

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj **AP 3939/12**, rješavajući apelaciju **Sulje Karajića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 57. stav (2) tačka b) i člana 59. st. (1), (2) i (3) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine - prečišćeni tekst („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 94/14), u sastavu:

Mirsad Ćeman, predsjednik

Mato Tadić, potpredsjednik

Zlatko M. Knežević, potpredsjednik

Valerija Galić, sutkinja

Miodrag Simović, sudija

Seada Palavrić, sutkinja

na sjednici održanoj 10. novembra 2015. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Djelomično se usvaja apelacija **Sulje Karajića**.

Utvrđuje se povreda člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine u dijelu koji se odnosi na primjenu blažeg krivičnog zakona.

Ukidanje Presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine u dijelu iz prethodnog stava ove odluke ni na koji način ne utječe na apelantovo lišavanje slobode, zadržavanje i pritvor, što je u isključivoj nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine.

Predmet se vraća Sudu Bosne i Hercegovine koji je dužan po hitnom postupku donijeti novu odluku u odnosu na izricanje kazne u skladu s članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da u skladu s članom 72. 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.

Odbija se kao neosnovana apelacija **Sulje Karajića**, podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine u odnosu na

član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. i stav 3. tač. b) i d) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i član 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

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. Suljo Karajić (u daljnjem tekstu: apelant) podnio je 13. novembra 2012. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine. Apelant je dopunio apelaciju 26. juna 2014. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 23. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo) zatraženo je 19. novembra 2014. godine da dostave odgovor na apelaciju.

3. Sud BiH je dostavio odgovor na apelaciju 1. decembra 2014. godine, a Tužilaštvo 28. novembra 2014. godine.

III. Činjenično stanje

4. Činjenice predmeta koje proizlaze iz apelantovih navoda i dokumenata predloženih Ustavnom sudu mogu se sumirati na sljedeći način:

5. Sud BiH je donio Presudu broj X-KR-07/336 od 13. aprila 2010. godine kojom je apelanta proglasio krivim da je za vrijeme oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini između pripadnika Armije BiH i pripadnika Narodne odbrane Autonomne pokrajine Zapadna Bosna (u daljnjem tekstu: NOAPZB) u preciziranom periodu i svojstvu na području okruga Bihać, kršenjem odredbe člana 3. tač. a) i c) Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima od 12. augusta 1949. godine i kršenjem odredbe člana 3. tač. a) i c), člana 27. i člana 147. Ženevske konvencije o zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, na način, u mjestu i u vrijeme, detaljno opisanim u presudi, kršeći pravila međunarodnog prava prema ratnim zarobljenicima i civilnim osobama počinio krivična djela, i to po tačkama 1, 2, 5. i 6. optužnice krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tač. a) i b) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ), a pod tačkama 3. (c, d, e, f), tačkama 7, 8. i 9. optužnice krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) u vezi s članom 180. stav 1. KZ-a, a sve u vezi s članom 29. KZ-a. Sud BiH je, primjenom odredbi člana 285. stav 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP), uz primjenu čl. 39, 40. i 42. KZ-a, apelantu za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tač. a) i b) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, a za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 11 godina pa ga je Sud BiH, primjenom odredbi člana 53. KZ-a, osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 18 godina u koju će mu se uračunati vrijeme provedeno u pritvoru. Sud BiH je, u skladu s članom 188. st. 2. i 4. ZKP-a, apelanta oslobodio plaćanja troškova postupka, a na osnovu člana 198. stav 2. ZKP-a oštećene uputio da imovinskoppravne zahtjeve rješavaju u parnici.

6. Istom presudom, u pogledu ostalih optužbi detaljno opisanih u tački 3. (a, b, e, g. i i.), tački 4. i tački 10. optužnice, u skladu s članom 284. stav 1. tačka c) ZKP-a Sud BiH je apelanta oslobodio optužbe.

7. Protiv prvostepene presude apelant i Tužilaštvo su izjavili žalbe.

8. Sud BiH donio je Rješenje broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 24. februara 2011. godine kojom je žalbe uvažio, ukinuo prvostepenu presudu i odredio održavanje pretresa pred Sudom BiH.

9. Sud BiH donio je Presudu S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine kojom je apelanta oglasio krivim da je za vrijeme oružanog sukoba u Bosni i

Hercegovini između pripadnika Armije BiH i pripadnika NOAPZB u periodu od augusta 1994. godine do februara 1995. godine na području okruga Bihać u tačno određenim svojstvima i na način naveden u presudi, kršeći pravila međunarodnog prava prema ratnim zarobljenicima i civilnim osobama preduzeo ili naredio određene tačno opisane radnje, čime je počinio krivična djela po tačkama 1, 2, 4. i 5. izreke presude - krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tač. a) i b) KZ-a, a pod tačkama 3. (a, b, c, d, e, f. i g.) 6, 7, 8. i 9. izreke presude - krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) KZ-a, a sve u vezi s članom 180. stav 1. KZ-a, a sve u vezi s članom 29. KZ-a. Sud BiH je, primjenom odredbi člana 285. stav 1. Zakona o krivičnom postupku, uz primjenu čl. 39, 42. i 48. KZ-a, za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tač. a) i b) KZ-a apelantu utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, a za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 12 godina pa ga je Sud BiH, primjenom odredbi člana 53. KZ-a, osudio na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina u koju će mu se uračunati vrijeme provedeno u pritvoru. Sud BiH je, u skladu s članom 188. st. 2. i 4. ZKP-a, apelanta oslobodio plaćanja troškova postupka, a na osnovu člana 198. stav 2. ZKP-a oštećene uputio da imovinskopravne zahtjeve rješavaju u parnici.

10. Istom presudom, na osnovu člana 284. stav 1. tačka c) ZKP-a Sud BiH je apelanta oslobodio optužbe da je na način, detaljno opisan u tački 3. (g. i i.) i tački 4. optužnice, izvršio krivično-pravne radnje čime bi počinio krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tač. a) i b) KZ-a i krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) u vezi s članom 180. stav 1. KZ-a, a sve u vezi s članom 29. KZ-a.

11. U obrazloženju presude Sud BiH je istakao da je nakon što je rješenjem ukinuo prvostepenu presudu održao pretres pred Apelacionim vijećem Suda BiH u skladu s članom 317. ZKP-a. Nadalje, Tužilaštvo je predložilo da se prihvate svi dokazi koje je vijeće provelo tokom prvostepenog postupka bez potrebe njihovog ponovnog izvođenja dok je odbrana predložila da se preslušaju iskazi određenih svjedoka, kao i da određeni svjedoci, uključujući Mirsada Ćuturića, budu ponovno saslušani. Drugostepeni sud je djelomično usvojio prijedlog odbrane u dijelu koji se odnosi na reproduciranje iskaza predloženih svjedoka dok je odbio prijedlog odbrane da se ponovo saslušaju svjedoci (B. R., N. M., svjedok „P“ i „F“), te je odlučeno je da će se o načinu izvođenja dokaza u pogledu svjedoka Mirsada Ćuturića naknadno očitovati. Sud BiH je naveo da je vijeće, nakon što je preslušalo iskaze svih svjedoka, preslušalo i svjedočenje Mirsada Ćuturića, a u cilju donošenja odluke o neophodnosti njegovog neposrednog saslušanja. S tim u vezi, uzeti su u obzir i

navodi odbrane iz žalbe da je odbrana onemogućena unakrsno ispitati ovog svjedoka s obzirom da je svjedok na glavnom pretresu proširio svoj iskaz u odnosu na onaj koji je dao u fazi istrage. Vijeće je nadalje primijetilo da je odbrani data mogućnost da naredni dan unakrsno ispita navedenog svjedoka, od čega je odbrana odustala, te je zaključilo da nije povrijeđeno pravo na odbranu iz člana 297. stav 1. tačka d) ZKP-a, kao i da je primjenom člana 263. stav 2. ZKP-a navedeni dokaz nepotreban i nesvrshodan. Naime, Sud BiH je istakao da je i bez iskaza svjedoka Mirsada Čturića ponuđen dovoljan broj drugih relevantnih dokaza koji bi doveli do istih, bitnih činjeničnih zaključaka o apelantovoj krivici za predmetne krivično-pravne radnje, te je pozivajući se na princip ekonomičnosti naveo da bi ponovno pozivanje ovog svjedoka uzrokovalo dodatno vrijeme i troškove s obzirom da je on trenutno u Sjedinjenim Američkim Državama. Zbog navedenog Sud BiH je odlučio da navedenog svjedoka neće neposredno saslušati i da je dovoljno preslušati njegov iskaz. Dakle, u toku pretresa reproducirani su iskazi određenih, tačno navedenih svjedoka dok su ostali dokazi, na saglasan prijedlog odbrane i Tužilaštva, prihvaćeni bez potrebe ponovnog izvođenja, i to iskazi svjedoka Tužilaštva, te vještaka sudske medicine i vještaka specijaliste neuropsihijatra, kao i svjedoka odbrane, te cjelokupna materijalna dokumentacija.

