împotriva Bulgariei* (nr. 76965/01, 9 februarie 2006), Guvernul susține că versiunea Codului penal din 2003 era mai favorabilă în privința reclamanților decât cea a Codului penal din 1976, deoarece nu prevedea pedeapsa cu moartea. Acesta argumentează că aceeași opinie a fost exprimată și de Curtea Constituțională a Bosniei și Herțegovina în speță (supra, pct. 15). Adaugă că, deși Codul din 2003 nu a fost mai favorabil în privința reclamanților, era totuși justificată aplicarea sa în speță, din următoarele motive. În primul rând, art. 7 § 2 din Convenție prevedea o excepție de la principiul neretroactivității infracțiunilor și pedepselor enunțat la art. 7 § 1 (în sprijinul acestei teze, Guvernul a citat decizia *Naletilić împotriva Croației*, nr. 51891/99, CEDO 2000-V). Cu alte cuvinte, conform Guvernului, dacă o acțiune constituia o infracțiune la momentul săvârșirii sale, atât în temeiul „principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate”, cât și conform dreptului național, ar putea fi impusă o pedeapsă mai severă decât cea aplicabilă în dreptul național la momentul faptelor. Or, era clar că actele săvârșite de reclamanți în prezenta cauză constituiau infracțiuni în temeiul „principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate”. Prin urmare, principiul privind neretroactivitatea pedepselor nu se aplica în cazul lor și ar fi fost posibil să li se impună orice pedeapsă. În al doilea rând, interesul justiției impunea ca în prezenta cauză să nu se țină seama de principiul neretroactivității (în această privință, Guvernul face trimitere la hotărârile *S.W.* și *Streletz, Kessler și Krenz*, citate anterior, și la obligația prevăzută de dreptul național umanitar de a pedepsi în mod corespunzător autorii crimelor de război). În fapt, Guvernul consideră că acest principiu nu trebuie să fie aplicat cu rigiditate, anumite situații istorice impunând, în opinia sa, aplicarea mai flexibilă a acestuia, astfel încât să nu se aducă atingere principiului echității.

63. În ceea ce privește problema stabilirii dacă practica Curții de Stat a fost modificată în materia aplicării pedepselor în cauze privind crime de război, Guvernul admite că și Codul din 1976 a fost aplicat de mai multe ori din luna martie 2009 (supra, pct. 29). Acesta afirmă că totuși Codul din 2003 este aplicat în majoritatea cauzelor. Astfel, Curtea de Stat a pronunțat 102 decizii în perioada martie 2009 – noiembrie 2012 (59 în camerele de primă instanță și 43 în camerele de apel). În aceste decizii, camerele de primă instanță au aplicat întotdeauna Codul din 2003, iar camerele de apel l-au aplicat în toate cauzele privind crime împotriva umanității și de genocid. În cauzele privind crime de război, camere de apel au aplicat Codul din 1976 în cinci cauze și Codul din 2003 în șaisprezece cauze. Guvernul dezaprobă abordarea adoptată în cele cinci cauze menționate anterior și consideră că ar fi trebuit ca în toate cauzele privind crime de război să fie aplicat Codul din 2003 de către Curtea de Stat.

c) Terții intervenienți

64. Observațiile comunicate de Biroul Înaltului Reprezentant în noiembrie 2012 merg pe aceeași linie ca și cele ale Guvernului. În special, Biroul Înaltului Reprezentant apreciază, asemenea Guvernului, că actele săvârșite de reclamanți în prezenta cauză constituiau infracțiuni în temeiul

"principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate" și că, în consecință, norma privind neretroactivitatea pedepselor nu se aplică în speță. Acesta subliniază, de asemenea, că, deși, în prezenta cauză, a fost aplicat Codul din 2003, pedepsele reclamanților intră atât în sfera de aplicare a Codului din 1976, cât și în cea a Codului din 2003. În cele din urmă, acesta face trimitere la *Observațiile finale privind al doilea raport periodic din Bosnia și Herțegovina* ale Comitetului pentru drepturile omului al Organizației Națiunilor Unite (CCPR/C/BIH/CO/1), citate la pct. 32 de mai sus.

2. Motivarea Curții

65. Curtea reamintește, în primul rând, că nu are sarcina de a examina *in abstracto* aspectul de a stabili dacă aplicarea retroactivă a Codului din 2003 în cauzele privind crime de război este, în sine, incompatibilă cu art. 7 din Convenție. Acest aspect trebuie examinat în fiecare caz în parte, ținând seama de circumstanțele specifice fiecărei cauze și, în special, de problema dacă instanțele interne au aplicat legea cu dispozițiile cele mai favorabile acuzatului (*Scoppola*, citată anterior, pct. 109).

66. Principiile generale referitoare la art. 7 au fost reamintite recent în cauza *Kononov împotriva Letoniei* [(MC), nr. 36376/04, pct. 185, CEDO 2010]:

„Garanția consacrată la art. 7, element esențial al statului de drept, ocupă un loc primordial în sistemul de protecție al Convenției, astfel cum o atestă faptul că art. 15 nu autorizează nicio derogare în caz de război sau alt pericol public. Astfel cum decurge din obiectul și scopul său, acesta trebuie să fie interpretat și aplicat astfel încât să fie asigurată o protecție efectivă împotriva urmăririi penale, condamnărilor și sancțiunilor arbitrare. Prin urmare, art. 7 nu se limitează la a interzice aplicarea retroactivă a dreptului penal în defavoarea acuzatului: acesta consacră totodată, la modul mai general, principiul legalității infracțiunilor și a pedepselor (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) și cel care dispune să nu se aplice legea penală în mod extensiv în detrimentul acuzatului, mai ales prin analogie. Rezultă că o infracțiune trebuie să fie definită clar de lege. Această condiție este îndeplinită în cazul în care justițiabilul poate ști, pornind de la textul dispoziției relevante și, dacă este necesar, prin intermediul interpretării acesteia de către instanțe, ce acte și omisiuni angajează răspunderea sa penală.

Noțiunea de „drept” („law”) utilizată la art. 7 corespunde celei de „lege” care figurează în alte articole ale Convenției și cuprinde dreptul scris și nescris, implicând condiții calitative, printre care cele privind accesibilitatea și previzibilitatea. În ceea ce privește previzibilitatea, Curtea reamintește că, oricât de clar ar fi redactat textul unei dispoziții legale, în orice sistem juridic, inclusiv dreptul penal, inevitabil există un element de interpretare judecătorească. Întotdeauna va exista necesitatea de elucidare a aspectelor îndoielnice și de adaptare la schimbările de situație. De altfel, în tradiția juridică a anumitor state părți la Convenție este consacrat faptul că jurisprudența, ca sursă de drept, contribuie în mod necesar la evoluția progresivă a dreptului penal. Art. 7 din Convenție nu poate fi interpretat ca interzicând clarificarea graduală a normelor privind răspunderea penală prin interpretarea judecătorească a fiecărei cauze în parte, cu condiția ca rezultatul să fie concordant cu substanța infracțiunii și previzibil în mod rezonabil [*Streletz, Kessler și Krenz împotriva Germaniei* (MC), nr. 34044/96, 35532/97 și 44801/98, pct. 50, CEDO 2001-II, *K.-H.W. împotriva Germaniei* (MC), nr. 37201/97, pct. 85, CEDO 2001-II, *Jorgic împotriva Germaniei*, nr. 74613/01, pct. 101-109, CEDO 2007-IX, și *Korbely împotriva Ungariei* (MC), nr. 9174/02, pct. 69-71, 19 septembrie 2008].

67. În ceea ce privește prezenta cauză, Curtea observă că definiția crimelor de război este aceeași la art. 142 alin. 1 din Codul penal din 1976, care era aplicabil la momentul săvârșirii infracțiunilor, și la art. 173 alin. 1 din Codul penal din 2003, care a fost aplicat retroactiv în prezenta cauză (supra, pct. 26 și 28). În plus, reclamanții nu neagă faptul că actele lor constituiau infracțiuni definite cu suficientă accesibilitate și previzibilitate la momentul săvârșirii acestora. Legalitatea verdictului de vinovăție nu este așadar în cauză aici.

68. Cu toate acestea, Curtea observă, de asemenea, că ambele coduri penale prevăd game diferite de pedepse pentru crimele de război. În temeiul Codului din 1976, crimele de război erau pedepsite cu închisoare de la cinci la cincisprezece ani sau, pentru cazurile mai grave, era aplicată pedeapsa cu moartea (art. 142 alin. 1 coroborat cu art. 37 alin. 2 și 38 alin. 1 din cod). Putea fi impusă și o pedeapsă de douăzeci de ani de închisoare în locul pedepsei cu moartea (art. 38 alin. 2). Complicii la crimele de război, precum domnul Maktouf, trebuiau pedepsiți ca și cum ei înșiși ar fi fost autorii crimelor în cauză, dar pedeapsa lor putea fi, de asemenea, redusă la un an de închisoare (art. 42 coroborat cu art. 24 alin. 1 și art. 43 alin. 1). În temeiul Codului din 2003, crimele de război sunt pedepsite cu închisoare de la zece la douăzeci de ani sau, pentru cazurile mai grave, cu închisoare de lungă durată de la douăzeci la patruzeci și cinci de ani (art. 173 alin. 1 coroborat cu art. 42 alin. 1 și 2). Complicii la crimele de război, precum domnul Maktouf, trebuie pedepsiți ca și cum ei înșiși ar fi fost autorii crimelor în cauză, dar pedeapsa lor poate fi redusă la cinci ani de închisoare (art. 49 coroborat cu art. 31 alin. 1 și 50 alin. 1). Precizând că pedeapsa persoanei în cauză trebuia redusă la minimum

posibil (supra, pct. 14), Curtea de Stat l-a condamnat pe domnul Maktouf la cinci ani de închisoare, pedeapsa minimă prevăzută de Codul din 2003. Dacă aceasta ar fi aplicat Codul din 1976, l-ar fi putut condamna la un an de închisoare. În ceea ce îl privește pe domnul Damjanović, acesta a fost condamnat la o pedeapsă de unsprezece ani de închisoare, puțin mai mare decât pedeapsa minimă de zece ani. Dacă ar fi aplicat Codul din 1976, Curtea de Stat ar fi putut să impună o pedeapsă de numai cinci ani.

