

Ustavni sud Bosne i Hercegovine, u predmetu broj **AP 1705/10**, rješavajući apelaciju **Zrinka Pinčića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 59. stav 2. alineja 2, člana 61. st. 1. i 2. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 60/05, 64/08 i 51/09), u sastavu:

Valerija Galić, predsjednica

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Mirsad Ćeman, sudija

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 5. novembra 2013. godine donio je

## **ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU**

Usvaja se apelacija **Zrinka Pinčića**.

Utvrđuje se kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-08/502 od 2. decembra 2009. godine.

Predmet se vraća Sudu Bosne i Hercegovine, koji je dužan da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da, u skladu sa članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Odluku objaviti u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", "Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine", "Službenom glasniku Republike Srpske" i "Službenom glasniku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine".

## **OBRAZLOŽENJE**

### **I. Uvod**

1. Zrinko Pinčić (u daljnjem tekstu: apelant) iz Mostara, kojeg zastupa Velimir Marić, advokat iz Mostara, podnio je 11. maja 2010. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv presuda Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) br. X-KRŽ-08/502 od 2. decembra 2009. godine i X-KR-08/502 od 28. novembra 2008. godine.

### **II. Postupak pred Ustavnim sudom**

2. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) zatraženo je 17. augusta 2010. godine da dostave odgovore na apelaciju.

3. Sud BiH je dostavio odgovor na apelaciju 1. aprila 2011. godine, a Tužilaštvo BiH 4. aprila 2011. godine.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori Suda BiH i Tužilaštva BiH dostavljeni su apelantovom opunomoćeniku 11. aprila 2011. godine.

### III. Činjenično stanje

5. Činjenice predmeta koje proizlaze iz apelantovih navoda i dokumenata predloženih Ustavnom sudu mogu se sumirati na sljedeći način:
6. Presudom Suda BiH broj X-KR-08/502 od 28. novembra 2008. godine, koja je potvrđena Presudom Apelacionog odjeljenja Suda BiH od 2. decembra 2009. godine, apelant je proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZBiH), jer je za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini, u vrijeme oružanog sukoba, kršeći pravila međunarodnog prava, prisiljavao drugo lice na seksualni odnos, upotrebom prijetnje, direktnim napadom na njegovo tijelo, kršeći pravila međunarodnog prava. Za navedeno krivično djelo apelant je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od devet godina.
7. U obrazloženju presude Sud BiH je, između ostalog, naveo da je, nakon savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima izvedenim na glavnom pretresu, utvrdio činjenično stanje kao u izreci presude. Naime, Sud BiH je utvrdio da je apelant u vremenskom periodu počev od novembra 1992. godine do marta 1993. godine, u mjestu Donje Selo, općina Konjic, u više navrata u noćnim satima, obučen u vojnu uniformu i naoružan, dolazio u kuću u kojoj su prethodno bili zatočeni civili srpske nacionalnosti (žene i djeca – dvije maloljetne djevojčice, jedan maloljetni dječak i dvije djevojke, kao i lice „A“ i njegova nepokretna majka), te je iz prostorije u kojoj su sjedili zatočeni civili izvodio lice „A“ i uvodio u drugu prostoriju, prisiljavajući ga na seksualni odnos, upotrebom prijetnje, direktnim napadom na njegovo tijelo. Osnovna obilježja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kako je dalje navedeno, ogledaju se u postojanju rata, kršenju pravila međunarodnog prava i, u sklopu takvog ponašanja, specifičnih apelantovih radnji.
8. U pogledu primjene materijalnog prava, za Sud BiH su relevantna dva zakonska načela. Prvo je načelo zakonitosti prema kojem nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna, (član 3. KZBiH). Drugo je načelo vremenskog važenja krivičnog zakona prema kojem se na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja djela zakon promijenio jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca (član 4. KZBiH). Načelo zakonitosti je propisano i odredbom člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija).
9. S tim u vezi, Sud BiH je utvrdio da krivično djelo za koje je apelant proglašen krivim predstavlja krivično djelo prema međunarodnom običajnom pravu i, stoga, potpada pod *opće principe*