12. Tužilaštvo je dalo završnu riječ u kojoj je decidirano obrazložilo obilježje predmetnih krivičnih djela, apelantov status, individualnu krivičnu odgovornost, kao i dalo poseban osvrt na okolnost da su oštećeni u tački 3. i 10. optužnice bili civili. Odbrana je također dala svoju analizu, posebno ističući apelantov alibi za pojedine tačke optužnice, odnosno da nije bio na navedenim mjestima u navedeno vrijeme, te je dala poseban osvrt na član 3. ženevskih konvencija u smislu primjene navedenog člana i zaštite osoba iz navedenog člana.

13. Sud BiH je odgovorio na navod odbrane u vezi s povredom principa *reformatio in peius*, navodeći da nije bilo mjesta ispitivanju oslobađajućeg dijela prvostepene presude jer se Tužilaštvo u tom dijelu nije ni žalilo. Međutim, suprotno navodima odbrane sud je naveo da navedeni princip štiti optuženog samo u slučaju kada je žalba izjavljena samo u njegovu korist. U konkretnom predmetu Sud BiH je utvrdio da je Tužilaštvo izjavilo žalbu u odnosu na oslobađajući dio prvostepene presude u vezi s pogrešno i nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem i odlukom o sankciji. Međutim, Tužilaštvo se indirektno žalilo i na način primjene Ženevske konvencije i testa lojalnosti koji je usvojilo prvostepeno vijeće i na osnovu kojeg je izvelo zaključak da se određene osobe – oštećeni (žrtve) ne mogu podvesti pod kategoriju zaštićene osobe. Kod ovakvog stanja stvari, prema mišljenju Suda BiH, evidentno je da su izneseni žalbeni prigovori suštinski povezani s primjenom materijalnog prava s obzirom da se, po logici stvari, tek nakon utvrđivanja činjeničnog

stanja na isto primjenjuju odredbe materijalnog prava, odnosno da se izvedena činjenična utvrđenja podvode pod relevantnu materijalnu odredbu. Osim toga, Sud BiH se pozvao na član 280. stav 2. ZKP-a po kome nije vezan za prijedloge u pogledu pravne ocjene djela. Dakle, Sud BiH je naveo da je preispitao činjenično stanje oslobađajućeg dijela prvostepene presude s obzirom da je pravilnost istog dovedena u pitanje, te je zaključio da su određene činjenice pogrešno utvrđene, te izveo drugačije zaključke i na tako utvrđeno činjenično stanje primijenio adekvatnu normu materijalnog prava.

14. Nadalje, polazeći od krivičnih djela za koje se apelant optužnicom teretio, Sud BiH je dao detaljnu analizu elemenata krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ-a i krivičnog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. KZ-a, te je van svake razumne sumnje utvrdio da je apelant svjesno preduzeo radnje izvršenja pojedinačnih inkriminacija u vrijeme, na način i u mjestu, opisanim u izreci presude, čime je pojedinim tačkama presude ostvareno biće krivičnog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, a pojedinim tačkama presude ostvareno biće krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Nadalje, Sud BiH je ispitao i navode odbrane da apelant nije bio u sastavu 506. brigade u periodu od 4. jula 1994. godine do 21. decembra 1994. godine, a da je za komandira II voda vojne policije postavljen 13. januara 1995. godine, odnosno tezu koju je postavila odbrana o zamjeni identiteta apelanta (zvanog Hodža) s osobom po imenu Akif Čelenka (zvani Hodža iz Zenice). Međutim, Sud BiH je naveo da je, cijeneći sve dokaze, izveo nesumnjiv zaključak da je apelant bio pripadnik 5. korpusa Armije BiH kao dobrovoljac 506. brigade, a zatim u svojstvu komandira. Nadalje, uz detaljnu analizu svih relevantnih okolnosti Sud BiH je zaključio da nema nikakve dileme ni u vezi s apelantovim identitetom, što je detaljno obrazložio. Osim toga, Sud BiH je naveo da nije poklonio vjeru svjedoku Akifu Čelenki u pogledu pružanja alibija apelantu jer njegov iskaz, suprotstavljen iskazima oštećenih, gubi na vjerodostojnosti, ali je bio koristan utoliko što je potvrdio inkriminirane događaje za čijeg je glavnog aktera utvrđen nesumnjivo apelant.

15. Sud BiH je dalje detaljno analizirao pitanje statusa zaštićenih osoba kao element koji se razlikuje kod krivičnih djela koja su apelantu stavljena na teret. Sud BiH je prije svega, imajući u vidu krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ-a, smatrao za odlučno utvrditi mogu li se oštećene osobe smatrati zaštićenim osobama u smislu odredbi međunarodnog humanitarnog prava. Standard kojim se sud rukovodio pri procjeni ove bitne činjenice sa značajnim pravnim refleksijama je radi li se u konkretnom slučaju o osobi koja ne učestvuje neposredno u neprijateljstvima. Nadalje, Sud BiH je naveo da je relevantna odredba za utvrđivanje ove kategorije

isključivo zajednički član 3. ženevskih konvencija, a koji pruža veću zaštitu od one koju navode II i IV Ženevska konvencija pod pojmom zaštićenih osoba jer ne postavljaju uvjet da osobe da bi se smatrale zaštićenim „padnu u ruke neprijatelju“ ili se nađu „u vlasti jedne strane u sukobu“. Sud BiH se pozvao na praksu u predmetu *Delalić i Tadić i drugi*, kao i na pravnu teoriju. Zbog navedenog, detaljnom analizom Sud BiH je naveo da je sud odbacio navod odbrane prema kojem bi se status zaštićenih dodijelio samo onim osobama koje su izrazile lojalnost suprotnoj strani u sukobu, odnosno bile na suprotnoj strani u sukobu po bilo kom osnovu. Po mišljenju suda pristup zasnovan na testu faktičke lojalnosti umjesto formalne veze državljanstva se u konkretnom predmetu pokazao kao previše uzak i kao takav bi bez pravne zaštite ostavio čitavu jednu grupu oštećenih osoba. Sud BiH je zaključio da: „Ne bi bilo ispravno u kategoriju zaštićenih lica ne podvesti i lica koja su pripadala istoj ratujućoj strani kao i [apelant], odnosno lica za koja nisu postojali dokazi da su konkretni simpatizeri Autonomije, iako ih je za takve smatrao [apelant], ili u najmanju ruku za koje je u postojala takva sumnja. Drugim riječima iskazano, [Sud BiH], smatra da primjena kriterija *percipirane lojalnosti* neprijateljskoj strani, po kome bi od strane [apelanta] zavisilo da li je neko lice koje je slovalo kao simpatizer iste strane u sukobu kao i [apelant], bilo u stvari simpatizer Autonomije Zapadna Bosna (a time i od [apelanta] bilo izloženo viktimizaciji), bi predstavljalo krajnje subjektivni kriterij u određivanju statusa zaštićenih lica.“ Zbog navedenog je i na ovaj krug zaštićenih osoba potrebno primijeniti odredbu zajedničkog člana 3. ženevskih konvencija. Stoga je Sud BiH, imajući u vidu rezultate dokaznog postupka, utvrdio da sve osobe iz činjeničnog opisa pojedinačnih inkriminacija iz optužnice (tačke 3. od a) do i), tač. 7, 8, 9. i 10. optužnice) u odnosu na član 173. KZ-a uživaju status zaštićenih osoba. Dakle, kako nisu neposredno učestvovala u neprijateljstvima potpadaju pod okvir zaštite zajedničkog člana 3. ženevskih konvencija, te je i neosnovan navod odbrane da je za svaku osobu ponaosob Tužilaštvo trebalo dokazati kojoj strani u sukobu pripada. Sud BiH se pozvao na Pravilo 5. kao normu običajnog međunarodnog prava „primjenjivu u međunarodnim oružanim sukobima, mada i u nemeđunarodnim oružanim sukobima“ po kom pravilu: „Civilni su lica koja nisu članovi oružanih snaga. Termin civilno stanovništvo obuhvata sva lica koja su civili.“ Također, Pravilo 6, u okviru običajnih pravila međunarodnog humanitarnog prava, primjenjivih u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima, propisuje sljedeće: „Civilni su zaštićeni od napada ukoliko ne učestvuju direktno u neprijateljstvima, odnosno za vrijeme dok ne učestvuju direktno u neprijateljstvima.“

16. U pogledu statusa ratnih zarobljenika Sud BiH je razmotrio kvalifikaciju sukoba, te se bavio ovim pitanjem na način kako je to regulirano međunarodnim pravom, kao i odredbom člana

175. KZ-a. Nadalje, Sud BiH je pravnom analizom došao do zaključka o postojanju rata između sukobljenih strana – pripadnika istog nacionalnog korpusa na teritoriji Zapadne Bosne. Nadalje, Sud BiH je zaključio da se u smislu člana 175. KZ-a ratni zarobljenici kao zaštićena kategorija, a slijedom zajedničkog člana 3. Ženevskih konvencija, definiraju kao pripadnici oružanih snaga koji su položili oružje i pripadnici oružanih snaga koji su bili van stroja uslijed bolesti, ranjavanja, lišavanja slobode ili nekog drugog razloga. Stoga je i navod odbrane o definiciji ratnog zarobljenika kakva je određena u članu 4. III Ženevske konvencije za Sud BiH bio neprihvatljiv. Zbog toga za Sud BiH nije bilo dileme u vezi s činjenicom da osobe (pojedinačno nabrojane), koje su bile pripadnici vojske NOAPZB, uživaju zaštitu zaštićenih osoba u smislu člana 175. KZ-a.