69. În ceea ce privește argumentul Guvernului conform căruia Codul din 2003 era mai favorabil reclamantilor decât Codul din 1976 având în vedere că nu prevedea pedeapsa cu moartea, Curtea observă că doar cazurile cele mai grave de crime de război erau pasibile de pedeapsa cu moartea în temeiul Codului din 1976 (supra, pct. 26). Ținând seama de faptul că niciunul dintre reclamanti nu a fost găsit responsabil penal pentru vreun deces, infracțiunile pentru care au fost condamnați nu intrau, în mod evident, în această categorie. Într-adevăr, astfel cum a observat Curtea anterior, domnului Maktouf i s-a aplicat pedeapsa cea mai blândă posibilă în temeiul Codului din 2003 și domnului Damjanović o pedeapsă doar puțin mai mare decât pedeapsa minimă prevăzută de același cod pentru crimele de război. În aceste condiții, este deosebit de important să se stabilească în speță care cod era mai favorabil în ceea ce privește pedeapsa minimă și fără îndoială că era vorba despre cel din 1976. De altfel, o asemenea abordare a fost adoptată cel puțin de anumite camere de apel ale Curții de Stat în cauze recente (supra, pct. 29).

70. Este adevărat că pedepsele impuse reclamantilor în speță intrau atât în sfera de aplicare a Codului penal din 1976, cât și în cea a Codului penal din 2003. Prin urmare, nu se poate afirma cu certitudine că unuia sau altuia i s-ar fi aplicat o pedeapsă mai blândă în cazul în care ar fi fost aplicat vechiul cod în loc de cel nou (a se vedea, *a contrario*, *Jamil împotriva Franței*, 8 iunie 1995, seria A nr. 317-B, *Gabbari Moreno împotriva Spaniei*, nr. 68066/01, 22 iulie 2003, și *Scoppola*, citată anterior). Totuși, este crucial faptul că persoanele în cauză ar fi putut primi pedepse mai blânde în cazul în care li s-ar fi aplicat Codul din 1976. Astfel cum a evidențiat Curtea la pct. 65 de mai sus, Curtea de Stat a precizat, atunci când a pronunțat pedeapsa domnului Maktouf, că această pedeapsă trebuia să fie redusă la nivelul minim stabilit de Codul din 2003. De asemenea, domnului Damjanović i s-a aplicat o pedeapsă apropiată de cea minimă. În plus, trebuie să se observe că, în abordarea adoptată în anumite cauze mai recente privind crime de război (supra, pct. 29), camerele de apel ale Curții de Stat, considerând că era necesară aplicarea celor mai favorabile dispoziții pentru stabilirea pedepselor, au ales să utilizeze Codul din 1976 mai degrabă decât Codul din 2003. Prin urmare, având în vedere că există posibilitatea reală ca aplicarea retroactivă a Codului din 2003 să fi fost în detrimentul reclamantilor în ceea ce privește impunerea pedepselor, nu se poate afirma că aceștia au beneficiat, în conformitate cu art. 7 din Convenție, de garanții efective împotriva impunerii unei pedepse mai severe. Curtea nu poate accepta teza Guvernului conform căreia, în cauza *Karmo* (decizia citată anterior), există elemente relevante pentru aprecierea prezentei cauze. Cele două cauze sunt foarte diferite una de cealaltă. În vreme ce reclamantii în speță au fost condamnați la pedepse cu închisoarea relativ scurte, reclamantul în cauza *Karmo* fusese condamnat la moarte. În această ultimă cauză, se pune problema stabilirii dacă transformarea acestei pedepse într-o pedeapsă cu închisoarea pe viață era contrară art. 7, în urma abolirii pedepsei cu moartea în 1998. Curtea a considerat că nu era cazul și a respins capătul de cerere întemeiat pe art. 7 ca fiind în mod vădit nefondat.

71. Curtea nu poate subscrie nici la argumentul Guvernului conform căruia în cazul în care, în momentul săvârșirii sale, o acțiune constituia o infracțiune în temeiul „principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate”, în sensul art. 7 din Convenție, nu se aplică norma privind neretroactivitatea infracțiunilor și pedepselor. Acest argument nu este concordant cu lucrările pregătitoare, din care reiese că se poate considera că art. 7 § 1 conține regula generală privind neretroactivitatea și că art. 7 § 2 reprezintă doar o clarificare contextuală a aspectului referitor la răspundere al acestei reguli, adăugat pentru a înlătura orice îndoială privind validitatea urmăririi penale inițiate după al Doilea Război Mondial împotriva autorilor atrocităților comise în timpul acestui război (*Kononov*, citat anterior, pct.186). Astfel, este clar că autorii Convenției nu aveau intenția de a permite vreo excepție generală de la norma privind neretroactivitatea. De altfel, Curtea a declarat în mai multe cauze că ambele alineate ale art. 7 erau legate și era necesar să facă obiectul unei interpretări concordante [a se vedea, de exemplu, *Tess împotriva Letoniei* (dec.), nr. 34854/02, 12 decembrie 2002, și *Kononov*, citată anterior, pct.186].

72. În plus, Curtea nu poate admite referirea făcută în această privință de Guvern la cauzele *S.W.* și *Streletz, Kessler și Krenz* (cite anterior). Prezentă cauză nu privește o chestiune de elaborare progresivă a dreptului penal prin intermediul unei interpretări judecătorești, precum în cauza *S.W.* Și nici nu are legătură cu o practică a statului care nu este conformă cu dreptul său scris sau nescriș. În cauza *Streletz, Kessler și Krenz*, actele reclamantilor constituiau, în momentul comiterii lor, infracțiuni definite cu suficientă accesibilitate și previzibilitate de dreptul penal al Republicii Democrate Germane, dar dispozițiile corespunzătoare rămăseseră neaplicate până la schimbarea regimului în 1990.

73. Curtea consideră că nu este necesară examinarea detaliată a argumentului suplimentar al Guvernului, conform căruia obligația prevăzută de dreptul internațional umanitar de a sancționa în mod corespunzător crimele de război impuneau ca în speță să nu se țină seama de norma privind neretroactivitatea infracțiunilor și pedepselor. Este suficient să se observe că această regulă figurează, de asemenea, în Convențiile de la Geneva și în Protocoalele Adiționale la acestea (supra, pct. 43). În plus, având în vedere că pedepsele reclamanților intrau sub incidența atât a Codului din 1976, cât și a Codului penal din 2003, Curtea consideră în mod vădit nefondat argumentul Guvernului conform căruia vechiul cod nu ar fi permis pedepsirea persoanelor în cauză în mod corespunzător.

74. În cele din urmă, deși Curtea admite că, astfel cum susține Guvernul, statele au libertatea de a lua decizii cu privire la propria politică penală [*Achour împotriva Franței* (MC), nr. 67335/01, pct. 44, CEDO 2006-IV, și *Ould Dah împotriva Franței* (dec.), nr. 13113/03, CEDO 2009], este la fel de adevărat că acestea au totodată obligația de a respecta normele enunțate la art. 7.

D. Concluzie

75. În consecință, Curtea consideră că a fost încălcat art. 7 din Convenție în circumstanțele specifice prezentei cauze. Această concluzie trebuie să fie înțeleasă ca indicând pur și simplu faptul că, în ceea ce privește stabilirea pedepselor, reclamanților ar fi trebuit să li se aplice dispozițiile Codului din 1976 și nu faptul că ar fi trebuit să fie impuse pedepse mai blânde.

III. Cu privire la capătul de cerere privind discriminarea

76. În cele din urmă, reclamanții susțin, fără să ofere detalii, că faptul că respectivele cauze ale acestora au fost judecate de Curtea de Stat, în vreme ce multe alte cauze privind crime de război au fost judecate de instanțele entităților, presupune încălcarea art. 14 din Convenție și/sau a art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție.

Art. 14 este redactat după cum urmează:

„Exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de [...] Convenție trebuie să fie asigurată fără nicio deosebire bazată, în special, pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație.”

Art. 1 din Protocolul nr. 12 prevede:

„1. Exercitarea oricărui drept prevăzut de lege trebuie să fie asigurată fără nicio discriminare bazată, în special, pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație.

2. Nimeni nu va fi discriminat de o autoritate publică pe baza oricăruia dintre motivele menționate în § 1.”

77. Guvernul solicită Curții să urmeze jurisprudența sa în cauza *Šimšić* (decizie citată anterior). Acesta consideră că repartizarea cauzelor privind crime de război între Curtea de Stat și instanțele entităților nu era arbitrară, ci era efectuată de Curtea de Stat pe baza unor criterii obiective și rezonabile. Acesta explică faptul că respectiva cauză Maktouf era una din primele cauze referitoare la crime de război comise de un *mujahedin* străin (TPI a abordat această problemă prima dată în 2006 în cauza *Hadžihasanović și Kubura*), că, în plus, decapitățile săvârșite în cadrul unor ritualuri în taberele mujahedinilor alarmaseră populația locală și că, prin urmare, aveau un caracter sensibil și complex. Acesta adaugă că și cauza domnului Damjanović avea un caracter sensibil, având în vedere că privea acte de tortură săvârșite asupra unui număr mare de victime, că transferul acestei cauze la Curtea de Stat fusese motivat și de faptul că riscul de intimidare a martorilor era mai mare la nivelul entităților, deoarece acestea nu dispuneau de mijloacele necesare pentru protejarea persoanelor în cauză.

78. Reclamanții contestă acest argument. Aceștia susțin că respectivele cauze nu erau nici sensibile, nici complexe. Domnul Maktouf adaugă că naționalitatea sa irakiană și religia sa reprezentau principalul motiv pentru care Curtea de Stat s-a declarat competentă pentru judecarea cauzei.

79. În observațiile sale din noiembrie 2012, Biroul Înaltului Reprezentant subscrie la teza Guvernului.

80. Curtea subliniază că noțiunea de discriminare a fost interpretată constant în jurisprudența sa din perspectiva art. 14 din Convenție. Din aceasta reiese că prin „discriminare” trebuie să se înțeleagă tratarea diferită, fără o justificare obiectivă și rezonabilă, a persoanelor aflate în situații comparabile. Autorii Protocolului nr. 12 au utilizat același termen de discriminare la art. 1. În ciuda faptului că ambele dispoziții au o sferă de aplicare diferită, se presupune că sensul termenului prevăzut la art. 1 din

Protocolul nr. 12 este identic cu cel al termenului menționat la art. 14 din Convenție [*Sejdić și Finci împotriva Bosniei și Herțegovina* (MC), nr. 27996/06 și 34836/06, pct. 55, CEDO 2009].