*međunarodnog prava* propisane članom 4a. Zakona o izmjenama i dopunama KZBiH, odnosno pod *opća pravna načela koja priznaju civilizirani narodi* propisana stavom 2. člana 7. Evropske konvencije, te da se KZBiH može primijeniti u konkretnom slučaju. Navedeno je da je krivično djelo za koje je apelantu izrečena osuđujuća presuda bilo propisano i kažnjivo i u odredbi člana 142. Krivičnog zakona SFRJ (u daljnjem tekstu: KZSFRJ). Međutim, imajući u vidu navedena načela, Sud BiH je primjenu KZBiH opravdao činjenicom da je zapriječena kazna za navedeno krivično djelo u svakom slučaju blaža nego smrtna kazna koja je bila propisana u KZSFRJ, dakle, zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Takav stav je, kako je dalje navedeno, u skladu sa presudom koju je donijelo Apelaciono odjeljenje Suda BiH u predmetu protiv Abduladhima Maktoufa broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine i u predmetu protiv Dragana Paunovića broj KPŽ 05/16 od 27. oktobra 2006. godine.

10. Prilikom odmjeravanja kazne Sud BiH je, prije svega, ocijenio težinu krivičnog djela i stepen apelantove krivične odgovornosti. S tim u vezi, Sud BiH je istakao da je van razumne sumnje utvrdio da u konkretnom slučaju na apelantovoj strani postoji visok stepen odgovornosti za počinjeno krivično djelo, jer je postupao s direktnim umišljajem, odnosno bio je svjestan svog postupanja i htio je da ga izvrši. Imajući u vidu da se radi o krivičnom djelu koje je počinjeno protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, zatim, zapriječenu kaznu od najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora, Sud BiH je ocijenio sve propisane elemente koji mogu utjecati da kazna bude veća ili manja. S tim u vezi, u konkretnom slučaju nije bilo otežavajućih okolnosti pri čemu je sud ocijenio težinu posljedica i apelantovo korektno držanje pred sudom. Od olakšavajućih okolnosti je ocijenjen raniji apelantov život, činjenica da nije osuđivan i da je porodičan čovjek. Od osobito olakšavajućih okolnosti (član 49. KZBiH) Sud BiH je ocijenio apelantovu životnu dob u vrijeme izricanja presude i činjenicu da je ratni vojni invalid sa invaliditetom od 80%. U vezi s tim Sud BiH je apelantu izrekao kaznu zatvora ispod propisanog minimuma kazne u trajanju od devet godina, smatrajući da je proporcionalna težini počinjenog djela, stepenu krivične odgovornosti, okolnostima i motivima pod kojim je krivično djelo počinjeno, te da će se izrečenom kaznom postići svrha specijalne i generalne prevencije.

11. Presudom Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj X-KRŽ-08/502 od 2. decembra 2009. godine odbijena je apelantova žalba i prvostepena presuda od 28. novembra 2008. godine potvrđena u cijelosti. U obrazloženju presude, u pogledu primjene materijalnog prava, Apelaciono odjeljenje Suda BiH je navelo da je prvostepeni sud, nakon analize odredaba KZSFRJ, KZBiH, te odredaba Evropske konvencije i presude u predmetu Abduladhim Maktouf, pravilno primijenio odredbe KZBiH. Naime, krivično djelo za koje je apelant osuđen predstavlja povredu kako prema KZBiH, tako i prema