17. Prije nego je ispitao pojedinačne inkriminacije za svaku tačku optužnice, Sud BiH je dao opći osvrt na ocjenu dokaza i kredibilitet svjedoka, čiju je vjerodostojnost odbrana pokušala osporiti. S tim u vezi, Sud BiH je naveo da je odbrana osporavala prisustvo dva svjedoka (Mirsada Ćuturića i svjedoka C) radnjama polijevanja civila jer su oni naknadno dovedeni, te da su ti (iskazi) instruirani i lažni s namjerom da se apelantu oteža položaj, kao i da je odbrana koristila iskaz svjedoka C da dovede u sumnju iskaz svjedoka Bajre Rizvića. Nadalje, odbrana je detaljno analizirala iskaze svjedoka optužbe s namjerom da im oduzme kredibilitet tako što je isticala da su nedosljedni u pogledu redosljeda ubistva u odnosu na ranije dat iskaz. Međutim, Sud BiH je istakao da se ne radi o nedosljednostima kojima bi se dovela u pitanje uvjerljivost iskaza u cjelini jer je teško od svjedoka očekivati da se sjeća svakog detalja i vremenskog slijeda događaja, imajući u vidu izloženost okolnostima koje su po svojoj prirodi i intenzitetu takve da prelaze prag uobičajenog stresa i straha. Osim toga, Sud BiH je naveo i protek vremena kao i različite perceptivne sposobnosti svjedoka koje su individualne. Također, sud se referirao i na navod odbrane da su mnogi od svjedoka svjedoci „po čuvenju“, ali da ta činjenica ne dovodi u pitanje krajnji zaključak u pogledu utvrđenih činjenica iz izreke presude jer se presuda ne zasniva, niti isključivo niti u pretežnom dijelu, na svjedocima iz druge ruke, već su ta svjedočenja, ukoliko su uzeta u obzir, samo potkrepljujućeg karaktera. Osim toga, ni ovim svjedočenjima se, prema mišljenju suda, ne može u potpunosti oduzeti značaj, pogotovo kada se ima u vidu ograničenost geografskog prostora kao i da su se učesnici u događaju poznavali kao komšije ili bili u rodbinskim vezama, kao i praksa Ustavnog suda prema kojoj dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza samo po sebi nije u suprotnosti s načelom pravičnog suđenja. Sud BiH je istakao da je izvršio slobodnu ocjenu svih dokaza, pri čemu se rukovodio standardom po kome se u prvom redu bavio dokazima koji su nužni za donošenje presude, smatrajući da nije nužno da raspravi o svakom pojedinačnom dokazu.

18. Nadalje, na str. 49-61. presude Sud BiH na veoma detaljan način iznosi utvrđene činjenice vezane za ubistva ratnih zarobljenika kao dokaze na kojima je zasnovao zaključak da je apelant počinio krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika. Nadalje, na str. 61-90. presude Sud BiH je, prije svega polazeći od krivičnih djela za koja se apelant tereti (ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. tač. c) i e) KZ-a i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tač. a) i b) KZ-a), dao definiciju pojmova koji se koriste u opisu krivičnog djela, te je nadalje detaljno za svaku pojedinačnu radnju utvrdio način na koji je izvršena, dokaze koje je proveo i kojima je poklonio vjeru, utvrdio prisustvo apelanta (jer je odbrana osporavala da je apelant uopće bio prisutan), te nakon svega zaključio da su radnjama apelanta i njemu podređenih osoba žrtvama naneseni snažan tjelesni i duševni bol i patnja, kao i povreda zdravlja. Ovo pogotovo kada se ima u vidu status žrtava *in tempore criminis*, apelantov dominirajući položaj i moć koje je imao u tom trenutku i koji je kod žrtava izazivao osjećaj straha za vlastiti život. Nadalje, Sud BiH je utvrdio da su apelant i njemu podređene osobe vršili protivzakonito zatvaranje civila (za koje se pretpostavljalo da podržavaju ideju Autonomije Zapadna Bosna) protiv kojih se nikada nije vodio postupak u vezi s njihovim zarobljavanjem niti su im rečeni razlozi zbog kojih su lišeni slobode niti su dobili rješenja o zarobljavanju, dakle nije postojao pravni osnov koji bi opravdao proizvoljno lišavanje slobode protivno odredbama međunarodnog prava. Zbog svega navedenog Sud BiH je zaključio da je apelant na opisani način, kršeći pravila međunarodnog prava preduzeo radnje namjernog nanošenja osobama tjelesnog i duševnog bola i patnje, nečovječnog postupanja, nanošenja povreda tjelesnog integriteta i zdravlja i protivzakonitog zatvaranja civila (tač. 3.a, b, c, d, e, f. i g.) tač. 6, 7, 8. i 9. izreke presude, odnosno radnje namjernog nanošenja osobama snažnog duševnog i tjelesnog bola, nečovječnog postupanja i nanošenja velikih patnji i ozljeda tijela prema ratnim zarobljenicima (tačka 5. izreke presude). Sud BiH je također zaključio da je apelant, naređivanjem, učinjenjem ili preduzimanjem radnji koje su na odgovarajući način doprinijele izvršenju djela opisanih u navedenim tačkama presude, bio svjestan svojih djela i htio njihovo izvršenje kao i nastale posljedice, čime je ostvario sva obilježja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i e) KZ-a i krivičnog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tač. a) i b) KZ-a. Nadalje, Sud BiH je zaključio da ne postoje okolnosti koje bi isključile krivičnu odgovornost apelanta ili koje bi činile da se on nalazio u stanju bitno smanjenje uračunljivosti, što je posebno obrazložio.

19. Također, Sud BiH se očitovao da je primijenio KZ iako su navedena djela bila propisana i u Krivičnom zakonu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: KZSFRJ) koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, pozivajući se na činjenicu da je nakon analize utvrdio

da je zapriječena kazna po KZ-u blaža od kazne koju je propisivao KZSFRJ bez obzira što je ranijim zakonom donja granica kazne bila pet godina jer je međunarodnim običajnim pravom uspostavljeno „da je smrtna kazna u svakom slučaju strožija kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog da ne bude pogubljen“. U vezi s navedenim Sud BiH se pozvao (generalno) na praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) i odluku Ustavnog suda u predmetu AP 1785/06.

20. U odnosu na tačku 3.g) i i) optužnice Sud BiH je istakao da je apelanta oslobodio optužbe u navedenim tačkama primjenom principa *in dubio pro reo*.

21. U pouci o pravnom lijeku u drugostepenoj presudi je navedeno da žalba nije dozvoljena. I pored navedenog apelant je izjavio žalbu koju je Sud BiH, Rješenjem broj Sl 1 K005379 11 Kžk od 4.12.2012. godine, odbacio kao nedopuštenu. U obrazloženju rješenja Sud BiH je naveo da je apelant prvostepenom presudom oglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina, pri čemu je za neke od radnji tih krivičnih djela oslobođen optužbe. Apelant je drugostepenom presudom opet oglašen krivim za počinjenje istih krivičnih djela „sa razlikom što je utvrđena njegova krivica i za dodatne četiri radnje izvršenja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, detaljno opisane u tač. 3a, 3b, 3e i 9 izreke [drugostepene] presude, za koje je nepravosnažno prvostepenom presudom bio oslobođen“. Dakle, apelant nije bio oslobođen optužbe da je počinio krivična djela koja su mu se stavljala na teret, već je oslobođen za pojedine radnje koje čine obilježja tih djela. Kod takvog stanja stvari predmetne radnje su ostale u okviru osuđujuće presude iz čega jasno proizlazi da se nije radilo o oslobađajućoj presudi, kako zahtijeva odredba člana 317.a) ZKP-a. U pouci o pravnom lijeku je navedeno da žalba protiv rješenja nije dozvoljena.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