81. În speță, Curtea remarcă, în primul rând, că, ținând seama de numărul mare de cauze privind crime de război care trebuie judecate în Bosnia și Herțegovina în perioada postbelică, este inevitabilă repartizarea volumului de lucru corespunzător între Curtea de Stat și instanțele entităților. În caz contrar, statul pârât nu ar fi în măsură să onoreze obligația impusă de Convenție de a aduce rapid în fața justiției persoanele responsabile pentru încălcări grave ale dreptului umanitar internațional (*Palić împotriva Bosniei și Herțegovina*, nr. 4704/04, 15 februarie 2011).

82. Curtea este conștientă de faptul că instanțele entităților impuneau, în general, pedepse mai blânde decât Curtea de Stat în cursul perioadei examinate (supra, pct. 30). Totuși, această diferență de tratament nu se explică prin caracteristici personale și nu constituie, prin urmare, un tratament discriminatoriu. Însăși Curtea de Stat era cea care hotăra dacă o cauză trebuia să fie judecată de Curtea de Stat sau de o instanță a unei entități, în fiecare caz în parte, ținând seama de criteriile obiective și rezonabile expuse la pct. 44 de mai sus (a se vedea, *a contrario*, cauza *Camilleri împotriva Maltei*, nr. 42931/10, hotărârea din 22 ianuarie 2013, în care o astfel de decizie nu depindea decât de puterea discreționară a procurorului). Prin urmare, în circumstanțele specifice cauzei, nu există o încălcare aparentă nici a art. 14 coroborat cu art. 7 din Convenție, nici a art. 1 din Protocolul nr. 12 (*Magee împotriva Regatului Unit*, nr. 28135/95, pct. 50, CEDO 2000 VI, *Šimšić*, citată anterior).

83. Prin urmare, Curtea consideră că acest capăt de cerere este în mod vădit nefondat și trebuie să fie respins în temeiul art. 35 § 3 lit. a) și art. 35 § 4 din Convenție.

IV. Cu privire la aplicarea art. 41 din Convenție

84. Art. 41 din Convenție prevede:

„Dacă Curtea declară că a avut loc o încălcare a convenției sau a protocoalelor sale și dacă dreptul intern al înaltei părți contractante nu permite decât o înlăturare incompletă a consecințelor acestei încălcări, Curtea acordă părții lezate, dacă este cazul, o reparație echitabilă.”

A. Prejudiciul material

85. Domnul Maktouf se plânge că procesul său și pedeapsa care i s-a aplicat l-au pus în incapacitatea de a-și conduce întreprinderea. Acesta consideră că a suferit un prejudiciu de 500 000 de euro (EUR).

86. Guvernul obiectează că această pretenție nu este susținută de niciun element.

87. Fiind de acord cu opinia Guvernului, Curtea respinge cererea.

B. Prejudiciul moral

88. Domnul Maktouf solicită 100 000 EUR cu titlu de prejudiciu moral. Domnul Damjanović solicită, de asemenea, o despăgubire pentru prejudiciul moral, fără însă a preciza suma pe care o consideră echitabilă.

89. Guvernul consideră că pretenția domnului Maktouf este excesivă.

90. Având în vedere că nu este cert faptul că reclamantul ar fi fost într-adevăr condamnat la pedepse mai blânde în cazul în care ar fi fost aplicat Codul din 1976 (a se vedea, *a contrario*, *Ecer și Zeyrek împotriva Turciei*, nr. 29295/95 și 29363/95, CEDO 2001-II, și *Scoppola*, citată anterior), Curtea consideră, în circumstanțele specifice cauzei, că doar constatarea unei încălcări reprezintă în sine o reparație echitabilă suficientă pentru toate prejudiciile morale pe care reclamantul le-ar fi putut suferi.

C. Cheltuieli de judecată

91. Domnul Maktouf solicită, de asemenea, suma de 36 409 EUR pentru cheltuielile de judecată efectuate de acesta în fața instanțelor interne. Domnul Damjanović a beneficiat de regimul de asistență juridică al Curții și a primit suma totală de 1 545 EUR pentru prezentarea avocatului său la ședința în fața Marii Camere. Acesta solicită rambursarea cheltuielilor suplimentare efectuate în fața Curții, adică suma de 13 120 EUR.

92. Guvernul obiectează că aceste pretenții nu sunt susținute de niciun element.

93. Potrivit jurisprudenței Curții, un reclamant nu poate obține rambursarea cheltuielilor de judecată decât în măsura în care se stabilește caracterul real, necesar și rezonabil al acestora. Cu alte cuvinte, reclamantul trebuie să le fi plătit sau să fie obligat să le plătească, în temeiul unei obligații legale sau

contractuale, și trebuie ca acesta să fi fost obligat să le efectueze pentru a împiedica încălcarea constatată sau pentru a obține repararea acesteia. Curtea solicită chitanțe privind plata onorariilor și facturi detaliate. Acestea trebuie să fie suficient de precise pentru a-i permite să stabilească în ce măsură sunt îndeplinite condițiile menționate anterior. În speță, având în vedere documentele de care dispune și criteriile menționate anterior, Curtea consideră că este rezonabil să acorde fiecăruia dintre reclamânți suma de 10 000 EUR cu acest titlu, plus orice sumă ce poate fi datorată cu titlu de impozit.

D. Dobânzi moratorii

94. Curtea consideră necesar ca rata dobânzilor moratorii să se întemeieze pe rata dobânzii facilității de împrumut marginal practică de Banca Centrală Europeană, majorată cu trei puncte procentuale.

Pentru aceste motive,
CURTEA

1. Declară, cu majoritate, inadmisibil capătul de cerere întemeiat pe art. 6 din Convenție;
2. Declară, cu majoritate, inadmisibil capătul de cerere întemeiat pe art. 14 coroborat cu art. 7 din Convenție și art. 1 din Protocolul nr.12;
3. Declară, în unanimitate, admisibil capătul de cerere întemeiat pe art. 7 din Convenție;
4. Hotărăște, în unanimitate, că a fost încălcat art. 7 din Convenție;
5. Hotărăște, în unanimitate:
 - a) că statul pârât trebuie să îi plătească fiecărui reclamant, în termen de trei luni, suma de 10 000 EUR (zece mii euro) pentru cheltuielile de judecată, care trebuie convertită în moneda statului pârât la rata de schimb aplicabilă la data plății, plus orice sumă ce poate fi datorată de reclamânți cu titlu de impozit pentru această sumă;
 - b) că, de la expirarea termenului menționat și până la efectuarea plății, aceste sume trebuie majorate cu o dobândă simplă, la o rată egală cu rata dobânzii facilității de împrumut marginal practică de Banca Centrală Europeană, aplicabilă pe parcursul acestei perioade și majorată cu trei puncte procentuale;
6. Respinge, în unanimitate, cererea de acordare a unei reparații echitabile pentru celelalte capete de cerere.

Redactată în limbile engleză și franceză, apoi pronunțată în ședință publică la Palatul Drepturilor Omului, la Strasbourg, la 18 iulie 2013.

PREȘEDINTE,

Grefier,

DEAN SPIELMANN

Michael O'Boyle

În conformitate cu art. 45 § 2 din Convenție și art. 74 § 2 din Regulament, următoarele opinii separate sunt anexate la prezenta hotărâre:

- opinia concordantă a doamnei judecător Ziemele;
- opinia concordantă a doamnei judecător Kalaydjieva;
- opinia concordantă a domnului judecător Pinto de Albuquerque, la care aderă și domnul judecător Vučinić.

D.S.
M.O'B.

OPINIA CONCORDANTĂ A DOAMNEI JUDECĂTOR ZIEMELE

(Traducere)

1. Subscriu la rezultatul la care a ajuns Curtea în speță. În același timp, nu sunt de acord cu o parte din raționamentul adoptat de Marea Cameră. În esență, se pune problema de a stabili dacă principiul fundamental de drept penal, care constă în aplicarea pedepsei mai favorabile în cazul în care instanțele au posibilitatea de a alege în mod legal între două texte de lege pentru stabilirea pedepsei, se aplică și în cazul condamnărilor pentru crime de război și dacă instanțele competente din Bosnia și Herțegovina au examinat în lumina acestui principiu opțiunile lor de stabilire a pedepselor care trebuie aplicate reclamanților în speță.

2. În special, am câteva probleme cu termenii utilizați la pct. 72 din hotărâre. Curtea explică aici faptul că teza Guvernului conform căreia, din moment ce reclamanții au fost urmăriți penal și condamnați pentru crime de război, recunoscuți ca atare în temeiul dreptului internațional, principiul *nulla poena sine lege* nu se aplica. Curtea respinge această propunere, considerând că este o interpretare mult prea largă a excepției prevăzute la art. 7 § 2. Or, în primul rând, chiar dacă guvernul pârât a prezentat efectiv un astfel de argument în apărarea sa, cauza nu privește în mod real aplicarea retroactivă a legii în circumstanțele prezentei spețe. Este clar că actele imputate reclamanților constituiau crime atât în temeiul Codului penal din 1976, cât și în temeiul Codului penal din 2003. De asemenea, este clar că actele în cauză constituiau crime internaționale la momentul săvârșirii lor (pct. 67 din hotărâre). Principiile clarificate în contextul cauzei *Kononov împotriva Letoniei* (MC) (nr. 36376/04, CEDO 2010), care privea crime săvârșite în cursul celui de-al Doilea Război Mondial, care fuseseră urmărite penal câteva decenii mai târziu, și în cadrul căreia se puneau astfel clar problema de a stabili dacă reclamantul ar fi putut să prevadă că actele sale urmau să fie urmărite penal în temeiul dreptului internațional sau național, nu sunt contestate în mod evident în prezenta cauză.

3. Țin să subliniez că aspectul privind sfera de aplicare și natura principiului *nulla poena sine lege* aplicat în dreptul penal internațional este deosebit de complex și imposibil de epuizat în câteva rânduri (a se vedea, de exemplu, Ch. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, Inc., 2003, p. 202, și A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2009, p. 442). Este suficient să se observe că principalele convenții în materie fac trimitere la sancțiunile prevăzute de dreptul penal național. Statutul Curții Penale Internaționale a definit pentru prima dată pedepsele ce pot fi pronunțate de această instanță. Autoritățile în materie au considerat în general că „principiile legalității din domeniul dreptului penal internațional sunt diferite de echivalentele acestora din sistemele juridice naționale (...) Acestea sunt în mod necesar *sui generis* deoarece trebuie să păstreze un echilibru între apărarea justiției și echitatea pentru acuzat, pe de o parte, și menținerea ordinii mondiale, pe de altă parte (...)” (Bassiouni, citată anterior, p. 202). Curtea a fost deja obligată să abordeze această dihotomie complexă în mai multe cauze.