KZSFRJ koji je bio na snazi u vrijeme kada je krivično djelo počinjeno. Član 173. stav 1. tačka e) KZBiH propisuje kaznu zatvora u trajanju od *najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora*, a član 142. stav 1. KZSFRJ propisuje kaznu zatvora u trajanju od *najmanje pet godina ili smrtnu kaznu*. Obrazlažući neosnovanost apelantovih žalbenih navoda koji se tiču ukidanja smrtne kazne i primjene KZSFRJ kao blažeg zakona, Apelaciono odjeljenje Suda BiH je navelo da, *imajući u vidu da je smrtna kazna bila na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, ona se ne može jednostavno zanemariti*. S tim u vezi je naglašeno da KZBiH ne propisuje način analize za utvrđivanje blažeg zakona i da se Sud BiH u više predmeta bavio ovim pitanjem, te ustanovio da je poređenje maksimalnih zatvorskih kazni osnovna okolnost za odlučivanje o tom pitanju. Naime, Sud BiH je utvrdio da je KZBiH blaži zakon, jer ne postoji teža kazna od smrtne kazne koja je bila maksimalna kazna u odgovarajućem dijelu KZSFRJ. U vezi s konkretnom prvostepenom presudom i izrečenom kaznom, Apelaciono vijeće Suda BiH je naglasilo da je KZBiH blaži u odnosu na KZSFRJ, koji je kao maksimalnu kaznu predviđao smrtnu kaznu i pri tome se pozvao na svoje presude u predmetima protiv Mirka Pekeza, Niseta Ramića i Gorana Damjanovića, smatrajući da su te odluke suda uvjerljive i da predstavljaju stvarnu analizu za utvrđivanje najblažeg zakona. Koristeći se standardom utvrđivanja maksimalne zapriječene kazne, kako je dalje navedeno, konstatirano je da je KZBiH blaži za apelanta od KZSFRJ.

#### **IV. Apelacija**

##### **a) Navodi iz apelacije**

12. Apelant smatra da mu je osporenim odlukama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije i pravo iz člana II/5. Ustava Bosne i Hercegovine. Smatra da su navedene presude utemeljene na pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju koje je rezultat pogrešne ocjene dokaza, a to je, kako tvrdi, *rezultiralo pogrešnom primjenom krivičnog zakona u pogledu krivične odgovornosti* i izrečenom kaznom. S tim u vezi je naveo da su prvostepeno i drugostepeno vijeće Suda BiH pogriješili u svojoj odluci da u postupku koji se protiv njega vodio primijene KZBiH umjesto KZSFRJ iz čega proizlazi, iako to u apelaciji nije direktno navedeno, da apelant ukazuje na kršenje prava iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije. Njegova odbrana je tokom postupka isticala da je KZSFRJ blaži zakon a takvo mišljenje je izneseno i u podnesenoj apelaciji.

##### **b) Odgovor na apelaciju**

13. Sud BiH je u odgovoru istakao da se navodi apelacije koji se odnose na meritum svode na navodno pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje o čemu je drugostepeno vijeće tog suda dalo detaljne odgovore, pa ih treba odbiti kao neosnovane. Zbog istih razloga, kako je dalje navedeno, treba

odbiti apelantov prigovor usmjeren na navodnu pogrešnu primjenu krivičnog zakona s obzirom na to da je primijenjen KZBiH umjesto KZSFRJ, koji je, prema njegovom mišljenju, blaži zakon. S obzirom na nedostatak konkretizacije iznesenog prigovora, Sud BiH je uputio na odnosni dio drugostepene presude u kojem su razmotreni žalbeni navodi po ovom osnovu i iznijeti detaljni razlozi u prilog primjenjivosti KZBiH.

14. Tužilaštvo BiH smatra da apelacija ne zadovoljava osnovne uvjete u smislu njene dopustivosti, jer su navedene odredbe člana II/5. Ustava BiH, a jasno je da se ova odredba odnosi na izbjeglice i raseljena lica, što u ovom predmetu nije relevantno. Osim toga, ni odredba člana 6. Evropske konvencije nije konkretizirana, pa je nejasno koje pravo u okviru ovog prava apelant smatra povrijeđenim. Naime, istaknuti su prigovori koji se tiču ocjene činjenica i primjene zakona od Suda BiH, pa je apelacija, prema ocjeni Tužilaštva BiH, neosnovana i, stoga, očigledno nedopustiva.