22. Apelant u apelaciji ističe povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 3. tač. a) i b) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), pravo na kažnjavanje po osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije i pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije. Apelant prije svega navodi da je prvostepenom presudom oslobođen po određenim tačkama optužbe, te je prvostepena presuda ukinuta, a osporenim presudom Suda BiH utvrđena je apelantova krivica i u odnosu na oslobađajući dio (prvostepene) presude bez prava na žalbu, kako je

propisano članom 317.a) ZKP-a. Stoga, apelant nalazi da mu je u odnosu na tačku 3. podtačke a, b. i e. i tačku 9. izreke osporene presude trebalo dozvoliti izjavljivanje žalbe. Nadalje, apelant ističe da mu je u toku postupka uskraćeno pravo na pripremanje odbrane u odnosu na svjedoka Mirsada Ćuturića. Ovu povredu apelant vidi u činjenici da je navedeni svjedok dao jako kratak iskaz u istrazi koji se odnosio samo na jednu tačku optužnice u kojoj se on pojavljuje kao oštećena osoba. Međutim, na glavnom pretresu svjedok je dao veoma širok iskaz o gotovo svim tačkama optužnice, a izvan navoda Tužilaštva na koje će okolnosti svjedok svjedočiti i iskaza iz istrage. Stoga je apelantova odbrana tražila od sudećeg vijeća prvostepenog suda da joj se dozvoli priprema za unakrsno ispitivanje navedenog svjedoka pod ovim novim okolnostima, ali je zahtjev odbrane odbijen. Tačnije, kako navodi apelant, odbrani je dozvoljeno da svjedoka ispita odmah ujutro, dan nakon što je svjedok dao iskaz (kasni poslijepodnevni sati), ali odbrana nije imala fizičke snage za to i bilo joj je potrebno da se skoncentrira na pregled iskaza ostalih svjedoka. Uslijed navedenog, apelant smatra da mu je povrijeđeno pravo na odbranu jer se odluka po mnogim tačkama zasniva na iskazu ovog svjedoka koji je suprotan ostalim dokazima. U odnosu na kažnjavanje na osnovu zakona, odnosno povrede ovog prava, apelant navodi da je sud pogrešno izveo zaključak o zaštićenim osobama po zajedničkom članu 3. Ženevske konvencije. Apelant daje svoje viđenje navedenog člana, odnosno zaštite koju pruža osobama, a koje zasniva na stavu da Konvencija u slučaju sukoba ili okupacije štiti osobe u vlasti jedne strane, sile vlasti „čiji nisu državljani“, odnosno „kojoj nisu lojalni“. Znači zaštićene osobe pripadaju suprotnoj strani i nad njima pripadnik suprotne strane treba da vrši zločine. U konkretnom slučaju sve oštećene osobe su se nalazile na teritoriji pod kontrolom Armije BiH i nije bilo promjene vlasti u sukobu. Prema tome, one su dobrovoljnim boravkom na teritoriji pod kontrolom Armije BiH i V korpusa iskazale lojalnost toj strani u sukobu i bile dužne poštovati pravila te strane o stanju opće mobilizacije. Apelant ističe da je obaveza Tužilaštva dokazati kojoj strani u sukobu pripada određena osoba. Iako je apelant u apelaciji naveo povredu člana 7. Evropske konvencije (koju je doveo u vezu sa zaključkom suda o utvrđenom statusu zaštićenim osobama) u dopuni apelacije od 23. juna 2014. godine apelant je detaljno obrazložio povredu člana 7. Evropske konvencije u vezi s primjenom odredbi KZ-a, odnosno detaljno elaborirao u čemu se sastoji povreda ovog prava, pozivajući se na noviju praksu Evropskog suda i Ustavnog suda (predmet *Maktouf*), odnosno navodeći da je u konkretnom predmetu primijenjen KZ, iako je blaži zakon KZSFRJ.

b) Odgovor na apelaciju

23. Sud BiH je naveo da je apelacija neosnovana, te je prvenstveno istakao da žalba protiv drugostepene presude nije dozvoljena iz razloga što je apelant prvostepenom presudom oglašen krivim da je radnjama iz izreke presude počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i krivično djelo ratni zločin protiv vojnih zarobljenika, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina. Pri tome je za neke radnje iz sastava navedenih krivičnih djela oslobođen, ali ne i za djela uzeta u cjelini, kako to apelant želi predstaviti. Apelant je drugostepenom presudom ponovno oglašen krivim za počinjenje istih krivičnih djela s razlikom što je utvrđena njegova krivica za još četiri radnje izvršenja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje je pravomoćnom presudom bio oslobođen. Navedene radnje nisu samostalne da bi se mogle posmatrati izvan sastava krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva. U vezi s navedenim Sud BiH je naveo da je u Rješenju Suda BiH broj S1 1 K 005379 11 Kžk od 4. decembra 2012. godine valjano obrazložio zašto žalba nije dozvoljena protiv drugostepene presude. U pogledu primjene blažeg zakona (KZ ili KZSFRJ) Sud BiH „ostavlja na dispoziciju Ustavnom sudu“ da ocijeni koji je zakon blaži imajući u vidu noviju praksu. U pogledu ostalih navoda iste je smatrao neosnovanim jer u osporenoj presudi postoje jasni i razumljivi razlozi kojima se sud rukovodio prilikom donošenja presude.

24. U veoma obimnom odgovoru na apelaciju Tužilaštvo je navelo da je Sud BiH donio Rješenje S1 1 K005379 11 Kžk od 4.12.2012. godine kojim se kao nedopuštena odbacuje žalba branilaca osuđenog Sulje Karajića, izjavljena protiv presude vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH od 28. novembra 2011. godine, s jasnim obrazloženjem da apelant nije prvostepenom presudom oslobođen optužbe da je počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret, već je oslobođen za pojedine radnje koje čine obilježja tih krivičnih djela, te nema mjesta primjeni odredbe člana 317.a) stav 1. ZKPBiH. Nadalje, Tužilaštvo ističe da je svjedok Mirsad Ćuturić saslušan u svojstvu svjedoka na Zapisnik o saslušanju svjedoka Kantonalnog suda Bihać pod brojem KRI 12/00 od 19.9.2000. godine i nije bio ponovo saslušan u Tužilaštvu s obzirom da je i u vrijeme podizanja optužnice, a i u vrijeme glavnog pretresa svjedok imao prebivalište u Sjedinjenim Američkim Državama. Tačno je da je svjedok Mirsad Ćuturić na glavnom pretresu dao iskaz koji je bio i opširniji i decidiraniji, a koji se odnosio na dešavanja iz tačke 3. optužnice s posebnim akcentom na podtačke a) i g) optužnice, ali svjedok je svjedočio samo o onome što su on, ali i ostali, preživjeli u školi gdje je bio zatočen. Tužilaštvo navodi da su odbrani nakon potvrđivanja optužnice dostavljeni svi iskazi svjedoka koji su svjedočili u odnosu na tačku 3. optužnice i većina svjedoka na glavnom pretresu pominjala je i svjedoka Mirsada Ćuturića u kontekstu šta je on preživio. Tužilaštvo je istaklo da nije znalo da će svjedok pomenuti i ostale svjedoke oštećene iz

tačke 3. s podtačkama. Nadalje, Tužilaštvo navodi da je odbrana izvodila svjedoke, a da pri tome nisu sačinili niti jedan jedini zapisnik o saslušanju svjedoka, a Tužilaštvo je unakrsno ispitivalo svjedoke odbrane. Nadalje, Tužilaštvo je navelo da je u potpunosti ispravan stav Suda BiH o utvrđivanju statusa zaštićenih osoba civilima, koji je u potpunosti citiralo iz osporene presude. Tužilaštvo je istaklo da se apelant u dopuni uopćeno poziva na činjenicu da je KZSFRJ blaži. Zbog svega navedenog Tužilaštvo smatra da je apelacija neosnovana.

V. Relevantni propisi

25. **Krivični zakon SFRJ** („Službeni list SFRJ“ br. 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90) u relevantnom dijelu glasi:

Zatvor

Član 38.

(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.

[...]

Sticaj krivičnih djela

Član 48

(1) Ako je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više krivičnih dela za koja mu se istovremeno sudi, sud će prethodno utvrditi kazne za svako od tih dela, pa će za sva ta dela izreći jedinstvenu kaznu.

(2) Jedinstvenu kaznu sud će izreći po sledećim pravilima:

1) Ako je za neko krivično delo u sticaju utvrdio smrtnu kaznu izreći će samo tu kaznu:

2) Ako je za neko krivično djelo u sticaju utvrdio kazne zatvora jedinstvena kazna mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne sme dostići zbir utvrđenih kazni, niti preći petnaest godina zatvora.

*Član 142.**Ratni zločin protiv civilnog stanovništva*

(1) Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vreme 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 posledicu smrt, tešku telesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja ljudi; napad bez izbora cilja kojim se pogađa civilno stanovništvo; da se prema civilnom stanovništvu vrše ubistva, mučenja, nečovečna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenja velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja; raseljavanje ili preseljavanje ili prisilno odnarodnjavanje ili prevođenje na drugu veru; prisiljavanje na prostituciju ili silovanja; primenjivanje mera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protivzakonito odvođenje u koncentracione logore i druga protivzakonita zatvaranja, lišavanje prava na pravilno i nepristrasno suđenje; prisiljavanje na službu u oružanim snagama neprijateljske sile ili u njenoj obaveštajnoj službi ili administraciji; prisiljavanje na prinudni rad, izgladnjivanje stanovništva, konfiskovanje imovine, pljačkanje imovine stanovništva, protivzakonito i samovoljno uništavanje ili prisvajanje u velikim razmerama imovine koje nije opravdano vojnim potrebama, uzimanje nezakonite i nesrazmerno velike kontribucije i rekvizicije, smanjenje vrednosti domaćeg novca ili protivzakonito izdavanje novca, ili ko izvrši neko od navedenih dela,

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

(2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi: da se izvrši napad na objekte posebno zaštićene međunarodnim pravom i objekte i postrojenja sa opasnom snagom kao što su brane, nasipi i nuklearne elektrane; da se bez izbora cilja pogađaju civilni objekti koji su pod posebnom zaštitom međunarodnog prava, nebranjena mjesta i demilitarizovane zone; dugotrajno i velikih razmjera oštećenje prirodne okoline koje može da šteti zdravlju ili opstanku stanovništva ili ko izvrši neko od navedenih djela.

(3) Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, kao okupator, naredi ili izvrši preseljenje dijelova svog civilnog stanovništva na okupiranu teritoriju,

kaznit će se zatvorom najmanje pet godina.

Član 144.

Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

Ko kršeći pravila međunarodnog prava naredi da se prema ratnim zarobljenicima vrše ubistva, mučenja, nečovečna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenje velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja, prisiljavanja na vršenje službe u oružanim snagama neprijatelja, ili lišavanje prava na pravilno i nepristrasno suđenje ili ko izvrši neko od navedenih djela

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

26. **U Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine** („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10) relevantne odredbe glase:

Član 42.

(1) Kazna zatvora ne može biti kraća od 30 dana ni duža od 20 godina.

(2) Kazna zatvora izriče se na pune godine i mjesece, a do šest mjeseci i na pune dane.

Kazna dugotrajnog zatvora

Član 42b.

(1) Za najteže oblike teških krivičnih djela počinjenih s umišljajem može se propisati kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 do 45 godina.

Sticaj krivičnih djela

Član 53.

(1) Ako je počinitelj jednom radnjom ili s više radnji počinio više krivičnih djela za koja mu se istovremeno sudi, sud će prvo utvrditi kazne za svako od tih krivičnih djela, pa će za sva krivična djela izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora, jedinstvenu kaznu zatvora ili jedinstvenu novčanu kaznu.

(2) Jedinstvenu kaznu sud će izreći po ovim pravilima:

a) ako je za krivična djela u sticaju sud utvrdio kazne dugotrajnog zatvora ili dugotrajnog zatvora i zatvora, jedinstvena kazna dugotrajnog zatvora mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne smije preći 45 godina;

b) ako je za krivična djela u sticaju sud utvrdio kazne zatvora, jedinstvena kazna zatvora mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne smije dostignuti zbir utvrđenih kazni niti preći dvadeset godina;

c) ako je za dva ili više krivičnih djela počinjenih u sticaju utvrdio kazne zatvora u trajanju dužem od deset godina, sud može izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora koja ne smije dostići zbir pojedinačnih kazni 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:

[...]

c) ubijanja, namjerno nanošenje osobi snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenje), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge naučne eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenje velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja;

[...]

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 mjera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protuzakonno 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.

Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

Član 175.

Ko kršeći pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima naredi ili učini koje od ovih djela:

a) lišenja drugih osoba života (ubistva), namjerna nanošenja osobama snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenja), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge naučne eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije;

b) nanošenje velikih patnji ili ozljeda tijela ili povreda zdravlja;

[...]

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

27. U **Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine** (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 36/03, 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, 93/09, 72/13) relevantne odredbe glase:

Član 282.

Meritorne i procesne presude

(1) Presudom se optužba odbija ili se optuženi oslobađa od optužbe ili se oglašava krivim.

(2) Ako optužba obuhvata više krivičnih djela, u presudi će se izreći da li se i za koje djelo optužba odbija ili se optuženi oslobađa od optužbe ili se oglašava krivim.

Član 284.

Presuda kojom se optuženi oslobađa od optužbe

Presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe, Sud će izreći:

-
- a) ako djelo za koje se optuženi optužuje nije zakonom propisano kao krivično djelo,
 - b) ako postoje okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost optuženog,
 - c) ako nije dokazano da je optuženi učinio krivično djelo za koje se optužuje.

Član 285.

Presuda kojom se optuženi oglašava krivim

(1) U presudi kojom se optuženi oglašava krivim, Sud će izreći:

- a) za koje se krivično djelo optuženik oglašava krivim, uz navođenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela, kao i onih od kojih ovisi primjena određene odredbe Krivičnog zakona,
- b) zakonski naziv krivičnog djela i koje su odredbe Krivičnog zakona primijenjene,
- c) kakva se kazna izriče optuženom ili se po odredbama Krivičnog zakona oslobađa od kazne,
- d) odluku o uvjetnoj osudi,
- e) odluku o mjerama sigurnosti, o oduzimanju imovinske koristi i odluku o vraćanju predmeta (član 74.) ako predmeti do tada nisu vraćeni vlasniku, odnosno držatelju,
- f) odluku o uračunavanju pritvora ili već izdržane kazne,
- g) odluku o troškovima krivičnog postupka, o imovinskopravnom zahtjevu, kao i o tome da se pravomoćna presuda ima objaviti putem sredstava javnog informiranja.

Odjeljak 1a. Žalba na drugostepenu presudu

Član 317a.

Opća odredba

(1) Protiv presude vijeća apelacionog odjeljenja dozvoljena je žalba u slučaju:

- a) ako je vijeće apelacionog odjeljenja preinačilo prvostepenu presudu kojom je optuženi oslobođen od optužbe i izreklo presudu kojom se optuženi oglašava krivim;

b) ako je vijeće apelacionog odjeljenja povodom žalbe na oslobađajuću presudu na pretresu donijelo presudu kojom se optuženi oglašava krivim.

(2) O žalbi protiv drugostepene presude odlučuje trećestepeno vijeće sastavljeno od trojice sudija.

VI. Dopustivost

28. U skladu s 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.

29. U skladu s članom 18. 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 koji je koristio.

30. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je presuda Suda BiH od 28. novembra 2011. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 18. septembra 2012. godine, a apelacija je podnesena 13. novembra 2012. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 18. stav (1) Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 18. st. (3) i (4) Pravila Ustavnog suda jer ne postoji neki formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva niti je očigledno (*prima facie*) neosnovana.

31. Imajući u vidu odredbe člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 18. st. (1), (3) i (4) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je utvrdio da predmetna apelacija ispunjava uvjete u pogledu dopustivosti.

VII. Meritum

32. Apelant smatra da mu je osporenom presudom Suda BiH povrijeđeno pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno pravo iz člana 6. st. 3a) i b), 7. i 13. Evropske konvencije.

33. Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi:

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje:

e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom.

34. Član 6. stav 1. Evropske konvencije u relevantnom dijelu glasi:

1. Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom. [...]

3. Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

b) da mu se osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane,

d) da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i da se prisustvo i saslušanje svjedoka odbrane odobri pod uvjetima koji važe i za svjedoka optužbe.

35. U konkretnom slučaju postupak se odnosi na utvrđivanje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta u vezi s izvršenjem krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, pa je član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. Evropske konvencije primjenjiv na konkretan slučaj. Prema tome, Ustavni sud mora preispitati da li je postupak pred redovnim sudom bio pravičan onako kako to zahtijevaju navedene odredbe.

36. Ustavni sud primjećuje da se apelant u okviru navoda o povredi prava na pravično suđenje žalio na nemogućnost da pripremi odbranu, odnosno da unakrsno ispita svjedoka Mirsada Ćuturića koji je na glavnom pretresu proširio svoj iskaz u odnosu na iskaz koji je dao u istrazi tako što je svjedočio o skoro svim tačkama optužnice, a ne samo o onoj tački u kojoj je isti oštećen. Osim toga, iako apelant problematizira način na koji je Sud BiH utvrdio status zaštićenih osoba u skladu sa zajedničkim članom 3. ženevskih konvencija (navodeći da mu je povrijeđeno pravo na kažnjavanje samo po osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije), Ustavni sud će ove navode ispitati u okviru garancija prava na pravično suđenje, i to u okviru primjene materijalnog prava.

37. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da apelant osporava način na koju su sudovi primijenili odredbu zajedničkog člana 3. ženevskih konvencija, odnosno dali status zaštićenih osoba i osobama za koje apelant smatra da im taj status ne pripada, polazeći od principa „čiji nisu državljani“, odnosno „kojoj nisu lojalni“, odnosno smatrajući da su to samo one osobe koje se nađu u vlasti suprotne strane u sukobu, a što u konkretnom predmetu nije bio slučaj, za šta je apelant dao svoje mišljenje. U vezi s tim Ustavni sud podsjeća da prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda

zadatak ovih sudova nije preispitivati zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava (vidi Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01). Naime, Ustavni sud nije nadležan supstituirati redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je, općenito, zadatak redovnih sudova ocijeniti činjenice i dokaze koje su izveli (vidi Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02). Zadatak Ustavnog suda je ispitati jesu li, eventualno, povrijeđena ili zanemarena ustavna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te je li primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminaciona.

38. Ustavni sud će se, dakle, izuzetno upustiti u ispitivanje načina na koji su nadležni sudovi utvrđivali činjenice i na tako utvrđene činjenice primijenili pozitivno-pravne propise kada je očigledno da je u određenom postupku došlo do proizvoljnog postupanja redovnog suda, kako u postupku utvrđivanja činjenica tako i primjene relevantnih pozitivno-pravnih propisa (vidi Ustavni sud, Odluka broj *AP 311/04* od 22. aprila 2005. godine, stav 26). U kontekstu navedenog, Ustavni sud podsjeća i da je u više svojih odluka ukazao da očigledna proizvoljnost u primjeni relevantnih propisa nikada ne može voditi ka jednom pravičnom postupku (vidi Ustavni sud, Odluka broj *AP 1293/05* od 12. septembra 2006. godine, tačka 25. i dalje). Imajući u vidu navedeno Ustavni sud će u konkretnom slučaju, s obzirom na pitanja koja se postavljaju, ispitati je li osporena odluka zasnovana na proizvoljnoj primjeni materijalnog i procesnog prava.

39. Dovodeći prethodno iznesene stavove u vezu s konkretnim slučajem, pogotovo imajući u vidu da je identičan navod apelant isticao i u žalbi, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH dao detaljno obrazloženje zašto je „proširio“ krug zaštićenih osoba i na osobe za koje je apelant tvrdio da ne mogu uživati zaštitu predviđenu međunarodnim pravom. Naime, imajući u vidu krivično djelo koje se apelantu stavlja na teret Sud BiH je našao za potrebno kao ključno utvrditi status zaštićenih osoba. U vezi s tim Ustavni sud zapaža da je, pozivajući se na relevantnu praksu u sličnim predmetima, kao i analizom propisa odnosno zajedničkog člana 3. ženevskih konvencija, Sud BiH odbacio navod odbrane da se status zaštićenih dodjeljuje samo osobama koje su izrazile lojalnost suprotnoj strani u sukobu, odnosno bile na suprotnoj strani. Sud BiH je vrlo jasno naveo da ne bi bilo ispravno u kategoriju zaštićenih osoba podvesti i osobe koje su pripadale istoj strani u sukobu, odnosno nisu pripadale suprotnoj strani iako ih je apelant za takve smatrao. Pored navedenog, odlučujući koje su to osobe, Sud BiH je naveo da je neosnovan navod odbrane da je „teret dokazivanja“ na tužiocu za svaku pojedinu osobu, opet se pozivajući na pravnu teoriju i praksu i

navodeći da sve osobe za koje je utvrdio da su zaštićene članom 3. ženevskih konvencija nisu neposredno učestvovala u neprijateljstvima i da su civili osobe koja nisu članovi oružanih snaga, odnosno da su civili zaštićeni od napada ukoliko ne učestvuju direktno u neprijateljstvima, odnosno za to vrijeme dok ne učestvuju direktno u neprijateljstvima. Dakle, Ustavni sud, suprotno navodima iz apelacije, u obrazloženju osporene presude odnosno u načinu na koji je Sud BiH utvrdio status zaštićenih osoba osim apelantovog nezadovoljstva i drugačijeg tumačenja „zaštićenih osoba“, ne može da pronađe bilo šta što bi ukazivalo da je došlo do povrede standarda prava na pravično suđenje u ovom dijelu.

40. Nadalje, u odnosu na apelantove navode da mu nisu osigurani vrijeme i uvjeti neophodni za pripremu odbrane budući da je svjedok Mirsad Ćuturić proširio svoj iskaz (koji je dao na glavnom pretresu) u odnosu na sve tačke optužbe, a ne samo onu u kojoj se on pojavljivao kao oštećeni, te je proširio svoj iskaz (dat na glavnom pretresu) u odnosu na iskaz koji je dao u istrazi, što je po apelantovom shvatanju pridonijelo povredi člana 6. st. 3.b) i d) Evropske konvencije, Ustavni sud naglašava da član 6. stav 3. tačka b) zahtijeva da se optuženom „osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane“. Osnovni element u osiguravanju vremena za odbranu jeste da branilac bude blagovremeno dodijeljen kako bi se ostavilo dovoljno vremena za pripremanje odbrane. U konkretnom slučaju apelant u suštini navodi da nije imao dovoljno vremena da s braniocem pripremi odbranu u odnosu na iskaz jednog svjedoka Mirsada Ćuturića (jer je iskaz proširen, a dat u kasnim popodnevnim satima). Također, upravo zbog ovih okolnosti apelantu je, kako on navodi, povrijeđeno pravo iz člana 6. stav 3. tačka d), odnosno onemogućen je ispitivati svjedoka u novonastalim okolnostima. Dakle, Ustavni sud naglašava da kada se optuženi i njegov branilac žale da im nisu osigurani odgovarajući uvjeti za odbranu odgovornost suda je da odluči može li se nastaviti sa suđenjem, a da se ne prekrši član 6. stav 3.b) Evropske konvencije. Pri tome se mora voditi računa o tome da pravo optuženog da slobodno komunicira sa svojim braniocem u pripremanju odbrane bude od apsolutno centralnog značaja za koncept pravičnog suđenja (vidi, npr. Evropski sud za ljudska prava, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. juna 1984. godine). Međutim, u konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o tome da mu je povrijeđeno pravo da mu se osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane neosnovani jer sam apelant ne spori, već upravo svojim navodima to potvrđuje, da mu je bilo poznato ime svjedoka i djelomičan iskaz (dat u istrazi) zbog čega se mogao pripremiti na okolnosti na koje će svjedočiti. Nadalje, Tužilaštvo je u odgovoru navelo da su apelantovoj odbrani nakon potvrđivanja optužnice dostavljeni svi iskazi svjedoka koji su svjedočili u odnosu na tačku 3. optužnice i da je većina svjedoka u svojim iskazima pominjala ime Mirsada Ćuturića u kontekstu

šta je on preživio, te da ni Tužilaštvo nije znalo da će ovaj svjedok pomenuti i ostale svjedoke oštećene iz tačke 3. optužnice. Osim toga, iz samog apelantovog navoda, kao i iz osporene presude, jasno proizlazi da odbrana nije ni pokušala iskoristiti pravo da sljedećeg dana unakrsno ispita svjedoka, već je od toga odustala. Stoga se apelant ne može uspješno pozivati na ovaj navod kada je odbrani realno data mogućnost unakrsnog ispitivanja, ali je odbrana nije koristila. Osim toga, kao ključna stvar za utvrđivanje povrede u ovom dijelu je činjenica da li je svjedočenje navedenog svjedoka od odlučnog značaja za donošenje presude. Imajući u vidu činjenicu koju je sud naveo u presudi, a koju ni apelant nije osporio, da je i bez iskaza Mirsada Ćuturića ponuđen dovoljan broj drugih relevantnih dokaza koji bi doveli do istih bitnih činjeničnih zaključaka o apelantovoj krivici, činjenica da se apelant nije mogao pripremiti da ispita prošireni iskaz jednog svjedoka nije od presudnog značaja. Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH u osporenoj presudi cijenio ovaj navod (identičan navod o povredi prava na odbranu) kao neosnovan, te nije smatrao za neophodno pozvati navedenog svjedoka da ga neposredno sasluša pred drugostepenim vijećem. Imajući u vidu naprijed navedeno utvrđenje, te relevantne odredbe člana 263. stav 2. ZKP-a na kojima je Sud BiH zasnovao svoju odluku u ovom dijelu, iz kojih proizlazi da sud može odbiti izvođenje dokaza ukoliko smatra „da okolnosti koje stranka i branitelj žele da dokažu nemaju značaj za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban“, Ustavni sud smatra da navodima apelacije ničim nije doveden u pitanje zaključak Suda BiH u pogledu utvrđenja da nije povrijeđeno pravo na odbranu u ovom dijelu, kao i da je bilo potrebe da se navedeni svjedok ponovo neposredno sasluša. Stoga, Ustavni sud nije pronašao elemente koji bi ukazivali na povredu prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 3. tač. b) i d) Evropske konvencije.

41. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da je presudom Suda BiH nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. i stav 3. tač. b) i d) Evropske konvencije.

U vezi s pravom na preispitivanje sudske odluke

42. Ustavni sud primjećuje da apelant navodi da mu nije dozvoljeno, u skladu s odredbom člana 317.a) ZKP-a, da izjavi žalbu „trećem stepenu“ protiv osporene presude za tačku 3. (a, b. i e.) i tačku 9. presude, a iz razloga što je apelant i za oslobađajući dio prvostepene presude po žalbi drugostepenom – osporenom presudom oglašen krivim. U vezi s ovim dijelom apelant se pozvao na povredu prava na efikasan pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije. Međutim, imajući u vidu apelantove navode – da je zakonom propisana mogućnost žalbe, a da je drugostepeni sud u pouci o pravnom lijeku naveo da žalba nije dozvoljena – Ustavni sud smatra da ovaj dio navoda može

ispitati u okviru prava na preispitivanje sudske odluke iz člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

43. Član 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, u relevantnom dijelu glasi:

(1) Svako ko je odlukom suda osuđen za krivično djelo ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud. Ostvarivanje ovog prava, uključujući i osnove za njegovo korištenje, određuje se zakonom.

(2) Ovo pravo može podlijegati izuzecima u odnosu na djela manjeg značaja koja su određena zakonom ili u slučajevima kada je licu u pitanju u prvom stepenu sudio najviši sud ili je bilo osuđeno na osnovu žalbe na oslobađajuću presudu.

44. Ustavni sud zapaža da iz stava 1. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju nedvosmisleno proizlazi da o ostvarivanju prava na žalbu, odnosno o modalitetima preispitivanja, odlučuje domaće zakonodavstvo. Prema praksi Evropskog suda, iskazanoj u predmetu *Krombach* (vidi Evropski sud, presuda od 13. februara 2001. godine, aplikacija broj 29731/96, stav 96), države imaju široko polje procjene u utvrđivanju kako će pravo garantirano članom 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju biti izvršavano. Polazeći od toga, „preispitivanje 'osude' i 'kazne', koje vrši viši sud, može se odnositi i na činjenice i na pravna pitanja ili biti ograničeno jedino na pravna pitanja. Međutim, države mogu nametnuti i dodatna „ograničenja“ na pravo na preispitivanje odluke, kao što je izdavanje dozvole za podnošenje žalbe. Bilo koje ograničenje prava na preispitivanje garantovano ovim članom, koje je uspostavljeno u domaćem zakonodavstvu, mora, po analogiji s pravom na pristup sudu otjelotvorenim u članu 6. stav 1. Evropske konvencije, ići za legitimnim ciljem i ne smije kršiti samu suštinu prava.“

45. Ustavni sud, nadalje, zapaža da su stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju ustanovljeni i izuzeci od primjene prava izloženog u stavu 1. istog člana. Prvi izuzetak se odnosi na manje prestupe. Drugi izuzetak se odnosi na slučajeve kada je domaće zakonodavstvo propisalo da u prvoj instanci sudi najviši sud zbog statusa optuženog (visoki državni zvaničnik, sudija i sl.) ili zbog prirode prestupa. U tim slučajevima takvo preispitivanje nije moguće. Najzad, treći izuzetak se odnosi na slučajeve gdje je osuda izrečena u postupku povodom žalbe na oslobađajuću presudu.

46. Prije razmatranja konkretnog slučaja Ustavni sud podsjeća da je u svojoj praksi rješavao identične navode u predmetu AP 3620/07 od 14. aprila 2010. godine (dostupan na

www.ustavnisud.ba). U navedenom predmetu apelant je isticao povredu člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju zbog nemogućnosti izjavljivanja žalbe protiv presude Apelacionog vijeća Suda BiH kojom je apelant proglašen krivim u pogledu navoda iz optužbe za koje je prvostepenom presudom bio oslobođen. Ustavni sud je zaključio da u tom predmetu nije povrijeđeno apelantovo pravo na preispitivanje višeg suda uslijed činjenice da ZKP nije propisao mogućnost preispitivanja krivične presude u „trećem stepenu“ u vrijeme kada je donesena osporena presuda. Isti apelant je zbog istog pitanja, odnosno zbog navodne povrede člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, pokrenuo postupak pred Evropskim sudom. U vezi s ovom povredom, Evropski sud je kratko naveo da okolnosti konkretnog slučaja potpadaju pod izuzetke iz stava 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropski konvenciju, te je aplikaciju odbio kao očigledno neosnovanu (vidi odluka Evropskog suda *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 51552/10 od 10. aprila 2012. godine).

47. Bitna razlika između konkretnog predmeta i navedenog predmeta je u činjenici što je u međuvremenu došlo do izmjena ZKP-a, te je članom 317.a) ZKP-a predviđena mogućnost izjavljivanja žalbe protiv drugostepene odluke Suda BiH. Također, Ustavni sud primjećuje da je ova mogućnost u ZKP-u dozvoljena upravo u onim situacijama koje su stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju predviđene kao izuzetak, a to je preispitivanje „osude“ odnosno presude kojom se osoba osuđuje, a na osnovu žalbe protiv oslobađajuće presude. Međutim, Ustavni sud također primjećuje da odredba člana 317.a) u duhu domaćeg zakona ne unosi pravilo o „trećem stepenu“, već predstavlja izuzetak u odnosu na pravilo o dvostepenosti postupka.

48. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da apelant smatra da je „oslobođen po prvostepenoj presudi“ za pojedine tačke optužnice (tač. 3a, 3b, 3e. i 3g. i tačka 10) za koje ga je drugostepeni sud oglasio krivim, te smatra da ima pravo na žalbu. Prije svega Ustavni sud napominje da se nesporno radi o istim radnjama, odnosno tačkama optužbe, koje upućuje na oslobađanje od izvršenja, odnosno izvršenje krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva (te će se u daljnjem razmatranju ovog dijela odluke Ustavni sud baviti samo ovim djelom – ratni zločin protiv civilnog stanovništva). Ustavni sud također napominje da je u jezičkom kontekstu člana 317.a) ZKP-a dozvoljeno pravo na žalbu u „trećem stepenu“ ako je vijeće Apelacionog odjeljenja povodom žalbe na oslobađajuću presudu na pretresu donijelo presudu kojom se optuženi oglašava krivim. S tim u vezi osnovni zadatak Ustavnog suda je utvrditi je li u okolnostima konkretnog slučaja prvostepena presuda bila „oslobađajuća“. Ustavni sud primjećuje da je prvostepeni sud u jednom dijelu odluke, apelanta oglasio krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. tač.

c) i e) dok je, pozivajući se na član 284. stav 1. tačka c) ZKP-a, apelanta oslobodio optužbe da je po određenim tačkama optužnice na opisani način izvršio određene radnje (čime bi također počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva). Dakle, prvostepeni sud je za isto krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. tač. c) i e) apelanta i oglasio krivim i oslobodio, te se postavlja pitanja je li prvostepena presuda „oslobađajuća“.

49. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da Sud BiH u smislu utvrđivanja prava na žalbu upravo polazi od „krivičnog djela“ koje se apelantu stavlja na teret. Zapravo, Sud BiH zaključuje da apelant nije oslobođen krivičnog djela u cjelini, već samo za pojedine radnje tog krivičnog djela. Stoga će Ustavni sud analizirati ovaj navod.

50. Prije svega, Ustavni sud nalazi da se presuda, kakva god bila, donosi u odnosu na krivično djelo, a ne kako Sud BiH navodi za pojedine „radnje izvršenja“ krivičnog djela. Osim toga „radnje izvršenja“ čine bitan, osnovni element u pojmu krivičnog djela, te je radnja konstitutivno obilježje krivičnog djela. Nadalje, u pojmu krivičnog djela, kako je definirano članom 173. KZ-a, taksativno su navedene radnje izvršenja koje su različite i po svom karakteru, a moglo bi se reći da se iste mogu gradirati i po „intenzitetu“, te u iste spadaju ubijanje, nanošenje snažnog tjelesnog ili duševnog bola, mučenje, silovanje, protivzakonito zatvaranje i ostalo. Također, Ustavni sud primjećuje da se svakom pojedinačnom radnjom navedenom u članu 173. KZ-a, naravno uz ispunjenje ostalih bitnih elemenata za ovo krivično djelo, ostvaruje biće krivičnog djela. Stoga navodi Suda BiH u ovom pravcu nisu osnovani.

51. S druge strane, Sud BiH ukazuje da je apelant i prvostepenom presudom optužen za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, stoga nema „oslobađajuće presude“. Ustavni sud u tom pravcu mora podržati stav Suda BiH da prvostepena presuda nije bila oslobađajuća jer je apelant za isto krivično djelo (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) i oslobođen i osuđen. Stoga bi se u najboljem slučaju moglo reći da je apelant imao „djelomično oslobađajuću presudu, odnosno „oslobađajući dio presude“ ili, kako je apelant sam naveo, da je oslobođen za izvršenje krivičnog djela po određenim navedenim tačkama optužnice, ali što nikako ne korespondira zahtjevu iz zakonske odredbe da je u pitanju „oslobađajuća presuda“. Nadalje, kod činjenice da sve relevantne odredbe ZKP-a navode da je presuda ili osuđujuća ili oslobađajuća, a da nigdje nije navedena „kombinacija“ presuda za isto krivično djelo, pa ni u članu 317a) kada se ima u vidu široko polje diskrecije koje je dato državama da urede svoje sisteme u pogledu mogućnosti preispitivanja sudske odluke od strane višeg suda, zaključak Suda BiH da apelantova situacija ne potpada pod izuzetke iz

člana 317.a) ZKP-a i da se ova odredba odnosi na presudu u cjelini je logičan i opravdan i u skladu s jezičkim sadržajem navedene odredbe, kao i ostalih odredbi ZKP-a.

52. Osim toga, Ustavni sud nalazi da unošenje odredbe člana 317.a) ZKP-a u ZKP-u ima svoj *ratio* i u činjenici da je zakonodavac izuzetno, za drastične slučajeve, odnosno u potpunosti različita odlučjenja Suda BiH dao izuzetno mogućnost preispitivanja u odnosu na pravilo o dvostепенosti. Stoga, iz jezičkog sadržaja odredbe proizlazi da volja zakonodavca očigledno nije podrazumijevala mogućnost „cjepkanja“ presude, već presudu u cjelini. Osim toga, imajući u vidu činjenicu da je entitetskim zakonima, kao i u Zakonu o krivičnom postupku Distrikta Brčko odredba o mogućnosti prava na žalbu protiv drugostepene presude definirana na drugačiji način, odnosno s jasnim navodom da je žalba dopuštena ako je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu kojom je optuženi oslobođen optužbe i izrekao osuđujuću presudu, Ustavni sud nalazi da je sasvim jasna namjera zakonodavca da u postupcima pred Sudom BiH „suzi“ mogućnost izjavljivanja žalbe protiv drugostepenih presuda, te je istu jasno regulirao u navedenoj odredbi zahtjevom da se radi o „oslobađajućoj presudi“ u cjelini.

53. Stoga, u konkretnoj situaciji kada apelant nije imao oslobađajuću presudu, kako to izričito navodi član 317.a) ZKP-a isti nema ni pravo na žalbu protiv drugostepene presude, te Ustavni sud smatra da nije povrijeđeno pravo na preispitivanje presude iz člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

54. Apelant tvrdi da mu je osporenom presudom povrijeđeno pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

55. Član II/2. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

Prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.

56. 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 utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.

57. Iz navoda apelacije proizlazi apelantova tvrdnja da je u konkretnom krivičnom postupku koji je protiv njega vođen kažnjen na osnovu odredaba KZ-a koji je za njega nepovoljniji i stroži, umjesto prema odredbama KZSFRJ koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je za njega blaži i povoljniji.

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

59. S tim u vezi Ustavni sud podsjeća da je pitanje primjene blažeg zakona u kontekstu odluke Evropskog suda u predmetu *Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića* (vidi Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine; u daljnjem tekstu: *Maktouf i Damjanović*) razmatrao u čitavom nizu svojih odluka koje je donio nakon navedene odluke Evropskog suda te se s obzirom na navedeno u tom kontekstu, u pogledu uopćenih razmatranja o primjeni blažeg zakona, u cijelosti poziva na obrazloženje tih odluka (vidi, npr. Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/08* od 27. septembra 2013. godine, tač. od 35. do 45, i *AP 556/12* od 4. jula 2014. godine, tač. od 44. do 50, dostupna na www.ustavnisud.ba), s obzirom da se navedena obrazloženja u tom dijelu u cijelosti odnose i na ovu odluku.

60. Dovodeći prethodne stavove u vezu s konkretnim predmetom, rukovodeći se principom Evropskog suda prema kojem njegov zadatak nije razmotriti *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZBiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s članom 7. Evropske konvencije, Ustavni sud nalazi 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 zakonu na osnovu kojeg je izrečena kazna (KZSFRJ odnosno KZ). U tom kontekstu Ustavni sud konstatira da je krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kao i

krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika bilo definirano u oba zakona (KZSFRJ i KZ) na identičan način, ali je raspon zapriječene kazne različit. S tim u vezi Ustavni sud nalazi da je, s obzirom na visinu izrečene kazne, od posebnog značaja bilo ustanoviti koji je zakon (KZSFRJ ili KZBiH) „blaži“, odnosno povoljniji u pogledu propisane kazne.

61. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je apelant na osnovu osporene presude Suda BiH proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tač. a) i b) KZ-a (te mu je za to djelo utvrđena kazna zatvora od 14 godina) i krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. tač. c) i e) KZ-a (te mu je za to djelo utvrđena kazna zatvora od 12 godina), dakle za stjecaj krivičnih djela Sud BiH je apelanta (primjenom člana 53. KZ-a) osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 18 godina. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud naglašava da je Sud BiH prilikom primjene materijalnog prava i utvrđivanja blažeg zakona trebao voditi računa i o odredbama o stjecaju krivičnih djela, te uporediti član 53. KZBiH i član 48. KZSFRJ kako bi dodatno i s tog aspekta utvrdio koji je zakon blaži za apelanta, što je Sud BiH u konkretnom slučaju propustio učiniti. Nadalje, budući da je apelantu u konkretnom slučaju za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika utvrđena kazna zatvora u trajanju od 14 godina, a da je za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva utvrđena kazna zatvora u trajanju od 12 godina, a koje su prema odredbama KZ-a bliže najnižoj propisanoj kazni za svako djelo, Ustavni sud smatra da je i u ovom slučaju od posebne važnosti bilo utvrditi koji je zakon blaži (KZSFRJ ili KZBiH), odnosno povoljniji u pogledu propisane minimalne kazne. Osim toga, Ustavni sud u vezi s obrazloženjem osporene presude Suda BiH u pogledu primjene KZ-a kao „blažeg“ zakona s aspekta propisanih kazni, a imajući u vidu zaključak da je smrtna kazna u svakom slučaju stroža od kazne dugotrajnog zatvora, ponovo zapaža da je apelantu izrečena jedinstvena kazna u trajanju od 18 godina, a to dalje znači da je 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. 67-69). Dakle, apelantu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora (iako je postojala mogućnost u skladu s članom 53. stav 2. tačka 3. KZ-a), već mu je izrečena jedinstvena kazna u trajanju od 18 godina. To dalje, znači da apelantu nije izrečena kazna za teži oblik krivičnih djela, što bi daljnjim kompariranjem s odredbama KZSFRJ značilo da je postojala mogućnost da se apelantu izrekne kazna u kraćem trajanju u okviru propisanog raspona. S obzirom na navedeno, imajući u vidu zapriječeni raspon kazni prema KZ-u i KZSFRJ, nedvosmisleno proizlazi da je u okolnostima konkretnog slučaja blaži KZSFRJ, s tim da ta okolnost sama po sebi ne znači da bi apelant i dobio manju kaznu od kazne koja mu je izrečena, pogotovo kada se imaju u vidu odredbe člana 38. KZSFRJ (kojim je regulirano trajanje kazne

zatvora). 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). Stoga, Ustavni sud smatra da je u okolnostima konkretnog slučaja osporenom presudom povrijeđeno apelantovo pravo iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

62. Ustavni sud smatra da je radi zaštite apelantovih ustavnih prava dovoljno ukinuti osporenu presudu Suda BiH broj S1 1 K 005379 11 kŽk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. novembra 2011. godine i vratiti predmet tom sudu da donese novu odluku u skladu s članom 7. stav 1. Evropske konvencije. Ustavni sud ističe da ni u ovom slučaju, kao i u nizu predmeta iz novije prakse u kojima je utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije i ukinuo presude Suda BiH s nalogom da se donese nova odluka kojom će biti otklonjena utvrđena povreda, nije odlučivao o prekidu izdržavanja kazne zatvora i eventualnom apelantovom puštanju na slobodu, niti o proceduri prema kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku. Stoga, ukoliko je apelant upućen na izdržavanje kazne zatvora na osnovu osporene presude koja je sada ukinuta ovom odlukom Ustavnog suda samo u odnosu na primjenu člana 7. Evropske konvencije, o apelantovom lišavanju slobode, zadržavanju ili pritvoru odlučivat će Sud BiH u skladu sa svojim nadležnostima.

VIII. Zaključak

63. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantovo ustavno pravo iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena KZ-a bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne.

64. Ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1. i 3. tač. b) i d) Evropske konvencije u situaciji kada je Ustavni sud iz obrazloženja osporene odluke utvrdio da je sud dao valjane razloge na kojima je zasnovao svoju odluku primjenom relevantnog materijalnog prava, kao i da je apelantu dato vrijeme i mogućnost pripremanja odbrane, kao i ispitivanja svjedoka koje nije iskoristio.

65. Ustavni sud zaključuje da nije prekršeno pravo na žalbu u krivičnim stvarima iz člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju budući da u apelantovom slučaju nisu ispunjeni zakonski uvjeti za dopuštenost žalbe protiv drugostepene presude Apelacionog odjeljenja Suda BiH.

66. Na osnovu člana 59. st. (1), (2) i (3) i člana 62. stav (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

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

Predsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Mirsad Ćeman