4. Mai recent, ținând seama de consensul crescând în ceea ce privește obligația generală pe care o au statele, pe de o parte, de a urmări penal autorii celor mai grave crime internaționale, în conformitate cu obligațiile lor internaționale și cu cerințele corespunzătoare ale dreptului lor național și, pe de altă parte, de a combate impunitatea (Setul de principii actualizate pentru protecția și promovarea drepturilor omului prin lupta împotriva impunității (E/CN.4/2005/102/Add.1, Organizația Națiunilor Unite, 8 februarie 2005), Curtea a trebuit să ia în considerare aceste date ale dreptului internațional în aplicarea articolelor relevante din Convenție (a se vedea, de exemplu, *Asociația «21 Decembrie 1989» și alții împotriva României*, nr. 33810/07 și 18817/08, 24 mai 2011). În acest context, este relevant argumentul Guvernului conform căruia severitatea pedepsei aplicate trebuie să reflecte gravitatea crimei. Totuși, prezenta cauză nu privește toate aceste aspecte dificile și axa principală a raționamentului Guvernului nu abordează esența problemei în speță.

5. Guvernul admite că, din 2009, Curtea de Stat aplică fie Codul din 1976, fie Codul din 2003, pentru a stabili pedepsele care trebuie aplicate (pct. 63 din hotărâre) și pretinde că nu aprobă această abordare. Aici este adevărata problemă. Pentru Curte, principala problemă era de a stabili dacă, atunci când s-a pronunțat cu privire la cauzele reclamanților, Curtea de Stat a analizat care cod prevedea cea mai favorabilă pedeapsă pentru crimele imputate reclamanților. Or, Curtea de Stat pare să nu fi avut obiceiul de a face o astfel de apreciere, cel puțin la momentul în care au fost judecate prezentele cauze și înainte de 2009 și pe baza acestui element limitat am constatat încălcarea art. 7. Consider că speculațiile Curții cu privire la problema stabilirii care ar fi putut fi pedeapsa dacă ar fi fost aplicat Codul din 1976 depășește sfera de aplicare a art. 7.

OPINIA CONCORDANTĂ A DOAMNEI JUDECĂTOR KALAYDJIEVA

(Traducere)

Sunt de acord cu majoritatea, care susține că a existat o încălcare a art. 7 din Convenție. În opinia mea, această concluzie decurge doar din incertitudinea generată de faptul că, la momentul procesului reclamantilor, erau aplicate în paralel două coduri penale diferite, fără să existe nicio normă care să precizeze care din cele două trebuia să fie aplicat în cauza lor. Consider că art. 7 impune existența previzibilității nu numai în cazul în care un anumit act este pasibil de sancțiuni la momentul săvârșirii sale, dar și în ceea ce privește pedeapsa care va fi aplicată în momentul în care autorul acestui act va fi judecat. Această previzibilitate lipsea, având în vedere că existau în paralel două coduri care prevedeau game diferite de pedepse.

În schimb, având în vedere că pedeapsa aplicată reclamantilor în speță a rămas în sfera comună celor două coduri (pct. 69 din hotărâre), afirmația conform căreia „*fe]ste crucial faptul că în vederea aprecierii respectării art. 7] persoanele în cauză ar fi putut primi pedepse mai blânde în cazul în care li s-ar fi aplicat Codul din 1976*” (pct. 70) pare la fel de speculativă precum încercarea de a stabili dacă instanțele interne ar fi putut, în fapt, să achite reclamantii. În această privință, raționamentul majorității poate fi interpretat ca un demers de gradul patru de jurisdicție, constând în a aprecia care ar fi putut fi cea mai adecvată pedeapsă. În plus, în opinia mea, o dezbatere privind caracterul corespunzător al pedepsei impuse pare mai pertinentă în ceea ce privește capetele de cerere întemeiate pe art. 6, referitoare la echitatea procedurilor interne și rezultatul acestora. Or, Curtea a declarat aceste capete de cerere în mod vădit nefondate. Niciun element din aceste cauze nu indică faptul că instanțele interne nu ar fi impus aceleași pedepse prin aplicarea Codului penal din 2003.

OPINIA CONCORDANTĂ A DOMNULUI JUDECĂTOR PINTO DE ALBUQUERQUE, LA CARE ADERĂ DOMNUL JUDECĂTOR VUČINIĆ

(Traducere)

Interdicția legilor penale retroactive și efectul retroactiv al legii penale mai favorabile (*lex mitior*) sunt chestiuni perpetue ale justiției umane. Având în vedere caracteristicile structurale ale organizării Ministerului Public și Ministerului Justiției din Bosnia și Herțegovina și natura specifică a camerelor Curții de Stat a Bosniei și Herțegovina, care au competența de a judeca crime de război, cauzele *Maktouf* și *Damjanovic* impun o examinare mai profundă a acestor chestiuni în cadrul dreptului internațional al drepturilor omului, ținând seama și de progresele recente ale dreptului penal internațional și ale dreptului umanitar, precum și de stadiul actual al practicii naționale. Doar în urma unei astfel de examinări voi fi în măsură să ajung la o concluzie cu privire la prezenta cauză.

Interdicția aplicării retroactive a legii penale

Garanția rolului preventiv al dreptului penal, separarea puterilor în stat și protecția împotriva exercitării arbitrare a puterilor publice sunt obiective ale principiului *nullum crimen sine lege previa*. Comportamentul infracțional poate fi descurajat doar dacă cetățenii sunt conștienți de incriminarea legală a anumitor acțiuni înainte de a le săvârși. O pedeapsă retroactivă nu poate împiedica săvârșirea unei acțiuni sau a unei omisiuni trecute: așadar, aceasta constituie o intruziune arbitrară a statului în libertățile cetățenilor ¹.

Din interdicția aplicării retroactive a dispozițiilor care creează noi infracțiuni decurge în mod logic interdicția aplicării retroactive a unei legi penale mai severe (*lex gravior*). Dacă o lege penală nu poate fi aplicată unor fapte care au avut loc înainte de intrarea sa în vigoare, nici săvârșirea unei infracțiuni nu poate fi sancționată prin pedepse care nu existau la momentul comiterii infracțiunii sau care sunt

¹ Art. 8 din Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului (1789): „Legea trebuie să stabilească doar pedepse strict și evident necesare și nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi stabilite și promulgate anterior infracțiunii și aplicată legal”. În definitiv, acest principiu rezultă din principiul libertății enunțat la art. 4 din aceeași declarație: „Libertatea înseamnă să poți face orice ce nu face rău altora: astfel, exercitarea drepturilor naturale ale fiecărui om nu are limite, cu excepția celor care asigură celorlalți membri ai societății exercitarea aceluiași drepturi. Aceste limite pot fi determinate doar prin lege.”

mai severe decât cele aplicabile la vremea respectivă. În ambele cazuri, impunerea retroactivă a unei pedepse noi sau mai severe ar fi arbitrară².

Acceptarea universală a principiului neretroactivității legii penale în ceea ce privește incriminarea și sancționarea în timp de pace este evidențiată la art. 11 § 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului³, art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului („Convenția”)⁴, art. 15 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice⁵, art. 9 din Convenția americană a drepturilor omului⁶, art. 7 § 2 din Carta africană a drepturilor omului și popoarelor⁷, art. 40 § 2 a) din Convenția cu privire la drepturile copilului⁸, art. 11 și 24 din Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale (Statutul de la Roma)⁹, art. 49 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene¹⁰ și art. 15 din Carta arabă a drepturilor omului, revizuită¹¹.

În plus, alți doi factori subliniază clar forța acestui principiu. În primul rând, nu se pot face derogări de la el în timp de război sau în altă situație de urgență publică. Această regulă este enunțată la art. 15 § 2 din Convenție, art. 4 § 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, art. 27 din Convenția americană a drepturilor omului și art. 4 din Carta arabă a drepturilor omului, revizuită¹². În al doilea rând, acesta este, de asemenea, un principiu imperativ al dreptului internațional umanitar, în temeiul art. 99 din Convenția de la Geneva privind tratamentul prizonierilor de război (A Treia Convenție de la Geneva)¹³, al art. 65 și 67 din Convenția de la Geneva privind protecția persoanelor civile în timp de război (A Patra Convenție de la Geneva)¹⁴, al art. 75 § 4 c) din Primul Protocol

2. Beccaria, *On crimes and punishments* (Despre infracțiuni și pedepse), 1764, capitolul 3 (traducere de M. Chaillou de Lisy, Paris, 1773): „Având în vedere că toți magistrații fac ei înșiși parte din societate, niciunul nu poate impune o pedeapsă altui membru al societății, dacă aceasta este deja stabilită de lege. Aceasta ar însemna adăugarea unei noi pedepse la cea care este deja stabilită, fapt care nu trebuie permis, nici chiar sub pretextul zelului sau al binelui public.”

3. Această declarație a fost adoptată printr-o rezoluție a Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite la 10 decembrie 1948 (48 de voturi la 0 și 8 abțineri). Cu câțiva ani înainte, în avizul său consultativ – fondator – din 4 decembrie 1935 privind *compatibilitatea unor decrete-legi din Danzig cu Constituția Orașului Liber* (seria A/B, fasciculul nr. 65, p. 57), Curtea Permanentă de Justiție Internațională a declarat următoarele: „Indivizii trebuie să poată cunoaște caracterul ilegal sau pasibil de pedeapsă al actelor lor, înainte de a le săvârși. Aceasta a fost prima afirmare a acestui principiu de către o instanță internațională.”

4. Convenția Europeană a Drepturilor Omului a fost deschisă pentru semnare la 4 noiembrie 1950, 47 de state fiind parte la aceasta. A se vedea, cu privire la acest principiu, *Kokkinakis împotriva Greciei* (25 mai 1993, pct. 52, seria A nr. 260-A), *CR împotriva Regatului Unit* (nr. 20190/92, pct. 34, 60 și 62, 27 octombrie 1995) și *Cantoni împotriva Franței* (nr. 17862/91, pct. 33 și 35, 15 noiembrie 1996).

5. Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice a fost adoptat printr-o Rezoluție a Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966, 167 de state (inclusiv statul pârât) fiind parte la acesta. Nu a făcut obiectul niciunei rezerve în ceea ce privește principiul neretroactivității infracțiunilor și pedepselor.

6. Convenția americană a drepturilor omului a fost adoptată la 22 noiembrie 1969, 23 de state fiind părți la aceasta. A se vedea, cu privire la acest principiu, cauza *Castillo Petruzzi și alții*, pct. 121 (hotărârea Curții Interamericane a Drepturilor Omului din 30 mai 1999, cu privire la o cerere îndreptată împotriva Peru).

7. Carta africană a drepturilor omului și popoarelor a fost adoptată la 27 iunie 1981, 53 de state fiind părți la aceasta. A se vedea Comisia africană a drepturilor omului și popoarelor, comunicările nr. 105/93, 129/94, 130/94 și 152/96, *Media Rights Agenda și Constitutional Rights Project împotriva Nigeriei* (1998), pct. 59: „Cetățenii sunt obligați să respecte cu strictețe legile. În cazul în care ar interveni schimbări în privința efectului retroactiv, statul de drept ar fi subminat, deoarece nimeni nu ar putea să știe, la un moment dat, dacă un anumit act este legal sau nu. Această situație constituie o incertitudine de netolerat pentru orice cetățean care respectă legea, indiferent dacă este amenințat sau nu cu aplicarea unei pedepse.”

8. Convenția cu privire la drepturile copilului a fost adoptată printr-o rezoluție a Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite la 20 noiembrie 1989, 193 de state (inclusiv statul pârât) fiind părți la aceasta. Doar două state membre ale Organizației Națiunilor Unite nu au ratificat-o și nu a fost prevăzută nicio rezervă expresă la art. 40 § 2 a).

9. Statutul de la Roma a fost adoptat la 17 iulie 1998, 122 state (inclusiv statul pârât) fiind părți la acesta.

10. Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene a devenit obligatorie din punct de vedere juridic pentru UE la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, în decembrie 2009.

11. A doua versiune actualizată a Cartei arabe a drepturilor omului a fost adoptată la 22 mai 2004, 12 state fiind parte la aceasta. Este o ediție revizuită a primei Carte, care a fost adoptată la 15 septembrie 1994.

12. Convenția cu privire la drepturile copilului și Carta africană a drepturilor omului și popoarelor nu prevăd posibilitatea unei derogări.

13. A Treia Convenție de la Geneva a fost adoptată la 12 august 1949, 195 de state fiind părți la aceasta. A înlocuit Convenția din 27 iulie 1929 privind tratamentul aplicat prizonierilor de război. Nu a făcut obiectul niciunei rezerve în ceea ce privește neretroactivitatea legii penale.

14. A Patra Convenție de la Geneva a fost adoptată la 12 august 1949, 195 de state fiind părți la aceasta. Aceasta completează dispozițiile Regulamentului de la Haga din 1907. Nu a făcut obiectul niciunei rezerve referitoare la neretroactivitatea legii penale.

Adițional la Convențiile de la Geneva (Protocolul I)¹⁵ și al art. 6 § 2 c) din Al Doilea Protocol Adițional la Convențiile de la Geneva (Protocolul II)¹⁶.

Caracterul urgent al dreptului penal internațional nu schimbă esența acestor principii. Deși posibilitatea ca dreptul internațional să fie luat în considerare la judecarea cauzelor penale reprezintă o provocare complexă într-un domeniu rezervat în mod tradițional puterii suverane a legiuitorului național și a instanțelor interne, dreptul internațional este, de asemenea, un instrument crucial care permite acoperirea lacunelor din dreptul național și remedierea celor mai grave deficiențe ale sistemelor naționale de urmărire penală și judecare. Acest lucru a fost recunoscut în dispoziția privind incriminarea, întemeiată pe „dreptul internațional”, de la art. 11 § 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, care figurează și la art. 7 § 1 din Convenție, art. 15 § 1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice și la art. 40 § 2 a) din Convenția cu privire la drepturile copilului, precum și în anumite constituții naționale¹⁷. În temeiul acestei dispoziții, dreptul penal internațional poate să completeze dreptul național în următoarele trei cazuri: atunci când au fost săvârșite, actele cauză 1) constituiau o infracțiune în temeiul dreptului internațional cutumiar¹⁸ dar nu și în temeiul dreptului național, 2) constituiau o infracțiune în temeiul tratatelor aplicabile unor astfel de fapte, dar nu și în temeiul dreptului național, sau 3) constituiau o infracțiune în temeiul dreptului internațional și național, dar dreptul național era în mod sistematic neaplicat, din motive politice sau alte motive similare¹⁹. În astfel de cazuri, organul de judecată nu depășește limitele competenței sale materiale și nu încalcă principiul *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* atunci când aplică dreptul penal internațional în cazul unui comportament din trecut. Dimpotrivă, impunitatea ar echivala cu aprobarea morală a infracțiunilor săvârșite.

Principiul efectului retroactiv al *lex mitior* în dreptul penal

Dacă, ulterior comiterii unei infracțiuni, o nouă lege prevede impunerea unei pedepse mai blânde, autorul infracțiunii trebuie să beneficieze de aceasta. Acest lucru se aplică oricărei legi care prevede reducerea sau atenuarea unei pedepse și *a fortiori* unei legi care dezincriminează *a posteriori* actele în cauză. Diferența constă în sfera de aplicare temporală a *lex mitior*: în vreme ce o lege dezincriminatoare ulterioară se aplică autorilor faptelor până la momentul executării complete a pedepselor, o lege penală nouă, care reduce sau atenuează pedepsele aplicabile, li se aplică autorilor actelor până în momentul în care condamnarea lor dobândește autoritatea de lucru judecat²⁰.

În mod logic, principiul aplicării retroactive a celei mai favorabile legi penale este corolarul principiului neretroactivității legii penale mai severe. Dacă o lege penală mai severă nu se poate aplica în cazul actelor săvârșite înainte de intrarea sa în vigoare, atunci o lege penală mai favorabilă trebuie să se aplice actelor comise anterior, dar judecate ulterior intrării sale în vigoare. Dacă legea penală mai severă ar continua să producă efecte după ce a fost înlocuită cu o lege penală mai favorabilă, ar fi încălcat principiul separării puterilor în măsura în care instanțele ar continua să aplice legea penală mai severă, deși legiuitorul a modificat evaluarea sa privind gradul de gravitate a comportamentului și gradul corespunzător de severitate a pedepselor aplicabile. În plus, dacă însuși legiuitorul ar permite ca legea mai severă să producă în continuare efecte, după ce a fost înlocuită cu o lege mai favorabilă,

¹⁵. Acest protocol a fost adoptat la 8 iunie 1977, 173 de state (inclusiv statul pârât) fiind părți la acesta. Nu a făcut obiectul niciunei rezerve în ceea ce privește neretroactivitatea legii penale.

¹⁶. Acest protocol a fost adoptat la 8 iunie 1977, 167 de state (inclusiv statul pârât) fiind părți la acesta. Nu a făcut obiectul niciunei rezerve în ceea ce privește neretroactivitatea legii penale.

¹⁷. A se vedea, de exemplu, art. 29 § 1 din Constituția Albaniei, art. 31 din Constituția Croației, art. 42 § 1 din Constituția Poloniei, art. 20 din Constituția Rwandei și art. 35 § 3-1) din Constituția Africii de Sud. Principiul incriminării din dreptul internațional este enunțat, de asemenea, în primele două principii de la Nürnberg: Principiul I prevede că „[o]rice autor al unui act care constituie o crimă de drept internațional este responsabil pentru acesta și este pasibil de pedeapsă”; Principiul II precizează că „[f]aptul că dreptul intern nu pedepsește un act care constituie o crimă de drept internațional nu scutește persoana care a comis actul de răspunderea în dreptul internațional” (*Principiile de drept internațional consacrate în Statutul Tribunalului de la Nürnberg și în hotărârea acestui Tribunal*, versiune adnotată, 1950).

¹⁸. Printre exemplele de necontestat ale unor astfel de acte se numără pirateria, traficul de sclavi și atacurile asupra diplomaților, care sunt supuse nu doar dreptului convențional, ci și dreptului cutumiar.

¹⁹. De exemplu, actele în cauză erau pedepsite în temeiul normelor de drept internațional obligatorii pentru statul pârât la momentul săvârșirii lor, indiferent dacă aceste norme erau aplicate de autorități în cadrul unei politici represive (a se vedea *Streletz Kessler și Krenz împotriva Germaniei*, *Culegere de hotărâri și decizii* 2001-II, pct. 56-64, precum și constatările Comitetului pentru drepturile omului în cauza *Baumgarten împotriva Germaniei*, comunicarea 960/2000, 31 iulie 2003, pct. 9.5).

²⁰. A se vedea opinia mea separată în cauza *Hidir Durmaz împotriva Turciei* (nr. 2), nr. 26291/05, 12 iulie 2011.

acesta ar permite o evaluare contradictorie, cu două viteze, și, prin urmare, arbitrară, a gradului de gravitate a aceluiași comportament reprobabil.

Principiul aplicării imperative a *lex mitior* în dreptul penal este consacrat la art.15 § 1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice²¹, art. 9 din Convenția americană a drepturilor omului, art. 24 § 2 din Statutul de la Roma²², art. 49 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene²³ și art. 15 din Carta arabă a drepturilor omului²⁴ și, în dreptul internațional umanitar, la art. 75 § 4 c) din Primul Protocol Adițional la Convențiile de la Geneva și art. 6 § 2 c) din Al Doilea Protocol Adițional la Convențiile de la Geneva. În cele din urmă, acesta este validat de practica statelor, atât la nivel constituțional, cât și la nivel legislativ²⁵.