## **V. Relevantni propisi**

15. **Krivični zakon Bosne i Hercegovine** («Službeni glasnik BiH» br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06 i 32/07), u tekstu koji se primjenjivao u vrijeme suđenja, u relevantnom dijelu glasi:

### ***Načelo zakonitosti***

#### ***Član 3.***

- (1) Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.*
- (2) Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna.*

### ***Vremensko važenje Krivičnog zakona***

#### ***Član 4.***

- (1) Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.*
- (2) Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.*

### ***Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava***

#### ***Član 4.a)***

*Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa općim načelima međunarodnog prava.*

### **Kazna zatvora**

*Član 42. st. 1, 2. i 3.*

- (1) Kazna zatvora ne može biti kraća od trideset dana ni duža od dvadeset godina.*
- (2) Za najteže oblike teških krivičnih djela učinjenih s umišljajem, može se propisati kazna zatvora u trajanju od dvadeset do četrdesetpet godina (dugotrajni zatvor).*
- (3) Kazna dugotrajnog zatvora nikada se ne može propisati kao jedina glavna kazna za pojedino krivično djelo.*

### **Ublažavanje kazne**

*Član 49.*

*Sud može učinioocu odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili izreći blažu vrstu kazne:*

- a) kad zakon propisuje da se učinilac može blaže kazniti;*
- b) i kad sud utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i s ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.*

### **Granice ublažavanja kazne**

*Član 50. stav 1. tačka a.*

- 1. Kad postoje uvjeti za ublažavanje kazne iz člana 49. ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:*
  - a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora od deset ili više godina, kazna se može ublažiti do pet godina zatvora;*

### **Ratni zločin protiv civilnog stanovništva**

*Član 173.*

*(1) Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini koje od ovih djela:*

- e) prisiljavanje druge osobe upotrebom sile ili prijetnje direktnim napadom na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe, na seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju (silovanje), prisiljavanje na prostituciju, primjenjivanje mjere zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protupravno odvođenje u koncentracione logore i druga protuzakonita zatvaranja, oduzimanje prava na pravično i nepristrano suđenje, prisiljavanje na službu u neprijateljskim oružanim snagama ili u neprijateljskoj obavještajnoj službi ili upravi;*  
*[...],*

*kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.*

16. U **Krivičnom zakonu SFRJ** ("Službeni list SFRJ" br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90) relevantne odredbe glase:

### ***Smrtna kazna***

*Član 37. st. 1. i 2.*

*(1) Smrtna kazna ne može se propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo.*

*(2) Smrtna kazna može se izreći samo za najteže slučajeve teških krivičnih djela za koje je zakonom propisana.*

### ***Zatvor***

*Član 38. st. 1, 2. i 3.*

*(1) Zatvor ne može biti kraći od petnaest dana ni duži od petnaest godina.*

*(2) Za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina.*

*(3) Ako je za krivično djelo učinjeno sa umišljajem propisan zatvor u trajanju od petnaest godina, može se za teške oblike tog djela propisati i zatvor od dvadeset godina.*

### ***Ublažavanje kazne***

*Član 42.*

*Sud može učiniocu odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili primijeniti blažu vrstu kazne:*

*1) kad zakon predviđa da se učinilac može blaže kazniti;*

*2) kad utvrdi da postoje osobite olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.*

### ***Granice ublažavanja kazne***

*Član 43. stav 1. tačka a)*

*(1) Kad postoje uslovi za ublažavanje kazne iz člana 42. ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:*

*a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera propisan zatvor u trajanju od tri ili više godine, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora.*

### ***Ratni zločin protiv civilnog stanovništva***

*Član 142. stav 1.*



(1) *Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi da se izvrši napad na civilno stanovništvo, naselje, pojedina civilna lica ili lica onesposobljena za borbu, koji je imao za posljedicu smrt, tešku tjelesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja ljudi; [...], prisiljavanje na prostituciju ili silovanja, [...], ili ko izvrši neko od navedenih djela, kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.*

## **VI. Dopustivost**

17. U skladu sa članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

18. U skladu sa članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku kojeg je koristio.

19. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-08/502 od 2. decembra 2009. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 19. aprila 2010. godine, a apelacija je podnesena 11. maja 2010. godine, dakle, u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

20. Imajući u vidu odredbe člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 16. st. 1, 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je utvrdio da predmetna apelacija ispunjava uvjete u pogledu dopustivosti.

## **VII. Meritum**

21. Apelant pobija navedene presude, tvrdeći da mu je tim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije. Osim toga, apelant navodi da je sud *pogriješio u svojoj odluci da se u ovom postupku primjenjuje KZBiH umjesto KZSFRJ, odbrana smatra da je KZSFRJ blaži zakon*, čime je implicitno ukazano na povredu prava iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije. S obzirom na to da je Evropski sud tokom 2012. i 2013. godine razmatrao dva relevantna predmeta koja se tiču retroaktivne primjene zakona u predmetima „ratnih zločina“, te u vezi s tim kršenja člana 7. Evropske konvencije, Ustavni sud će prvo ispitati apelantove navode koji se tiču kažnjavanja na osnovu zakona.

### **Kažnjavanje samo na osnovu zakona**

22. Član 7. Evropske konvencije glasi:

*1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo nastalo činjenjem ili nečinjenjem koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja, prema nacionalnom ili međunarodnom pravu. Isto tako, izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.*

*2. Ovaj član ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica koje je krivo za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema opštim pravnim načelima priznatim kod civilizovanih naroda.*

23. Apelant smatra da su redovni sudovi bili dužni primijeniti relevantne odredbe KZSFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminiranom periodu, te da je, prema apelantovom mišljenju, taj zakon blaži od KZBiH koji je primijenjen u konkretnom slučaju. S obzirom na to, Ustavni sud će ispitati da li su osporene odluke redovnih sudova u skladu sa standardima iz člana 7. Evropske konvencije.

24. U vezi sa apelacionim navodima, Ustavni sud, prije svega, ukazuje da se radi o krivičnom djelu koje je u odredbama KZBiH propisano u članu 173. stav 1. tačka e) - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (Glava XVII), odnosno koje je u odredbama KZSFRJ propisano u članu 142. - Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava (Glava XVI). Dakle, radi se o krivičnom djelu iz grupe tzv. ratnih zločina. Također, Ustavni sud zapaža da je u konkretnom predmetu, u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije, pokrenuto pitanje koje je neophodno sagledati sa više aspekata i odgovoriti na osnovni apelacioni navod u pogledu primjene „blažeg“ zakona.

25. Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu *Maktouf i Damjanović* donio presudu kojom je utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije u kojoj je ukazao da su neki zločini, konkretno zločin protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni tek 2003. godine, te „da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu (vidi, Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10, tačka 25) i da sudovi „nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima“ (vidi, *Maktouf i Damjanović*, stav 55). Evropski sud je, zatim, ukazao da predmetne aplikacije pokreću potpuno drugačija pitanja od onih u predmetu *Šimšić*, budući da su krivična djela ratnog zločina za koja je aplikantima izrečena osuđujuća presuda postojali u zakonu i u vrijeme izvršenja (KZSFRJ iz 1976. godine) i u vrijeme izricanja presuda (KZBiH iz 2003. godine). Evropski sud je naglasio da njegova zadaća nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZBiH na predmete ratnih

zločina sama po sebi nekompatibilna sa članom 7. Evropske konvencije i da se to pitanje mora ocjenjivati za svaki predmet pojedinačno, imajući u vidu konkretne okolnosti svakog predmeta i posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