Deși art. 7 din Convenție nu enunță în mod expres acest principiu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (Curtea) a recunoscut, în cauza *Scoppola nr. 2*, că este una din garanțiile care decurg din principiul legalității din dreptul european al drepturilor omului. Curtea a adoptat o poziție clară privind definiția *lex mitior* cu scopul aplicării unor legi penale succesive: *lex mitior* este legea cea mai favorabilă acuzatului, ținând seama de situația acestuia, de natura infracțiunii și de circumstanțele în care a săvârșit-o²⁶. Acest lucru înseamnă că art. 7 § 1 din Convenție presupune o comparație *in concreto* a legilor penale aplicabile cauzei acuzatului, inclusiv legea în vigoare la momentul săvârșirii infracțiunii (vechea lege) și cea în vigoare la momentul judecării (noua lege). Prin urmare, Curtea nu ia în considerare *in abstracto* limita superioară a pedepsei. Nu ia în considerare *in abstracto* nici limita inferioară a pedepsei²⁷. De asemenea, aceasta nu ia în considerare limitele maxime sau minime ale pedepsei în funcție de intenția instanțelor interne de a impune o pedeapsă apropiată de nivelul maxim sau minim²⁸. Dimpotrivă, hotărârea *Scoppola nr. 2* arată că *lex mitior* trebuie să fie stabilită *in concreto*, adică judecătorul trebuie să confrunte fiecare lege penală aplicabilă (cea veche și cea nouă) cu faptele specifice cauzei, cu scopul de a stabili care ar trebui să fie pedeapsa în cazul în care se aplică

²¹. Statele Unite și-au rezervat dreptul de a nu aplica acest articol, Italia și Trinidad și Tobago și-au rezervat dreptul de a-l aplica doar în procedurile pendinte la momentul schimbării legii și Germania și-a rezervat dreptul de a-l aplica doar în circumstanțe extraordinare.

²². În hotărârea *Dragan Nikolic* (nr. IT-94-2-A) din 4 februarie 2005, Camera de apel a TPI a declarat (pct. 85) că principiul *lex mitior* se aplica Statutului Tribunalului Internațional.

²³. În cauza *Berlusconi și alții*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a hotărât că principiul aplicării retroactive a pedepsei mai favorabile făcea parte din tradițiile constituționale comune statelor membre (a se vedea hotărârea din 3 mai 2005, pronunțată în cauzele conexe C-387/02, C-391/02 și C-403/02).

²⁴. Art. 6 din versiunea precedentă a Cartei arabe (versiunea din 1994) era mai incisiv: „Orice condamnat beneficiază de o lege ulterioară care ar putea să îi fie favorabilă”.

²⁵. Acest principiu est confirmat de practica statelor, atât la nivel constituțional (a se vedea, de exemplu, art. 29 § 3 din Constituția Albaniei, art. 65 § 4 din Constituția Angolei revizuită, art. 22 din Constituția Armeniei, art. 71-VIII din Constituția Azerbaidjanului, art. 5 § 4 din Constituția Braziliei, art. 11-i) din Constituția Canadei, art. 30 § 2 din Constituția Capului-Verde, art. 19 § 3 din Constituția Republicii Chile, art. 29 din Constituția Columbiei, art. 31 din Constituția Croației, art. 31 § 5 din Constituția Timorului Oriental, art. 42 § 5 din Constituția Georgiei, art. 33 § 2 din Constituția Guineei-Bissau, art. 89 din Constituția Letoniei, art. 52 din Constituția Macedoniei, art. 34 din Constituția Muntenegrului, art. 99 § 2 din Constituția Republicii Mozambic, art. 29 § 4 din Constituția Portugaliei, art. 15 § 2 din Constituția României, art. 54 din Constituția Rusiei, art. 36 § 2 din Constituția Sao Tomé și Principe, art. 197 din Constituția Serbiei, art. 50 § 6 din Constituția Slovaciei, art. 28 din Constituția Sloveniei, art. 35 § 3 din Constituția Africii de Sud și art. 9 § 3 din Constituția Spaniei), cât și la nivel legislativ (art. 1 din Codul penal austriac, art. 2 din Codul penal belgian, art. 4 din Codul penal bosniac, art. 2 din Codul penal bulgar, art. 12 din Codul penal chinez, art. 4 din Codul penal danez, art. 2 din Codul penal german, art. 2 din Codul penal ungar, art. 2 din Codul penal islandez, art. 4-6 din Codul penal israelian, art. 6 din Codul penal japonez, art. 3 din Codul penal lituanian, art. 2 din Codul penal luxemburghez, art. 1 § 2 din Codul penal al Țărilor de Jos, art. 25 g) din Declarația Drepturilor Omului a Noii Zeelande și art. 2 § 2 din Codul penal elvețian). Se poate spune că marea majoritate a populației mondiale beneficiază de acest principiu.

²⁶. *Scoppola împotriva Italiei (nr. 2)* [(MC), nr. 10249/03, pct. 109, 17 septembrie 2009] și, deja menționată anterior, *G. împotriva Franței* (nr. 15312/89, pct. 26, 27 septembrie 1995), precum și, în fața Comisiei pentru drepturile omului, *Mclsaac împotriva Canadei* (Comunicarea nr. 55/1979, 14 octombrie 1982, pct.11-13), *Westerman împotriva Țărilor de Jos* (Comunicarea nr. 682/1996, 13 decembrie 1999, pct.9.2), *Gombert împotriva Franței* (Comunicarea nr. 987/2001, 11 aprilie 2003, pct. 6-4), *Filipovitch împotriva Lituaniei* (Comunicarea nr. 875/1999, 19 septembrie 2003, pct. 7-2), *Gomez de Casafranca împotriva Peru* (Comunicarea nr. 981/2001, 19 septembrie 2003, pct. 7-4) și *Van der Platt împotriva Noii Zeelande* (Comunicarea nr. 1492/2006, 22 iulie 2008, § 6-4).

²⁷Din acest motiv, nu pot să fiu de acord cu cele afirmate la punctele 69 și 70, esențiale pentru hotărâre, deoarece majoritatea a procedat la o comparație *in abstracto* a limitelor inferioare ale pedepsei din legile penale aplicabile.

²⁸. Aceasta este abordarea recentă a Camerei de apel a Curții de Stat a Bosniei și Herțegovina, care a continuat să aplice Codul din 2003 în cazul celor mai grave crime de război și Codul din 1976 în cazul celor mai puțin grave crime de război.

fie legea veche, fie cea nouă. După stabilirea pedepselor care rezultă din legile aplicabile și în lumina faptelor cauzei, trebuie să se aplice legea care este efectiv cea mai favorabilă acuzatului²⁹.

Pentru a stabili care este *lex mitior* în temeiul art. 7 § 1 din Convenție, trebuie să se procedeze, de asemenea, la o comparație globală a regimului represiv al fiecăreia din legile penale aplicabile în cazul acuzatului (metoda comparației globale). Judecătorul nu poate efectua o comparație regulă cu regulă (metoda comparației diferențiate), alegând regula cea mai favorabilă din fiecare din legile comparate. Două motive sunt oferite în mod tradițional în sprijinul acestei metode a comparației globale: în primul rând, fiecare regim represiv are propria sa logică, iar judecătorul nu poate distruge această logică, amestecând diverse reguli din diferite legi penale succesive; în al doilea rând, judecătorul nu se poate substitui legiuitorului și să creeze un nou regim represiv ad-hoc, alcătuit din diverse reguli ce decurg din diferite legi penale succesive. Prin urmare, art. 7 § 1 din Convenție impune stabilirea *lex mitior* în mod concret și global.

Pe scurt, **nu poate exista o lege penală retroactivă decât în beneficiul acuzatului**³⁰. Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost săvârșită, nu constituia o infracțiune, potrivit dreptului național sau internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii (versiunea negativă a principiului legalității). Invers, în cazul în care, ulterior săvârșirii infracțiunii, o lege nouă a introdus o pedeapsă mai blândă decât cea care era aplicabilă la momentul săvârșirii infracțiunii, această pedeapsă mai blândă este cea care trebuie impusă (versiunea pozitivă a principiului legalității). **Aceste principii fac parte din normele dreptului internațional cutumiar, care sunt obligatorii pentru toate statele și constituie norme imperative de la care nu poate deroga nicio normă de drept național sau internațional**³¹. Cu alte cuvinte, principiul legalității în domeniul dreptului penal este *jus cogens*, atât în versiunea sa pozitivă, cât și în cea negativă.

„Principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate” în dreptul penal

Principiile generale de drept pot fi o sursă de drept penal internațional, cu condiția să fie suficient de accesibile și previzibile la momentul faptelor. Principiul neretroactivității nu aduce atingere pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune, care, în momentul săvârșirii sale, era considerată infracțiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate. Art. 7 § 2 din Convenție și art. 15 § 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice prevede acest caz³². Deși din punct de vedere istoric aceste clauze de salvagardare au fost create

²⁹. De exemplu, dintre cele două legi penale, cea care prevede o pedeapsă maximă mai mică nu conduce în mod necesar la impunerea unei pedepse mai blânde decât cea care prevede o pedeapsă minimă mai mare. Judecătorul care impune pedeapsa trebuie să țină seama de faptele cauzei și de ansamblul cadrului juridic aplicabil, inclusiv de eventualii factori care pot conduce la atenuarea pedepsei și de posibilitatea suspendării pedepsei. Astfel, o lege penală care prevede o pedeapsă maximă mai mică, dar care nu prevede nicio posibilitate de suspendare a pedepsei sau o supune unor condiții foarte stricte, poate fi *lex gravior* în raport cu o lege penală care prevede o pedeapsă maximă mai mare, dar care oferă și cele mai generoase posibilități de suspendare a pedepsei, în cazul în care acuzatul poate beneficia *in concreto* de o suspendare a pedepsei în temeiul celei de-a doua legi, dar nu și în temeiul primei legi. Același lucru poate fi valabil dacă se compară o lege care prevede o pedeapsă maximă mai mică, dar mai puțin factori de atenuare a pedepsei, cu o lege care prevede o pedeapsă maximă mai mare, dar o asociază cu o gamă mai largă de factori de atenuare, permițând instanței să pronunțe, în circumstanțele speței, o pedeapsă mai mică în temeiul celei de-a doua legi, față de pedeapsa pe care ar fi impus-o în temeiul primei legi.

³⁰. Astfel cum precizează art. 15 din Carta arabă revizuită, „în toate cazurile se aplică legea cea mai favorabilă acuzatului”. Sau, pentru a-l cita pe Von Liszt, principiul *nullum crime, nulla poena sine lege* este „apărarea cetățeanului împotriva omnipotenței statului, protejând individul împotriva puterii implacabile a majorității, împotriva Leviatan-ului. Oricât de paradoxal poate părea, codul penal este *magna carta* infractorului. Îi garantează dreptul de a fi pedepsit doar în conformitate cu cerințele prevăzute de lege și numai în limitele stabilite de aceasta” (von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 357).