26. Imajući u vidu taj princip, Evropski sud je krenuo od definicije krivičnog djela ratnog zločina i utvrdio da je definicija prema KZSFRJ iz 1976. (član 142. stav 1) koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela i u KZBiH (član 173. stav 1. KZBiH) koji je primijenjen retroaktivno potpuno ista. Razlika postoji u odnosu na raspon kazni za ratne zločine koji ova dva zakona propisuju, pa je u okolnostima konkretnog predmeta, prema stavu Evropskog suda, od posebnog značaja bilo da se ustanovi koji je zakon blaži sa aspekta kazni koje su izrečene aplikantima *Maktoufu i Damjanoviću*. S tim u vezi, Evropski sud je imao u vidu da je aplikantu Maktoufu izrečena kazna zatvora u trajanju od pet godina (najniža moguća prema KZBiH), a aplikantu Damjanoviću kazna zatvora u trajanju od 11 godina (nešto iznad propisanog minimuma prema KZBiH), zbog čega je zaključeno da je u tim okolnostima od posebnog značaja bilo da se ustanovi koji je zakon blaži u pogledu minimalne kazne, te je zaključio da je to bez ikakve sumnje KZSFRJ (tač. 67. do 69).

27. Evropski sud nije prihvatio argumentaciju da je KZBiH blaži za aplikante od KZSFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. U vezi s tim je ukazano da je, prema KZSFRJ, samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna, te pošto nijedan od aplikanata nije proglašen krivim za oduzimanje života (Maktouf - pomaganje u uzimanju talaca i Damjanović - premlaćivanje zarobljenih Bošnjaka), zločini za koje su oni osuđeni očigledno nisu spadali u tu kategoriju. Slijedeći navedeno, Evropski sud je izvršio analizu visine izrečenih kazni prema KZBiH i kazni koje bi aplikantima eventualno mogle biti izrečene prema KZSFRJ, nakon čega je zaključio da je, s obzirom na mogućnost izricanja kazne zatvora u kraćem trajanju, za aplikante povoljniji KZSFRJ. Evropski sud je, dalje, naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i KZSFRJ i KZBiH i da se, stoga, ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata bio blaže kažnjen da je primijenjen KZSFRJ iz 1976. godine. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao da: *Međutim, ono što je od ključnog značaja jeste da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj zakon (napomena: KZSFRJ) primijenjen u njihovim predmetima* (tačka 70).

28. U vezi s navedenim, Ustavni sud podsjeća da je u predmetu *Z. Damjanović*, koji se u pogledu činjeničnog supstrata i pravnog pitanja ne razlikuje od predmeta *Maktouf i Damjanović*, slijedeći praksu Evropskog suda, u Odluci o dopustivosti i meritumu (vidi tačku 38) koja je donesena nakon odluke Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović*, utvrdio kršenje člana 7. stav 1. Evropske

konvencije, jer je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. Evropske konvencije. U ovoj odluci Ustavni sud je ukazao da je apelant *Z. Damjanović* proglašen krivim i osuđen za isti krivičnopravni događaj istom presudom kao i apelant Goran Damjanović. Ustavni sud je u citiranoj odluci podsjetio *da garancije sadržane u članu 7. Evropske konvencije predstavljaju jedan od osnovnih činilaca vladavine prava i da zauzimaju istaknuto mjesto u sistemu ostvarivanja prava zaštićenih Evropskom konvencijom. Značaj člana 7. Evropske konvencije ogleda se i u činjenici da, u skladu sa članom 15. Evropske konvencije, nije dopušteno odstupanje od primjene garancija ustanovljenih članom 7. Evropske konvencije ni u vrijeme rata ili druge javne opasnosti. Član 7. Evropske konvencije se mora tumačiti i primjenjivati na način kojim se osigurava uspješna zaštita od arbitrarnog gonjenja, osude i kazne.* Dalje, Ustavni sud je podsjetio da član 7. stav 1. ne garantira samo princip zabrane retroaktivne primjene strožijeg krivičnog zakona već, također, implicitno, princip retroaktivne primjene blažeg krivičnog zakona. Taj princip je sadržan u pravilu da, kad postoji razlika između krivičnog zakona koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i krivičnih zakona koji su doneseni i koji su stupili na snagu nakon toga, a prije donošenja pravosnažne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (vidi, Evropski sud, *Scoppola protiv Italije broj 2*, presuda od 17. septembra 2009. godine, tačka 109). Najzad, prema stavu Evropskog suda, države slobodno odlučuju o vlastitim politikama kažnjavanja, ali pri tome se i dalje moraju pridržavati člana 7. Evropske konvencije (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 75).