³¹. Comitetul internațional al Crucii Roșii împărtășește opinia conform căreia neretroactivitatea infracțiunilor și pedepselor este un principiu de drept internațional cutumiar, atât în timp de pace, cât și în timp de război (a se vedea Regula 101 din *Studiul privind dreptul internațional umanitar cutumiar* realizat de Comitetul internațional al Crucii Roșii).

³². Primul proiect pentru această dispoziție a fost prezentat la a doua sesiune a Comisiei pentru drepturile omului, în decembrie 1947, la inițiativa Belgiei și Republicii Filipine, pentru proiectul Declarației Universale a Drepturilor Omului. Dispoziția, numită „clauza Nürnberg /Tokyo” a fost respinsă în cele din urmă, pe motiv că nu adăuga nimic nou la norma principală, având în vedere că principiile generale de drept făceau parte din dreptul internațional. În timpul dezbaterilor privind proiectul pentru Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, care au avut loc în cadrul celei de-a șasea sesiuni a Comisiei pentru drepturile omului, în mai 1950,

pentru a justifica procesele de la Nürnberg și Tokyo, ele se aplică și altor procese³³. Acestea au propriul domeniu de aplicare, având în vedere că vizează acte care, la momentul comiterii lor, nu sunt încă recunoscute drept infracțiuni nici în dreptul internațional cutumiar, nici în dreptul convențional aplicabil faptelor, dar reprezintă deja un afront intolerabil adus principiilor justiției, astfel cum o demonstrează practica unui număr semnificativ de națiuni³⁴. Pentru a evita incertitudinea juridică și pentru a respecta celălalt aspect al principiului legalității, și anume principiul interpretării stricte a legii (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), este imperativ să se procedeze la o examinare strictă a practicii statului în cauză: doar atunci când principiile generale de drept reflectă practicile internaționale și naționale ale unui număr semnificativ de state, acestea pot fi recunoscute ca exprimând voința comunității națiunilor civilizate de a incrimina un anumit comportament³⁵. Rezultă că sancționarea unui act *a posteriori* nu este o excepție de la principiul neretroactivității legii penale și se bazează pe principiile generale de drept, în măsura în care, din punct de vedere material, actul în cauză corespunde deja unei infracțiuni în momentul săvârșirii sale. Astfel, „clauza Nürnberg/Tokyo” nu se aplică atunci când, la momentul faptelor, actele în cauză constituiau o infracțiune în dreptul național, dar erau pasibile de o pedeapsă mai blândă decât cea pe care o prevăd o lege sau un tratat ulterioare³⁶.

Contextul politic și judiciar al cauzei

Legea privind Curtea de Stat, prin care a fost înființată Curtea de Stat a Bosniei și Herțegovina, a fost promulgată la 12 noiembrie 2000 de către Înalțul Reprezentant în Bosnia și Herțegovina. Parlamentul Bosniei și Herțegovina a înființat efectiv Curtea Bosniei și Herțegovina la 3 iulie 2002, prin Legea privind Curtea Bosniei și Herțegovina. Un nou Cod penal al Bosniei și Herțegovina a intrat în vigoare la 1 martie 2003. Un cod de proceduri privind examinarea crimelor de război a fost promulgat la 28 decembrie 2004. O cameră specială a Curții de Stat a Bosniei și Herțegovina, competentă pentru a judeca crime de război, și-a început activitatea la 9 martie 2005. În iunie 2008, Consiliul de Miniștri al Bosniei și Herțegovina a adoptat Strategia de reformă a sectorului justiției a Bosniei și Herțegovina pentru perioada 2008-2012. Această strategie este fructul unui demers comun întreprins de miniștrii justiției ai statului Bosniei și Herțegovina, entități și cantoane, Comisia Judiciară a Districtului Brčko și Consiliul Superior al Judecătorilor și Procurorilor. La 29 decembrie 2008, Consiliul

Eleanor Roosevelt s-a opus, de asemenea, prezentând următoarele argumente similare: aceasta considera că expresia „potrivit dreptului național sau internațional” acoperea deja urmărirea penală în dreptul penal internațional și a observat că expresia „principiile generale de drept recunoscute de națiunile civilizate” era utilizată deja la art. 38 c) din Statutul CIJ pentru a desemna una din sursele dreptului internațional. În februarie 1950, aceeași propunere a fost făcută de un expert luxemburghez în cadrul elaborării Convenției Europene a Drepturilor Omului. În ciuda opozițiilor, dispoziția a fost adoptată în cele din urmă în Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice și în Convenție, cu scopul expres de a permite desfășurarea proceselor pentru crimele săvârșite în timpul celui de-al Doilea Război Mondial (a se vedea *lucrările pregătitoare ale Convenției Europene a Drepturilor Omului*, volumul III, pp. 163, 193 și 263, și, ulterior, cauzele *X. împotriva Belgiei* (nr. 268/57, Decizia Comisie din 20 iulie 1957, Anuar 1, p. 241) și *Kononov împotriva Letoniei* [(MC), nr. 36376/04, pct. 186, 17 mai 2010].

³³. Patru țări au inclus „clauza Nürnberg/Tokyo” și în Constituția lor: Canada [art. 11 g)], Capul-Verde (art. 30), Polonia (art. 42 § 1) și Sri Lanka (art. 13 § 6).

³⁴. La 30 septembrie 1946, Tribunalul Militar Internațional a proclamat *ubi et orbi* principiul justiției în cauza *Göring ș alții*: „În primul rând, trebuie să se remarce faptul că maxima *nullum crime sine lege* nu este o limitare a suveranității, ci un principiu general de justiție. Afirmatia conform căreia este nedreaptă pedepsirea persoanelor care, în ciuda tratatelor și a garanțiilor furnizate, au atacat state vecine fără avertisment este evident falsă, deoarece, în astfel de circumstanțe, agresorul trebuie să știe că acționează greșit și, departe de a fi nedrept ca acesta să fie pedepsit, ar fi nedrept dacă infracțiunea sa ar rămâne nepedepsită.” (Actele procesului de la Nürnberg, vol. 22, p. 461).

³⁵. Infracțiunea de sfidare a instanței a fost prezentată drept un exemplu de act infracțional în temeiul principiilor generale de drept (a se vedea *Procurorul împotriva Dusko Tadic*, hotărâre de confirmare a Camerei de Apel a TPI cu privire la acuzațiile de ultraj formulate împotriva consiliului precedent, Milan Vujan, pct. 15, cauza nr. IT-94-1-A-AR77, 27 februarie 2001).

³⁶. Așadar, Marea Cameră ar fi trebuit să adopte o poziție net diferită de decizia nefericită pronunțată în cauza *Naletilić împotriva Croației* (nr. 51891/99), în care Curtea considerase că art. 7 § 2 din Convenție era aplicabil acuzației reclamantului conform căruia risca să primească o pedeapsă mai severă din partea TPI decât din partea instanțelor interne. Ar fi trebuit să facă acest lucru din două motive: în primul rând, această interpretare a art. 7 § 2 este problematică; în al doilea rând, decizia *Naletilić* privea o cauză în care un procuror internațional acuzase reclamantul în fața unui tribunal internațional pentru un act al cărui caracter infracțional era consacrat în dreptul internațional, în vreme ce, în prezenta cauză, reclamantii erau acuzați în fața unei instanțe interne de o infracțiune prevăzută de dreptul național.

de Miniștri al Bosniei și Herțegovina a adoptat Strategia națională privind crimele de război, care completa Strategia pentru justiția de tranziție.

În urma reformelor judiciare din 2003, au fost create patru sisteme juridice, fiecare având propriile instanțe: Bosnia și Herțegovina, Districtul Brčko, Federația Bosniei și Herțegovina și Republica Srpska. Aceste sisteme juridice nu au fost prevăzute cu mecanisme de soluționare a interpretărilor juridice divergente și de armonizare a practicilor diverselor instanțe. În consecință, Curtea de Stat a Bosniei și Herțegovina și Curțile Supreme ale celor două entități au pronunțat verdicte foarte diferite privind probleme juridice esențiale, ceea ce a dat naștere unor divergențe în practica judiciară și interpretarea dreptului. În fapt, în 2008, Ministerul Justiției din Bosnia și Herțegovina a apreciat că „această imprevizibilitate afect[a] imaginea Bosniei și Herțegovina pe scena juridică internațională” și că „exis[a] riscul ca țara să încalce convențiile”³⁷. Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a exprimat aceeași preocupare politică, de exemplu în Rezoluția 1626 (2008) privind respectarea obligațiilor și angajamentelor de către Bosnia și Herțegovina: „încă mai există inconsecvențe în aplicarea dreptului penal de către diversele instanțe la nivelul statului și al entităților, ceea ce conduce la un tratament inegal al cetățenilor, în lumina Convenției Europene a Drepturilor Omului”³⁸; și OSCE a exprimat aceeași idee, în bilanțul pe cinci ani de examinare a cauzelor privind crime de război în Bosnia (*Overview of five years of war crimes processing in Bosnia*), în care denunța „o situație de inegalitate evidentă în fața legii a persoanelor judecate pentru crime de război în fața diverselor instanțe din Bosnia și Herțegovina” și a apreciat că acest lucru „practic însemn[a] că persoanelor condamnate pentru crime de război li se aplic[au] pedepse total diferite în funcție de instanța care examin[ă] cauza”³⁹. Divergențelor de jurisprudență li se adaugă strămutarea cauzelor de la instanțele care ar fi trebuit să le judece în mod normal. Însuși Consiliul de miniștri al Bosniei și Herțegovina a recunoscut acest lucru, evocând „practica inconsecventă în materie de examinare, autosesizare și transfer ale cauzelor privind crime de război între Curte și biroul procurorului și celelalte instanțe și parchete, precum și absența unor criterii comune de apreciere a gradului de sensibilitate și complexitate ale cauzelor”⁴⁰. După adoptarea în 2004 a criteriilor de orientare ale Biroului Procurorului, așa-numitele cauze „foarte sensibile” trebuiau păstrate de Direcția specială pentru crime de război a Biroului Procurorului din Bosnia și Herțegovina, iar cauzele „sensibile” trebuiau să fie transferate la Biroul procurorului regional și districtual din locul în care, conform dosarului, se desfășuraseră evenimentele. Aceste orientări erau foarte neclare și, mai rău, nu erau aplicate în mod consecvent. Mai simplu, această metodă de „urmărire penală caz cu caz” nu funcționa bine, deoarece „nu făcea decât să sporească confuzia care exista cu privire la ce anume trebuia să se facă, de către cine și în ce manieră”⁴¹. Absența unei strategii de prioritizare și selecție a cauzelor, a unui raționament de fond în ceea ce privește alegerea instanței de judecată de către procuror și a unui control judecătoresc efectiv al acestei alegeri au condus la incertitudini semnificative cu privire la prioritățile și alegerile procurorului, anumiți politicieni mergând până la a contesta obiectivitatea departamentului de urmărire penală în procesul de selectare a cauzelor, având în vedere că, în 90 % din cauzele care erau aduse în fața camerei competente pentru judecarea crimelor de război, acuzații erau sârbi⁴².

Abia în 2008, autoritățile au stabilit o strategie națională scrisă, care avea ca scop dezvoltarea unei abordări mai sistematice a cauzelor și alocarea de resurse pentru examinarea cauzelor privind crime de război⁴³. Pentru a asigura uniformitatea și obiectivitatea procesului de selectare a cauzelor și de apreciere a complexității lor și pentru a permite autorităților competente să stabilească situațiile în care trebuiau să preia sau să transfere o cauză, Curtea de Stat și Biroul Procurorului din Bosnia și

³⁷. Strategia de reformă a sectorului justiției din Bosnia și Herțegovina pentru perioada 2008-2012, Sarajevo, iunie 2008, p. 70.

³⁸. Comisia de la Veneția a exprimat aceeași opinie politică în Avizul nr. 648/2011, la punctele 38 și 65.

³⁹. OSCE, *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina: An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010*, mai 2011, p. 19. A se vedea și documentul din septembrie 2009 comunicat de Centrul internațional pentru justiția de tranziție (International Center for Transitional Justice) Consiliului pentru drepturile omului al Organizației Națiunilor Unite la cea de-a șaptea sesiune a grupului de lucru privind examinarea periodică mondială, în cadrul căreia a fost examinată situația din Bosnia și Herțegovina, și documentele Human Rights Watch (HRW) intitulate *Still Waiting: Bringing Justice for War Crimes, Crimes against Humanity, and Genocide in Bosnia and Herzegovina's Cantonal and District Courts* (iulie 2008) și *Justice for Atrocity Crimes, Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina* (martie 2012).

⁴⁰. Consiliul de Miniștri al Bosniei și Herțegovina, *Strategia națională privind crimele de război*, 28 decembrie 2008, p. 4.

⁴¹. Zekerija Mujkanovic, *The orientation Criteria document in Bosnia and Herzegovina*, FICHL Publication Series no. 4 (2010, ediția a doua), p. 88.

⁴². HRW, *Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia's War Crimes Chamber*, februarie 2007, p. 9.

⁴³. HRW, *Justice for atrocity crimes*, citată anterior, p. 42

Herțegovina, cu participarea altor instanțe și parchete, au elaborat criterii de stabilire a complexității cauzelor. Ulterior, Legea nr. 93/09 a modificat art. 449 din Codul de procedură penală al Bosniei și Herțegovina (care privește soluționarea cauzelor pendinte în fața altor instanțe și parchete), introducând următoarele criterii privind transferul și repartizarea cauzelor: „gravitatea infracțiunii, capacitatea autorului și alte circumstanțe importante pentru aprecierea complexității cauzei”⁴⁴.

Aprecierea faptelor prezentei cauze în temeiul standardelor europene

Este necesar ca faptele din prezenta cauză să fie apreciate în acest context politic și judiciar, precum și în lumina principiilor menționate anterior. Iar concluzia este ineluctabilă, Cei doi reclamânți au fost supuși unui proces penal arbitrar, în urma căruia li s-au aplicat pedepse retroactive severe. Dovada evidentă a caracterului arbitrar este aceea că reclamantului Damjanovic i s-a impus de către Curtea de Stat, în temeiul Codului din 2003, o pedeapsă de unsprezece ani de închisoare pentru aplicarea unor bătăi, adică mai mult de dublul pedepsei minime prevăzute de Codul din 1976. Cazul reclamantului Maktouf este și mai frapant: persoana în cauză a fost condamnată, în temeiul Codului din 2003, la cinci ani de închisoare, adică de cinci ori mai mult decât pedeapsa minimă prevăzută de Codul din 1976.

Reclamantul Maktouf a primit pedeapsa minimă posibilă pentru acte de complicitate la crime de război, prevăzută de Codul din 2003, iar reclamantul Damjanovic o pedeapsă ceva mai mare decât pragul minim prevăzut de același cod pentru autorii crimelor de război, deoarece instanțele au acordat importanță circumstanțelor atenuante la stabilirea pedepselor. Dacă instanțele ar fi aplicat aceleași criterii de atenuare a pedepsei în temeiul Codului din 1976 – și ar fi putut proceda astfel – în mod necesar le-ar fi impus reclamanților pedepse mult mai mici. Această comparație *in concreto* între pedepsele primite de reclamânți și cele la care s-ar fi putut aștepta în temeiul Codului din 1976 demonstrează clar că astfel, Codul din 1976 era *lex mitior* și cel din 2003 *lex gravior*⁴⁵. Acționând astfel, instanțele naționale au încălcat nu numai art. 4 § 2 din Codul penal din 2003 al Bosniei și Herțegovina, ci și art. 7 § 1 din Convenție⁴⁶.

Concluzie

⁴⁴. Astfel cum concluzionează Centrul internațional pentru justiția de tranziție, „criteriile privind complexitatea cauzelor constau într-o listă lungă de factori care trebuie analizați pentru a stabili dacă procedura se va desfășura în fața Curții Bosniei și Herțegovina. Pe scurt, sfera criteriilor este extrem de largă, acestea neprecizând clar ce limite trebuie îndeplinite pentru a justifica considerarea unei cauze drept „mai complexă” sau „mai puțin complexă” (document prezentat de Consiliul pentru drepturile omului în ceea ce privește Bosnia și Herțegovina în cadrul examinării periodice universale, citată anterior). Amploarea acestor criterii și în special a criteriului care privește „alte circumstanțe importante pentru aprecierea complexității cauzei” este deosebit de problematică. Nu putem să nu ne gândim la principiul judecătorului desemnat sau legitim și la interdicerea solemnă a instanțelor penale extraordinare, enunțate la art. 8 din Convenția americană a drepturilor omului și în dispozițiile constituționale ale unui număr considerabil de țări, printre care se numără art. 135 § 2 din Constituția Albaniei, art. 85 § 2 din Constituția Andorrei, art. 176 § 5 din Constituția Angolei revizuită, art. 18 din Constituția Argentinei, art. 92 din Constituția Armeniei, art. 125-VI din Constituția Azerbaidjanului, art. 14 și 116-II din Constituția Boliviei, art. 5-XXXVII din Constituția Braziliei, art. 19 § 3 din Constituția Republicii Chile, art. 61 din Legea constituțională daneză, art. 123 § 2 din Constituția Timorului Oriental, art. 15 din Constituția El Salvadorului, art. 78 § 4 din Constituția Etiopiei, art. 101 din Legea fundamentală (*Grundgesetz*) germană, art. 25 și 102 din Constituția Italiei, art. 76 din Constituția Japoniei, art. 33 § 1 din Constituția Liechtensteinului, art. 111 din Constituția Lituaniei, art. 86 din Constituția Luxemburgului, art. XXV-1 din Constituția Macedoniei, art. 118 din Constituția Muntenegrului, art. 13 din Constituția Mexicului, art. 167 § 2 din Constituția Mozambicului, art. 4 § 8 din Constituția Nigerului, art. 17 § 3 din Constituția Paraguayului, art. 139 § 3 din constituția peruviană, art. 172 § 2 din Constituția Poloniei, art. 209 § 3 din Constituția Portugaliei, art. 126 § 5 din Constituția României, art. 118 § 3 din Constituția Rusiei, art. 143 din Constituția Rwandei, art. 39 § 7 din Constituția Sao Tomé și Príncipe, art. 48 § 1 din Constituția Slovaciei, art. 117 din Constituția Spaniei, art. 11 din Instrumentul de guvernare suedez, art. 30 § 1 din Constituția Elveției, art. 125 din Constituția Ucrainei și art. 19 din Constituția Uruguayului. Clauze cu o sferă largă de aplicare referitoare la transferul și retragerea cauzelor penale au fost în trecut instrumente esențiale pentru funcționarea acestor instanțe și sunt inacceptabile din perspectiva principiului judecătorului desemnat sau legitim.

⁴⁵. Prezenta cauză este foarte asemănătoare celei din Comunicarea nr. 981/2001 (citată anterior, pct. 7-4). Precum reclamânții în speță, domnul Gómez Casafanica a fost condamnat la pedeapsa minimă de 25 de ani prevăzută de legea nouă, adică mai mult decât dublul pedepsei minime prevăzute de legea veche, fără ca instanțele naționale să explice care ar fi fost pedeapsa în temeiul vechii legi dacă aceasta ar mai fi fost aplicabilă.

⁴⁶. Cauzele domnilor Damjanovic și Maktouf ilustrează foarte bine concluzia la care a ajuns însuși Guvernul statului pârât în ceea ce privește situația generală, descrisă anterior, a organizării sistemului de urmărire penală și cel judecătoresc din Bosnia și Herțegovina (Consiliul de Miniștri al Bosniei și Herțegovinei, Strategia națională privind crimele de război, 28 decembrie 2008, p. 15).

Având în vedere că instanțele naționale au aplicat arbitrar și retroactiv *lex gravior*, am ajuns la concluzia că a fost încălcat art. 7 § 1 din Convenție. Efectul juridic al constatării unei încălcări a art. 7 este acela că instanța națională competentă trebuie să declare condamnările reclamanților nule și neavenite. Art. 7 nu permite nicio derogare, astfel cum se menționează clar la art. 15. Or, în cazul în care condamnările reclamanților ar rămâne valabile, deși s-a concluzionat că au fost pronunțate prin încălcarea art. 7, acest lucru ar constitui *de facto* o derogare de la acest articol. O astfel de derogare ar invalida nu numai constatarea încălcării din prezenta hotărâre a Curții, ci și art. 15. Dacă statul pârât încă dorește să judece actele săvârșite de reclamanți în timpul războiului din Bosnia, este necesar un nou proces. Atunci când Anselm von Feuerbach a enunțat, la pct. 24 din *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1801), expresia latină *nulla poena sine lege*, a adăugat și că acest principiu nu permite nicio excepție: toți autorii de infracțiuni trebuie să beneficieze de el, indiferent dacă actele săvârșite de aceștia sunt minore sau grave.