29. Dovodeći prethodne stavove u vezu s konkretnim predmetom, rukovodeći se principom Evropskog suda prema kojem njegov zadatak nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZBiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna sa članom 7. Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da odgovor na ovo pitanje zavisi od okolnosti svakog predmeta pojedinačno. Te okolnosti zavise od visine izrečene kazne i zapriječene kazne, odnosno zavise od raspona propisanih kazni prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i u zakonu na osnovu kojeg je izrečena kazna (KZSFRJ, odnosno KZBiH). Ustavni sud konstatira da je krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva bilo definirano u oba zakona (KZSFRJ i KZBiH) na identičan način, ali je raspon zapriječene kazne različit. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da je, s obzirom na visinu izrečene kazne, od posebnog značaja bilo da se ustanovi koji je zakon (KZSFRJ ili KZBiH) „blaži“, odnosno povoljniji u pogledu propisane minimalne kazne.

30. Naime, Ustavni sud zapaža da je apelant na osnovu osporenih presuda Suda BiH proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i da mu je na osnovu odredaba KZBiH [član 173. stav 1. tačka e)] izrečena kazna zatvora u trajanju od devet godina. Prema ovom

zakonu, zapriječena kazna za krivično djelo za koje je apelant osuđen jeste kazna zatvora u trajanju od deset do dvadeset godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora od dvadeset do četrdeset pet godina, koja mu nije izrečena jer je Sud BiH imao u vidu težinu posljedica, pa mu je, shodno članu 49. istog zakona, zbog postojanja naročito olakšavajućih okolnosti (životna dob i status RVI), izrečena kazna ispod zakonskog minimuma. Isto krivično djelo je, kako je već konstatirano, bilo propisano i u članu 142. KZSFRJ, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja krivičnog djela, u kojem je za navedeno djelo bila zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna umjesto koje se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH ispitao i u osporenim presudama dao obrazloženje zbog čega smatra da je KZBiH povoljniji za apelanta. Naime, Sud BiH je, sa aspekta propisanih kazni, ustanovio da je poređenje maksimalnih zatvorskih kazni osnovna okolnost za odlučivanje o tom pitanju i da je, stoga, KZBiH blaži zakon, jer *ne postoji teža kazna od smrtne kazne* koja je bila maksimalna kazna prema KZSFRJ. Također je istaknuto da je smrtna kazna bila na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela i da se ne može jednostavno zanemariti. Nakon kompariranja kazni, Sud BiH je zaključio da je zapriječena kazna prema KZBiH u svakom slučaju povoljnija, jer ne propisuje smrtnu kaznu koja je prema međunarodnom običajnom pravu svakako strožija od kazne dugotrajnog zatvora.

31. Međutim, Ustavni sud, u vezi sa obrazloženjem osporene presude Suda BiH u pogledu primjene KZBiH kao „blažeg“ zakona, smatra da apelantu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora, već mu je, zbog postojanja osobito olakšavajućih okolnosti, izrečena kazna zatvora u trajanju od devet godina, dakle ispod propisanog minimuma. To, dalje, znači da apelantu nije izrečena kazna za teži oblik krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, što bi daljnjim kompariranjem sa odredbama KZSFRJ, kojim je za takav oblik krivičnog djela zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina, značilo da je postojala mogućnost da se apelantu izrekne kazna u kraćem trajanju, u okviru propisanog raspona, i da nije bilo potrebno utvrđivati koji zakon propisuje blažu maksimalnu kaznu, već je bilo neophodno utvrditi koji je zakon blaži u pogledu minimalne kazne (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tač. 67. do 69). Osim toga, prema odredbama čl. 42. i 43. stav 1. tačka 1. KZSFRJ, zbog postojanja osobito olakšavajućih okolnosti (koje je Sud BiH ocijenio u apelantovom slučaju), izrečena kazna se mogla ublažiti do jedne godine zatvora, a primijenjenim KZBiH (čl. 49. i 50) do pet godina zatvora.

32. Imajući u vidu da je minimum kazne zatvora prema KZSFRJ pet godina a granica ublažavanja do jedne godine, a prema KZBiH deset godina a granica ublažavanja do pet godina, nedvosmisleno proizlazi da je u okolnostima konkretnog slučaja blaži KZSFRJ bez obzira na činjenicu da, s obzirom

na propisani raspon kazne zatvora, ne znači da bi apelant i dobio manju kaznu zatvora da je u njegovom slučaju primijenjen KZSFRJ. Naime, od ključnog značaja je to da je apelant *mogao* dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 70).

33. U vezi sa argumentima Suda BiH koji se tiču primjene KZBiH kao „blažeg zakona“, koji je kompariran sa KZSFRJ i propisanom smrtnom kaznom, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembra 1995. godine), kroz član II/1. i II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju, koji u odredbi člana 1. propisuje ukidanje smrtne kazne, ali ostavlja mogućnost da se smrtna kazna može propisati za krivična djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti. Protokolom broj 13 uz Evropsku konvenciju (BiH ga je ratificirala 28. maja 2003. godine) propisano je bezuvjetno ukidanje smrtne kazne. Stoga, kada se ima u vidu da se smrtna kazna u Bosni i Hercegovini nakon 14. decembra 1995. godine ne može izreći, niti izvršiti i da je mogla biti zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od dvadeset godina (KZSFRJ), jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka 2008. godine nije postojala mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

34. Imajući u vidu navedeno i činjenicu da se u Bosni i Hercegovini, prema odredbama Ustava Bosne i Hercegovine i odredbama protokola br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju, ne može izreći, niti izvršiti smrtna kazna i da odredbe člana 142. KZSFRJ propisuju blažu minimalnu kaznu od odredaba člana 173. KZBiH za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kao i odredbe o ublažavanju kazne, Ustavni sud smatra da je osporenom presudom Suda BiH povrijeđeno apelantovo pravo iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije. Stoga, radi zaštite apelantovih ustavnih prava, Ustavni sud smatra da je dovoljno ukinuti odluku Suda BiH broj X-KRŽ-08/502 od 2. decembra 2009. godine i predmet vratiti Sudu BiH, koji će, u skladu s garancijama člana 7. stav 1. Evropske konvencije, donijeti novu odluku.

#### **Ostali navodi**

35. S obzirom na zaključak u pogledu povrede člana 7. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da nije potrebno posebno razmatrati navodne povrede člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije i člana II/5. Ustava Bosne i Hercegovine.

#### **VIII. Zaključak**

36. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantovo pravo iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije zbog toga što u konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije. Ovo istovremeno ne znači, s obzirom na propisani raspon kazne, da bi apelant i dobio

kaznu zatvora u kraćem trajanju da je u njegovom slučaju primijenjen KZSFRJ, ali je od ključnog značaja to da je apelant mogao dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon primijenjen.

37. Na osnovu člana 61. st. 1. i 2. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

38. Prema članu VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće.

Predsjednica  
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić