

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 4065/09**, rješavajući apelaciju **Slobodana Jakovljevića i dugih**, 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

Mirsad Ćeman, sudija

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 22. oktobra 2013. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvajaju se apelacije **Slobodana Jakovljevića, Aleksandra Radovanovića, Branislava Medana i Brane Džinića.**

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

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine br. X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine zbog kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

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

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da u roku od 90 dana od dana dostavljanja ove odluke obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke, u skladu s članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

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. Slobodan Jakovljević (u daljnjem tekstu: apelant Jakovljević) iz Kušića, općina Srebrenica, koga zastupa Boško Čegar, advokat iz Pala, podnio je 23. decembra 2009. 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-05/24 od 9. septembra 2009. godine i X-KR-05/24 od 29. jula 2008. godine. Apelacija je zavedena pod brojem AP 4065/09.

2. Protiv istih presuda Suda BiH apelaciju je 25. decembra 2009. godine podnio i Aleksandar Radovanović (u daljnjem tekstu: apelant Radovanović), kojeg zastupa Dragan Gotovac, advokat iz Zvornika. Apelacija je zavedena pod brojem AP 4094/09. Apelant Radovanović je dopunio apelaciju 19. novembra 2012. godine, 16. maja 2013. godine i 21. augusta 2013. godine.

3. Protiv istih presuda Suda BiH apelaciju je 28. decembra 2009. godine podnio i Branislav Medan (u daljnjem tekstu: apelant Medan), kojeg zastupa Zoran Kisin, advokat iz Banje Luke. Apelacija je zavedena pod brojem AP 4124/09. Apelant Medan je dopunio apelaciju 12. augusta 2013. godine.

4. Protiv istih presuda Suda BiH apelaciju je 28. decembra 2009. godine podnio i Brano Džinić (u daljnjem tekstu: apelant Džinić), kojeg zastupa Suzana Tomanović, advokat iz Doboja. Apelacija je zavedena pod brojem AP 4128/09. Apelant Džinić je 21. augusta 2012. godine također podnio zahtjev za donošenje privremenu mjeru kojom je zatražio prekid izdržavanja zatvorske kazne i puštanje na slobodu. Apelant Džinić je dopunio apelaciju 21. novembra 2012. godine i 15. augusta 2013. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

5. Ustavni sud je donio Odluku AP 4128/09 od 13. novembra 2012. godine (dostupna na www.ustavnisud.ba), kojom je odbio zahtjev apelanta Džinića za donošenje privremene mjere.

6. S obzirom na to da su Ustavnom sudu dostavljene četiri apelacije iz njegove nadležnosti, koje se tiču istog činjeničnog i pravnog osnova, Ustavni sud je, u skladu s članom 31. stav 1. Pravila Ustavnog suda, donio odluku o spajanju svih apelacionih predmeta u kojima će voditi jedan postupak i donijeti jedna odluku pod brojem AP 4065/09.

7. Na osnovu člana 22. stav 1. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) zatraženo je 2. jula 2009. godine da dostave odgovor na apelaciju apelanta Jakovljevića, 7. jula 2009. godine da dostavi odgovor na apelaciju apelanta Radovanovića i 26. jula 2009. godine da dostavi odgovor na apelaciju apelanta Medana i Džinića.

8. Odgovor na apelaciju apelanta Jakovljevića Sud BiH je dostavio 15. jula 2009. godine, a Tužilaštvo BiH 21. jula 2009. godine. Odgovor na apelaciju apelanta Radovanovića Sud BiH je dostavio 21. augusta 2009. godine, a Tužilaštvo BiH 26. jula 2009. godine. Odgovor na apelaciju apelanta Medana Sud BiH je dostavio 10. augusta 2009. godine, a Tužilaštvo BiH 24. augusta 2009. godine. I konačno, odgovor na apelaciju apelanta Džinića Sud BiH je dostavio 16. augusta 2009. godine, a Tužilaštvo BiH 24. augusta 2009. godine.

9. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori na apelaciju su dostavljeni apelantu Jakovljeviću 14. septembra 2010. godine, apelantu Radovanoviću 10. augusta 2009. godine, apelantu Medanu 30. augusta 2010. godine i apelantu Džiniću 31. augusta 2010. godine.

III. Činjenično stanje

10. Činjenice predmeta koje proizlaze iz navoda apelanata i dokumenata predloženih Ustavnom sudu mogu se sumirati na sljedeći način.

11. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/24 od 29. jula 2008. godine apelanti su proglašeni krivim da su u vrijeme oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini, kao pripadnici policije Vojske Republike Srpske (u daljnjem tekstu: VRS), na način opisan u izreci prvostepene presude izvršili progon civilnog bošnjačkog stanovništva, s ciljem da djelimično istrijebe nacionalnu, etničku i vjersku skupinu Bošnjaka. Prvostepeno vijeće BiH (u daljnjem tekstu: Prvostepeno vijeće) je zaključilo da su na način opisan u prvostepenoj presudi apelanti ubili pripadnike skupine Bošnjaka i tako kao saučesnici svojim radnjama učinili krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) u vezi s čl. 29. i 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ BiH). Zbog učinjenog krivičnog djela Prvostepeno vijeće je apelantu Jakovljeviću izreklo kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 godina, apelantu Radovanoviću kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju 42 godine, apelantu Medanu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 godina i apelantu Džiniću kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 42 godine.

12. Prvostepeno vijeće navodi da je pažljivom i savjesnom ocjenom, kako pojedinačno izvedenih dokaza tako i dovođenjem jednih dokaza u međusobnu vezu s drugim dokazima, te vodeći računa o načelu slobodne ocjene dokaza, odlučilo kao u dispozitivu presude. Dalje, Prvostepeno vijeće navodi da je svoj zaključak o krivici apelanata zasnovalo na nekoliko ključnih dokaza, između ostalih i svjedočenja i izjava svjedoka S4, kao i izjava svjedoka P. M. i M. S. u dijelu koji potvrđuje iskaze svjedoka S4, pri čemu je saslušalo 52 svjedoka Tužilaštva i 67 svjedoka odbrane. Prvostepeno vijeće je u obrazloženju iznijelo prikaz situacije oko Srebrenice prema kojoj je T. M., u svojstvu komandira Trećeg voda „Skelani“ u sastavu Drugog odreda Specijalne policije Šekovići, kojim su komandovali apelanti Jakovljević, Radovanović i Medan, kao specijalci - policajci u sastavu istog voda, a apelant Džinić, kao specijalac - policajac u Drugom odreda Specijalne policije Šekovići, zajedno s drugim pripadnicima VRS i Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske (u daljnjem tekstu: MUP RS), učestvovao u zarobljavanju velikog broja muškaraca Bošnjaka nakon pada Zaštićene zone Srebrenica. Dalje, kako je Prvostepeno vijeće u toku postupka utvrdilo, apelanti su u koloni sproveli zarobljene Bošnjake muškarce u skladište Zemljoradničke zadruge „Kravica“, zatvorili ih u skladište Zadruga i većinu ubili u ranim večernjim satima, tako što su T. M. i apelant Radovanović pucali iz automatske puške u zarobljenike, apelant Džinić bacao na njih ručne bombe, a apelanti Jakovljević i Medan

zauzeli položaj sa stražnje strane skladišta i čuvali stražu sprečavajući zarobljene da bježe kroz prozore.

13. Prvostepeno vijeće je dalje utvrdilo da je napad na bošnjačko stanovništvo u zaštićenoj zoni UN-a bio sistematske prirode i imao je organizirani karakter. Sud BiH je detaljno opisao izjave svjedoka očevidaca koji su se u periodu od 10. do 15. jula 1995. godine nalazili u Srebrenici i oko nje i izveo druge dokaze na okolnosti događaja u tom periodu, a naročito je detaljno izneseno svjedočenje svjedoka S4 koji je bio neposredni očevidac događaja. Zatim, Prvostepeno vijeće je utvrdilo da se učinjeno krivično djelo može kvalificirati kao „ubijanje pripadnika skupine ljudi“ iz člana 171. tačka a) KZ BiH, odnosno da se krivično djelo može kvalificirati kao „genocid“, pri čemu je namjera da se zatvorenici ubiju bila očigledna. Prvostepeno vijeće je detaljno obrazložilo način izvršenja ovog krivičnog djela smatrajući da su Bošnjaci bili dio „zaštićene grupe“ i iznoseći plan i način pogubljenja kojem su oštećeni bili izloženi kroz zasjede, granatiranja i ubojstva, kao i organizirana višestruka ubojstva, te prebacivanje i sakupljanje radi pogubljenja, što je sve izvršeno u skladu s postojećim planom rukovodstva RS.

14. I konačno, u pogledu primjene materijalnog zakona Prvostepeno vijeće je primijenilo član 4.a) KZ BiH koji govori o „općim načelima međunarodnog prava“. Dalje je navedeno da međunarodno pravo, kao ni Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), ne poznaju identičan pojam, pa ovaj termin predstavlja u stvari kombinaciju, s jedne strane „principa međunarodnog prava“ kakav poznaje Generalna skupština UN i Komisija za međunarodno pravo i „općih principa prava priznatih od strane zajednice naroda“ kakve poznaje Statut Međunarodnog suda pravde i član 7. stav 2. Evropske konvencije. Bez obzira da li promatrano sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta „principa međunarodnog prava“, nesumnjivo je, po ocjeni Prvostepenog vijeća, da je genocid predstavljao krivično djelo u inkriminiranom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta. Navodi se da pravnu osnovu za suđenje ili kažnjavanje krivičnih djela prema općim načelima međunarodnog prava daje član 4.a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 61/04) koji propisuje da čl. 3. i 4. KZ BiH ne sprečavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je učinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava. Kako je zaključilo Prvostepeno vijeće, ovim članom je u cijelosti preuzeta odredba člana 7. stava 2. Evropske konvencije i njime je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu, kakav jeste i postupak protiv apelanata, jer se upravo radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila i međunarodnog prava. Naime, po mišljenju Prvostepenog vijeća, član 4.a)

Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH primjenjuje se kod svih krivičnih djela iz oblasti krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, jer su upravo ova krivična djela, u koja spada i genocid, smještena u glavu XVII Krivičnog zakona BiH, a odredbe o genocidu prihvaćene su kao dio međunarodnog običajnog prava i predstavljaju odredbu međunarodnog prava koja nije derogirana. Dalje se navodi da se, kada se ove odredbe dovedu u vezu s članom 7. Evropske konvencije koja ima prednost nad svim ostalim zakonima u BiH (član II/2. Ustava BiH), može zaključiti da je načelo zakonitosti iz člana 3. KZ BiH sadržano u prvoj rečenici člana 7. stav 1. Evropske konvencije, dok druga rečenica člana 7. stav 1. Evropske konvencije zabranjuje izricanje teže kazne od one koja je bila primjenjiva u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Međutim, stav 2. člana 7. Evropske konvencije sadrži izuzetak od stava 1. i dozvoljava suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za djelo, odnosno propust koji je u vrijeme činjenja ili nečinjenja predstavljalo krivično djelo prema općim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.

15. Isto načelo sadržano je u članu 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Ovaj izuzetak je inkorporiran sa specifičnim ciljem da omogući primjenu domaćeg i međunarodnog zakonodavstva koje je stupilo na snagu tokom i nakon II. svjetskog rata u pogledu ratnih zločina. Prvostepeno vijeće navodi i praksu Evropskog suda za ljudska prava (slučaj *Naletilić protiv Hrvatske* broj 51891199, *Kolk i Kislyiy protiv Estonije*, br. 23052/04 i 4018/04) naglašavajući primjenjivost odredbe stava 2. prije nego iz stava 1. člana 7. Evropske konvencije kada su u pitanju ovakva djela, što također opravdava primjenu člana 4.a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH u ovim predmetima. Navodi se da je ovo pitanje razmatrao i Ustavni sud u apelaciji broj AP 1785/06 (A. Maktouf) u svojoj odluci od 30. marta 2007. godine. Naime, ni u jednoj državi bivše SFRJ u zakonodavstvu ni u praksi nije postojala mogućnost izricanja doživotnog zatvora niti dugotrajnih zatvorskih kazni, a što je Međunarodni krivični sud za zločine na području bivše Jugoslavije često činio (slučaj Krstić, Galić itd.). Dalje se navodi da je koncept KZ SFRJ bio takav da nije predviđao postojanje dugotrajnog niti doživotnog zatvora, nego je za najteža krivična djela propisivao smrtnu kaznu, a za lakše oblike maksimalne zatvorske kazne do 15 godina zatvora. Princip obavezne primjene blažeg zakona, prema mišljenju Prvostepenog vijeća, isključen je u procesuiranju onih krivičnih djela koja su u vrijeme njihovog izvršenja bila potpuno predvidiva i općepoznata kao protivna općim pravilima međunarodnog prava. I konačno, u pogledu izrečenih kazni apelantima, Prvostepeno vijeće navodi da je posebno analiziralo svakog počinioca pojedinačno i odredilo kaznu koja je neophodna i srazmjerna za svakog od njih, uzimajući u obzir relevantne otežavajuće i olakšavajuće zakonske okolnosti i usklađujući kaznu od 40 godina dugotrajnog zatvora prema tim okolnostima.

16. Apelanti su se na prvostepenu presudu žalili, pa je Presudom Apelacionog vijeća Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono vijeće) broj X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine djelimično uvažena žalba branilaca apelanata i žalba apelanta Medana lično, pa je prvostepena presuda preinačena tako da je apelantu Jakovljeviću izrečena kazna dugotrajnog zatvora od 28 godina, apelantu Radovanoviću 32 godine dugotrajnog zatvora, apelantu Medanu 28 godina dugotrajnog zatvora i apelantu Džiniću 32 godine dugotrajnog zatvora. U okviru žalbenih osnova koje su navodili apelanti, žalbama se prvenstveno isticalo da je prvostepeni sud bio nepropisno sastavljen budući da je u Prvostepenom vijeću učestvovalo dvoje međunarodnih sudija, iako, prema mišljenju odbrane apelanata, osobe koje nisu državljani Bosne i Hercegovine ne mogu obavljati funkciju sudije niti jednog suda u BiH, pa tako ni Suda BiH.

17. Međutim, izneseni žalbeni prigovori, prema ocjeni Apelacionog vijeća, nisu osnovani. Suprotno žalbenom prigovoru branioca apelanta Jakovljevića, prisustvo i rad međunarodnih sudija u Sudu BiH zakonsko utemeljenje ima u odredbi iz člana 65. stav 2. Zakona o Sudu BiH kojim je propisano da vijeća Odjela I (Ratni zločini) i Odjela II (Organizirani kriminal, privredni kriminal i korupcija) Suda BiH čine domaće i međunarodne sudije, dok stav 4. istog člana propisuje da međunarodne sudije ne smiju biti državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje od susjednih zemalja. Dalje, apelanti su prvostepenu presudu pobijali i zbog toga što je, prema mišljenju odbrane, na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti, a uporište za ovakav prigovor odbrana nalazi u činjenici da su apelanti proglašeni krivim za krivično djelo genocida, izvršeno u namjeri da se djelimično istrijebi nacionalna, etnička i vjerska skupina Bošnjaka. Naime, predsjednik Prvostepenog vijeća, sudija H. V., pripada istoj nacionalnoj i etničkoj grupi Bošnjaka, koji je u toku rata živio i radio u enklavi Goražde koja je bila pod sličnim neizvjesnim uvjetima kao što je to bio slučaj s enklavom Srebrenica, te da je on iz navedenih razloga oštećen predmetnim krivičnim djelom. U konkretnom slučaju, odbrana nije dokazala, a ni Apelaciono vijeće ne nalazi da je niti jedno lično ili imovinsko pravo predsjednika Prvostepenog vijeća bilo povrijeđeno ili ugroženo predmetnim krivičnim djelom, već svoj zaključak o tome prebacuje na nivo njegove generalne pripadnosti bošnjačkom narodu. Žalbama se osporava i odluka pretresnog vijeća da za vrijeme štrajka apelanata glađu i njihovog odbijanja da iz pritvora pristupe na ročišta za glavni pretres, apelante ne dovodi prinudno u sudnicu, već da zakazana ročišta održi i bez uredno obaviještenih apelanata. Međutim, suprotno žalbenim navodima, Apelaciono vijeće je zaključilo da je odluka prvostepenog suda da glavni pretres, u slučaju neopravdanog odbijanja optuženih da pristupe zakazanim ročištima na koja su blagovremeno i uredno pozvani, održi i bez njihovog prisustva zakonita, te potkrijepljena validnom argumentacijom koju je u potpunosti prihvatilo i Apelaciono vijeće. U pogledu prava na odbranu, Apelaciono vijeće je utvrdilo da u konkretnom

slučaju žalbeni prigovor kojim se ukazuje da je prvostepeno vijeće bez zakonskog osnova produžilo rok za izricanje presude, te da je pismeni otpravak presude izradilo nakon proteka roka od 30 dana, nije doveo do povrede prava apelanata na odbranu. Neosnovan je, po ocjeni Apelacionog vijeća, i žalbeni navod da je tužilac podneskom od 24. juna 2008. godine dopunio optužnicu novom radnjom i pravnom kvalifikacijom, čime je odbrani uskraćeno pravo da se materijalno-pravno i procesno suprotstavi, prema mišljenju odbrane, novoj optužbi. Konačno, ni prigovor na odluku suda da odbrani ne dostavi transkripte unakrsnog ispitivanja svjedoka S4 s glavnih pretresa u odvojenim postupcima, prema ocjeni Apelacionog vijeća, nije osnovan, odnosno takvim postupanjem nije došlo do povrede prava apelanata na pravično suđenje, kako se to u žalbama navodi.

18. Žalbama apelanata se dalje prigovara da prvostepeni sud nije u potpunosti riješio predmet optužbe, budući da je iz činjeničnog opisa izostavio pojedine dijelove, te ističe da je sud trebao odlučiti i o tom dijelu optužnice, i na taj način materijalno-pravno utvrditi presuđenu stvar. Suprotno iznesenim žalbenim navodima, Apelaciono vijeće smatra da nije došlo do bitne povrede odredaba Zakona o krivičnom postupku BiH (u daljnjem tekstu: ZKP BiH) na koju odbrana ukazuje. Naime, Prvostepeno vijeće je, nakon ocjene svih izvedenih dokaza i uz primjenu principa *in dubio pro reo*, zaključilo da određene činjenice i radnje navedene u optužnici nisu dokazane, te je dispozitiv pobijane presude prilagodilo svojim utvrđenjima zasnovanim na izvedenim dokazima. Žalbama se dalje ističe da se prvostepena presuda temelji na dokazima na kojima se, prema odredbama ZKP BiH, ne može temeljiti. Kako je navelo Apelaciono vijeće, iz spisa proizlazi da su navedeni svjedoci saslušani u toku istrage, te da su o navedenim saslušanijima sastavljeni zapisnici. Spomenuti zapisnici su sastavljeni u skladu s odredbama ZKP BiH, odnosno imaju sve elemente i sadrže sva potrebna upozorenja kako je to i propisano relevantnim odredbama ZKP BiH (Glava VIII odjeljak 5. ZKP BiH). Navodi se da se u žalbama ističe da su svjedoci na glavnom pretresu izjavili da su tokom ispitivanja bili izloženi različitim pritiscima, da nisu znali šta i zbog čega potpisuju, da uopće nisu izjavili ono što je napisano ili da su to drugačije izjavili. Međutim, kako navodi Apelaciono vijeće, niti jedan od saslušanih svjedoka nije stavio nikakvu primjedbu na zapisnik, već su ih uredno potpisali i to nakon pismene konstatacije da nemaju primjedbi na zapisnik te da su saslušani u skladu s etičkim i profesionalnim principima. U tom smislu, navodi se da se posebno neuvjerljivim čine izjave 11 navedenih svjedoka, s obzirom na činjenicu da su oni policajci, odnosno zaposleni u MUP-u RS-a, a da su na pretresu izjavili da je prilikom njihovog ispitivanja bilo pritisaka s kojima se oni nisu znali nositi, da su se zbunili ili pak da svoje izjave nisu ni pročitali.

19. U pogledu prigovora apelanata o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, Apelaciono vijeće prvenstveno smatra da je argumentacija Prvostepenog vijeća u pogledu

prihvatljivosti i pouzdanosti iskaza svjedoka S4, kao svjedoka koji je sklopio sporazum o priznanju krivice, validna, te da je prvostepena presuda dala dobro obrazloženje i valjane razloge za takvu odluku. Zatim, Apelaciono vijeće nije prihvatilo navode tri žalbe da je događaj u skladištu Zemljoradničke zadruge „Kravica“ incident koji se odigrao spontano, niti da je pogrešan zaključak Prvostepenog vijeća o planskom i sistematskom ubijanju koje se desilo 13. jula 1995. godine. Apelaciono vijeće također smatra da navodi iz žalbi koji ukazuju na pogrešno utvrđenje činjeničnog stanja nisu prihvatljivi, da je pravilno utvrđeno vrijeme izvršenja kao ukupno trajanje ubojstava zatvorenih kao i broj ubijenih lica. Apelaciono vijeće smatra da su okolnosti učešća svih apelanata u izvršenju krivičnog djela koje im se stavlja na teret u potpunosti utvrđene pred Prvostepenim vijećem, te je i ove prigovore apelanata u potpunosti odbilo.

20. U pogledu primjene krivičnog zakona Apelaciono vijeće je zaključilo da odredba iz člana 4.a) KZ BiH omogućava izuzetno odstupanje od principa iz čl. 3. i 4. KZ BiH da bi se obezbijedilo suđenje i kažnjavanje za one postupke koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila koja imaju opću podršku od svih naroda, koja su općeg značaja, u situaciji kada takva postupanja nisu bila predviđena kao krivična djela u nacionalnom odnosno unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu u vrijeme kada su učinjena. U konkretnom slučaju i zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuju krivično djelo genocida pa je jasno da postoje zakonski uvjeti za suđenje i kažnjavanje učinioca krivičnog djela genocida po oba zakona. Međutim, kako je navelo Apelaciono vijeće, iako se u obrazloženju pozvalo na pogrešnu zakonsku odredbu (na član 4.a)), Prvostepeno vijeće je konkretnom slučaju zaista primijenilo zakon koji je blaži za učinioca, odnosno KZ BiH. Prilikom odlučivanja o kazni, Apelaciono vijeće je našlo da je Prvostepeno vijeće pravilno utvrdilo sve odlučne činjenice i pravilno primijenilo zakon, te da nisu učinjene greške koje bi prvostepenu presudu u odluci o kazni činile nezakonitom. Navedeno je da se Apelaciono vijeće u velikoj mjeri oslonilo na pravilna utvrđenja iznesena u prvostepenoj presudi, prije svega, vezano za opća razmatranja i zahtjeve koje zakon postavlja kao kriterije koje treba imati u vidu kod odmjeravanja kazne, a zatim i pojedinačno utvrđenim činjenicama i okolnostima koje su od značaja za izricanje kazne u konkretnom predmetu.

21. Međutim, iako je Prvostepeno vijeće pravilno utvrdilo sve odlučne činjenice koje se moraju cijeliti kod donošenja odluke o vrsti i visini kazne, Apelaciono vijeće nalazi da je Prvostepeno vijeće neadekvatno procijenilo konkretan doprinos apelanata u izvršenju djela, a posebno činjenicu da su apelanati djelo počinili u sadejstvu s mnogobrojnim licima, te da ovako strašna posljedica nije rezultat djelovanja samo nekoliko izvršilaca, što je dovelo do neadekvatnog kažnjavanja konkretnih počinilaca-apelanata. Smanjenjem kazne na način utvrđen u drugostepenoj presudi, Apelaciono vijeće

je zaključilo da su izrečene kazne potpuno adekvatne i srazmjerne, kako težini učinjenog djela, s obzirom na okolnosti, posljedice, način izvršenja i konkretne radnje apelanata, tako i ličnosti apelanata kao njegovih izvršilaca, te da će se takvim kaznama u cijelosti postići svrha kažnjavanja predviđena zakonom.

IV. Apelacija

a) Navodi apelanta Jakovljevića

22. Apelant Jakovljević navodi da mu je osporenim presudama povrijeđeno pravo na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije, pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, kao i člana 7. stav 1. Evropske konvencije o primjeni blažeg zakona na učinioca. Apelant Jakovljević navodi da su u vijeću prvostepenog suda učestvovali kao članovi vijeća sudije koji nisu državljani Bosne i Hercegovine i da je to veliki propust koji je u potpunosti suprotan Ustavu Bosne i Hercegovine. On navodi da je predsjednik vijeća sudija H. V. morao biti izuzet iz ovog postupka, imajući u vidu da se radi o predstavniku zaštićene grupe. On dalje navodi da u opisu radnje izvršenja krivičnog djela prvostepena presuda ne navodi da je on, čuvajući stražu, sprečavao zarobljene da bježe kroz prozore. Čuvanje straže nije, po njegovom mišljenju, ubijanje, pogotovo ako on nije imao zadatak niti namjeru da bilo koga ubije i ako nije utvrđeno da je on prilikom čuvanja straže pucao u bilo koga, jer za to nije bilo potrebe ako niko nije pokušao da pobjegne kroz prozore sa strane gdje je on čuvao stražu niti je na tom mjestu bilo ko ubijen. Apelant Jakovljević također smatra da je sud počinio povredu ZKP BiH kada je u dokaze uvrštavao izjave svjedoka date pred sudom, što je suprotno odredbama čl. 151. 152. i 153. ZKP BiH. Dakle, prema njegovim navodima u ovom postupku su počinjene bitne povrede krivičnog postupka i krivičnog zakona jer je trebalo primijeniti KZ SFRJ zbog obaveze da se apsolutno respektuje princip *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Stoga, apelant Jakovljević smatra da se blaži zakon može zasnovati na vremenskoj kazni, bez obzira na njenu dužinu i nepostojanje druge vremenske kazne po KZ BiH u vrijeme kada je, navodno, krivično djelo izvršeno. Imajući u vidu sve ove navode, on predlaže da Ustavni sud meritorno odluči na taj način što će ga na osnovu utvrđenih činjenica osloboditi od bilo kakve krivične odgovornosti ili proglasiti nižestepene presude nevažećim i predmet vratiti na ponovni postupak.

b) Navodi apelanta Radovanovića

23. Apelant Radovanović navodi da mu je osporenim odlukama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, princip kažnjavanja samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije, zabranu diskriminacije iz člana II/4. Ustava BiH i člana 14. Evropske konvencije i člana II/4. Ustava BiH, te opću zabranu

diskriminacije u smislu odredbi člana 1. Protokola 12 uz Evropsku konvenciju. On navodi da je izostanak apelanata na ročištima za glavni pretres u januaru 2007. godine i izvođenje dokaza mimo prisustva optuženih, uz propust da se ta nepravilnost otkloni pred drugostepenim vijećem, doveo do povrede prava na pravičnu raspravu i pravičnost postupka u cjelini. On smatra da mu je povrijeđeno i pravo na suđenje u razumnom roku, s obzirom na to da je prvostepeni postupak trajao preko dvije godine, a sudsko vijeće je izrađivalo pisani otpravak presude oko pet mjeseci, kao i njegovo pravo na suđenje pred nezavisnim i nepristranim sudom. U toku prvostepenog postupka sudsko vijeće nije udovoljilo zahtjevima odbrane za izuzeće sudije, te braniocima optuženih nije dostavio određene dokaze vezane za unakrsno ispitivanje svjedoka S4, niti dozvolio dodatno unakrsno ispitivanje nekoliko svjedoka, ocjenjujući navedene dokaze kao irelevantne za konkretan postupak. Također, u konkretnom slučaju, on navodi da su osporenim odlukama povrijeđeni načelo zakonitosti i zabrane retroaktivne primjene zakona, jer sudsko vijeće nije primijenilo odredbe zakona koji je bio na snazi u vrijeme kada je krivično djelo počinjeno i koji je blaži za učinioca. Također, on smatra da je osporavanom odlukom diskriminiran u pogledu prava na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije i prava na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije, i to po osnovu nacionalnosti, zbog toga što je u gotovo identičnim slučajevima Sud BiH usvajao drugačije stavove u pogledu mogućnosti retroaktivne primjene zakona i drugačije pravno kvalificirao obilježja radnje krivičnog djela, a da za to nije postojalo objektivno i razumno opravdanje. S obzirom na sve navedene povrede, on predlaže da Ustavni sud BiH usvoji ovu apelaciju, stavi van snage osporene presude i utvrdi pravo na pravičnu naknadu nematerijalne štete.

c) Navodi apelanta Medana

24. Apelant Medan navodi da mu je, u okviru člana 6. stav 1. Evropske konvencije, povrijeđeno pravo da mu sudi nepristrasan sud. U okviru prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije, apelant Medan smatra da mu je povrijeđeno pravo na odbranu jer mu navodno nije sudio nepristrasan sud. Povredu člana 7. stav 1. Evropske konvencije on vidi u činjenici da je sud predmetno djelo kvalificirao po KZ BiH koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, smatrajući ga blažim od preuzetog KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. On dalje podsjeća da je prema odredbi člana 141. preuzetog KZ SFRJ za krivično djelo genocida bila propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna, a prema odredbi člana 171. KZ BiH za krivično djelo genocida je propisana kazna zatvora najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora, zbog čega on zaključuje da je sud proizvoljno primijenio materijalno pravo. Iz navedenih razloga on predlaže da Ustavni sud usvoji apelaciju, utvrdi povrede apelantovih prava na koje je ukazano apelacijom i ukine presude Suda BiH, te predmet vrati istom sudu radi donošenja nove odluke.

d) navodi apelanta Džinića

25. Apelant Džinić smatra da Apelaciono vijeće u svojoj drugostepenoj presudi nije odlučivalo o svim osnovama apelantove žalbe povrijedivši na taj način pravo na pravičan postupak, član 7. stav 2. Evropske konvencije, pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije i čl. 2. i 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. On navodi da su u radu suda učestvovali strane sudije kojima nije omogućeno ravnopravno učešće u postupku vijećanja i glasanja, čime je došlo do povrede apelantovih navedenih ustavnih prava. Također, Apelaciono vijeće u drugostepenoj presudi nije odlučilo o zahtjevu za izvođenje novih dokaza čime su, po apelantovom mišljenju, počinjene povrede krivičnog postupka. Kako se dalje navodi u apelaciji, presude su zasnovane isključivo ili u većoj mjeri na iskazu jednog svjedoka kao i na dokazu na kojem se nije mogla zasnovati presuda. Apelant smatra da su sudovi pogrešno okvalificirali radnje krivičnog djela kao genocid, a u odmjeravanju kazne nisu primijenili zakon koji je blaži za učinioca.

Odgovori na apelaciju**a) U odnosu na navode apelanta Jakovljevića**

26. Sud BiH je u odgovoru na navode iz apelacije apelanta Jakovljevića istakao da je, prije svega, neosnovan apelantov prigovor kojim se navodi da su oba vijeća bila nepropisno sastavljena zbog toga što su u njima učestvovali međunarodne sudije. Kada je u pitanju prigovor navodne pristranosti predsjednika Prvostepenog vijeća, ističe da je povodom identičnog prigovora svih branilaca u ovom predmetu Opća sjednica Suda BiH donijela odluku odbijajući njihov zahtjev kao neosnovan, smatrajući da ne postoje razlozi za sumnju u nepristranost predsjednika vijeća u ovom predmetu. U odnosu na navodne povrede krivičnog zakona, u odgovoru na apelaciju se ističe da su oba vijeća zaključila da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži za učinioce u odnosu na preuzeti KZ SFRJ. U vezi sa svim ostalim apelantovim prigovorima koji se navode kao bitne povrede odredaba krivičnog postupka, a posebno u vezi s pitanjem kredibiliteta pojedinih svjedoka, kao i procesnih odluka koje je donijelo Prvostepeno vijeće, oni su neosnovani s obzirom da ne ukazuju na povrede apelantovih prava zagarantiranih Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom, a sve procesne odluke o svim pitanjima navedenim u apelaciji su detaljno obrazložene u prvostepenoj presudi, kao i u okviru žalbenih prigovora u drugostepenoj presudi. Imajući u vidu sve navedeno, Sud BiH smatra da je predmetna apelacija neosnovana, te predlaže da se ona odbije.

27. Tužilaštvo BiH je navelo da, u pogledu navoda kojim apelant Jakovljević ukazuje na bitne povrede odredaba krivičnog postupka zbog toga što su u vijeću prvostepenog suda kao članovi sudjelovali strane tj. međunarodne sudije, Tužilaštvo BiH smatra da je on apsolutno neosnovan. Tužilaštvo BiH primjećuje da apelant nije konkretizovao o kakvoj povredi apelantovog prava na

odbranu je riječ, s obzirom da apelant nije jasno definirao povredu odnosno nezakonitost radnje prvostepenog suda pri donošenju svoje odluke. Tužilaštvo BiH zaključuje da se pitanjem primjene KZ SFRJ Ustavni sud već bavio u predmetu *Maktouf* i utvrdio da je apelacija neosnovana.

b) U odnosu na navode apelanta Radovanovića

28. Sud BiH smatra da odluka Prvostepenog vijeća da glavni pretres, u slučaju neopravdanog odbijanja optuženih da pristupe zakazanim ročištima na koja su blagovremeno i uredno pozvani, održi i bez njihovog prisustva, ne predstavlja suđenje u odsustvu. Zatim, Sud BiH smatra da su navodi apelanta Radovanovića o povredi prava na suđenje u razumnom roku također neosnovani. Sud BiH navodi da je cijenio sve dokaze, kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti, te je na osnovu takve ocjene donio zaključke o postojanju pravno relevantnih činjenica. Neophodno je istaći da sudska odluka nije utemeljena isključivo na izjavi svjedoka M. D., niti joj je dat poseban značaj u odnosu na sve ostale izvedene dokaze kako optužbe tako i odbrane.

29. U odgovoru Tužilaštva BiH se navodi da ono smatra da je apelacija nedopustiva u skladu s članom 16. Pravila Ustavnog suda BiH. Po ocjeni Tužilaštva BiH, Apelaciono vijeće je konstatiralo da je odbrana svoje pravo na unakrsno ispitivanje neposredno ostvarila, pa samim tim nije došlo do povrede prava na pravično suđenje. S obzirom da su u ovom predmetu sudili sudije u vijeću sastavljenom od domaćih i međunarodnih sudija, koji su izabrani na osnovu svojih stručnih kvaliteta i koji svoj posao obavljaju krajnje stručno i profesionalno, zahtjev odbrane za izuzeće sudija bošnjačke i srpske nacionalnosti je bio potpuno neosnovan.

c) U odnosu na navode apelanta Medana

30. Kako navodi Sud BiH, navodi apelanta Medana o povredi prava na nepristrasan sud isključivo zbog činjenice da su predsjednik prvostepenog vijeća i sudija izvjestilac u žalbenom postupku pripadali bošnjačkom narodu, u cijelosti su proizvoljni i neosnovani. Zatim, Sud BiH nalazi da nije povrijeđeno apelantovo pravo na odbranu time što apelant i njegov branilac nisu prisustvovali općim sjednicama na kojima su razmatrani zahtjevi za izuzeće sudija. Dalje, pitanje nepristranosti je u dovoljnoj mjeri ispitaio sud, te sud smatra da postupak koji je proveden u cijelosti zadovoljava standarde i mehanizme koji proizlaze iz člana 6. Evropske konvencije. Sud BiH zaključuje da je u ovoj konkretnoj situaciji KZ BiH bio blaži za apelanta Medana jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

31. U odgovoru Tužilaštva BiH se navodi da bi apelaciju trebalo odbaciti kao očigledno neosnovanu, s obzirom da predočene činjenice ni na koji način ne opravdavaju navod o kršenju prava apelanta Medana. Apelaciono vijeće je navelo detaljne i valjane razloge za njihovu odluku u vezi svih

navedenih apelantovih tvrdnji, razmatrajući pri tome pažljivo kompatibilnost sa zaštitama iz Evropske konvencije i vodeći računa o poštivanju prava optuženog na odbranu i pravično suđenje.

d) U odnosu na navode apelanta Džinića

32. U odgovoru na apelaciju se navodi da apelant Džinić osporava učešće stranih sudija u postupku, odnosno njihovo učešće u procesu vijećanja i donošenja odluka, te ukazuje na određene činjenice na osnovu kojih iznosi pogrešan zaključak kojim dovodi u pitanje pravo na pravično suđenje. Apelaciono vijeće je ispitalo pobijanu presudu u granicama žalbenih navoda i razloga, što je obuhvatilo i pregled dokaza koji su uloženi u predmetni spis na glavnom pretresu, a u granicama žalbenih navoda. U pogledu zakonitosti dokaza na kojima su zasnovane prvostepena i drugostepena presuda, Sud BiH u cijelosti ostaje kod obrazloženja datog u osporavanim presudama. Sud BiH smatra da apelant neosnovano ističe zakonski minimum kazne kao relevantan kriterij za ocjenu koji je zakon blaži za počinioca.

33. Tužiteljstvo BiH smatra da je apelacija nedopustiva u skladu s članom 16. Pravila Ustavnog suda BiH, jer je primjena odredbi KZ BiH iz 2003. godine na koju se apelant Medan poziva već detaljno razmatrao Ustavni suda BiH i o tome je Sud donio svoju odluku u predmetu A. Maktoufa (AP 1785/06).

V. Relevantni propisi

34. **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:

Princip 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 učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme činjenja krivičnog djela.

(2) Ako se poslije činjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca.

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava

Član 4.a)

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

*Saizvršilaštvo**Član 29.*

Ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela, zajednički učine krivično djelo, svaka od njih kaznit će se kaznom propisanom za to krivično djelo.

*Pomaganje**Član 31.*

(1) Ko drugom s umišljajem pomogne u učinjenju krivičnog djela, kaznit će se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti.

(2) Kao pomaganje u učinjenju krivičnog djela smatra se osobito: davanje savjeta ili uputa kako da se učini krivično djelo, stavljanje na raspolaganje učinitelju sredstava za učinjenje krivičnog djela, uklanjanje prepreka za učinjenje krivičnog djela te unaprijed obećano prikrivanje krivičnog djela, učinitelja, sredstava kojima je krivično djelo učinjeno, tragova krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom.

*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.

*XVII GLAVA SEDAMNAESTA**KRIVIČNA DJELA PROTIV ČOVJEČNOSTI I VRIJEDNOSTI ZAŠTIĆENIH MEĐUNARODNIM PRAVOM**Genocid**Član 171.*

Ko u cilju da potpuno ili djelimično istrijebi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu ljudi naredi učinjenje ili učini koje od ovih djela:

a) ubijanje pripadnika skupine ljudi;

[...]

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

35. Krivični zakon 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) u relevantnom dijelu glasi:

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.

XVII GLAVA ŠESNAESTA

KRIVIČNA DJELA PROTIV ČOVJEČNOSTI I MEĐUNARODNOG PRAVA

Genocid

Član 141.

Ko u cilju da potpuno ili djelimično istrijebi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu ljudi naredi učinjenje ili učini koje od ovih djela:

a) ubijanje pripadnika skupine ljudi;

[...]

kaznit će se kaznom zatvora najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

VI. Dopustivost

36. 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.

37. U skladu s 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 kojega je koristio.

38. U konkretnom slučaju, predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-07/382 od 17. februara 2009. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant Jakovljević je primio 27. oktobra 2009. godine, apelant Radovanović 27. oktobra 2009. godine, apelant Medan 27. oktobra 2009. godine, a apelant Džinić također 27. oktobra 2009. godine. Apelant Jakovljević je apelaciju podnio 23. decembra 2009. godine, apelant Radovanović 25. decembra 2009. godine, apelant Medan 24. decembra 2009. godine, a apelant Džinić 25. decembra 2009. godine, tj. 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.

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

VII. Meritum

40. Apelanti osporavaju navedene presude tvrdeći da im je tim presudama povrijeđeno pravo na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije (apelant Jakovljević), pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije, djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije, zabranu diskriminacije iz člana II/4. Ustava BiH i člana 14. Evropske konvencije, te opću zabranu diskriminacije u smislu odredbi člana 1. Protokola 12 uz Evropsku konvenciju i čl. 2. i 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (apelant Džinić).

41. Imajući u vidu pitanja koja apelanti problematiziraju Ustavni sud smatra cjelishodnim prvo ispitati navode apelanata vezane za kršenje člana 7. Evropske konvencije.

42. 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 kojeg lica koje je krivo za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim principima koje su priznali civilizirani narodi.

43. Prema navodima iz apelacija osporene odluke Suda BiH nisu u skladu s članom 7. Evropske konvencije, s obzirom da su apelanti osuđeni prema odredbama KZ BiH, dok oni (apelanti) smatraju da su trebali biti osuđeni prema odredbama KZ SFRJ, jer je taj zakon bio na snazi u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (genocid) i jer taj zakon, navodno, propisuje blažu kaznu za to krivično djelo, te je povoljniji odnosno blaži za apelante.

44. U vezi s tim Ustavni sud prije svega ukazuje da se radi o krivičnom djelu koje je u odredbama KZ BiH propisano u članu 171. u Glavi XVII - krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, odnosno koje je u odredbama KZ SFRJ propisano u članu 141. u Glavi XVI - krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava. Dakle, radi se o krivičnom djelu iz grupe tzv. ratnih zločina. Stoga će Ustavni sud osporene odluke ispitati s aspekta njihove usklađenosti s članom 7. Evropske konvencije.

45. Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) u svojoj dosadašnjoj praksi već razmatrao aplikacije koje su pokretale pravna pitanja s aspekta eventualne povrede člana 7. Evropske konvencije, u dva predmeta (u kojim je Sud BiH donio odluke) i to u predmetu aplikanta Bobana Šimšića (vidi Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10, u daljnjem tekstu: predmet *Šimšić*) i u predmetu aplikantata Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića (vidi Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 18. jula 2013. godine, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, u daljnjem tekstu: predmet *Maktouf i Damjanović*).

46. U vezi s tim Ustavni sud zapaža da je Evropski sud u predmetu *Šimšić* odbio kao očigledno neosnovanu aplikaciju u kojoj je aplikant ukazivao na povredu člana 7. Evropske konvencije zbog toga što krivično djelo zločina protiv čovječnosti, za koje je proglašen krivim i kažnjen, u vrijeme rata od 1992. do 1995. godine nije predstavljalo krivično djelo prema domaćem pravu. Evropski sud je u navedenoj odluci naveo, između ostalog, da djela za koja je aplikant osuđen nisu predstavljala zločine protiv čovječnosti prema domaćem pravu sve do stupanja KZ BiH 2003. godine, ali je evidentno da su ova djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu (stav 23. odluke), što implicira da je Evropski sud ovaj predmet razmatrao s aspekta člana 7. stav 2. Evropske konvencije. Najzad, Evropski sud je u navedenom predmetu zaključio da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno

dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu, pa je navode u odnosu na član 7. Evropske konvencije odbio kao očigledno neosnovane (stav 25. odluke).

47. Nadalje, Ustavni sud zapaža da je, s druge strane, Evropski sud u predmetu *Maktouf i Damjanović*, utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije. Evropski sud je u navedenoj presudi, prije svega, konstatirao da su neki zločini, konkretno zločin protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni tek 2003. godine, pa da sudovi nemaju nikakvu drugu mogućnost nego da u takvim predmetima primjenjuju KZ BiH iz 2003. godine. Međutim, ukazano je da te aplikacije pokreću potpuno različita pitanja od onih u predmetu *Šimšić* s obzirom da su ratni zločini koje su počinili aplikanti Maktouf i Damjanović predstavljali krivična djela prema domaćem zakonu u vrijeme kada su počinjeni (tačka 55).

48. S tim u vezi, Ustavni sud ističe da je u svojoj najnovijoj praksi (vidi Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/08* od 27. septembra 2013. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba, u daljnjem tekstu: predmet *Damjanović*), koja slijedi praksu Evropskog suda razrađenu u predmetu *Maktouf i Damjanović*, koji su također proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ BiH, utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH, u situaciji kad je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZ SFRJ, bila na štetu aplikanta/apelanata u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

49. Pri tome, Ustavni sud naglašava da je u naprijed citiranim odlukama konstatirano da zadatak Evropskog suda (kao što je to i Ustavnog suda) nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZ BiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s članom 7. Evropske konvencije, te da se ovo pitanje mora procjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta, a posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

50. U citiranim odlukama je dalje istaknuto da je definicija ratnih zločina za koje su aplikanti proglašeni krivim ista i u KZ SFRJ i u KZ BiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Međutim, ukazano je da ova dva zakona pružaju različit raspon kazni za ratne zločine. Dalje je navedeno da Evropski sud nije prihvatio argumentaciju da je KZ BiH blaži za aplikante od KZ SFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. S tim u vezi je ukazano da se u konkretnom slučaju za radnje koje su aplikantima stavljene na teret ne bi mogla izreći smrtna kazna, budući da je ta kazna bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina, te da ratni zločini koje su počinili aplikanti u predmetnim slučajevima ni u kojem slučaju ne spadaju u tu kategoriju, pogotovo što ni jedno od počinjenih djela nije imalo smrtni ishod. Stoga je Evropski sud budući da, dakle, nije postojala

mogućnost izricanja najteže kazne u konkretnom slučaju, uzeo u razmatranje visinu minimalne kazne koja bi se eventualno mogla izreći aplikantima. Slijedom izvršene analize visine kazni na koje su aplikanti osuđeni i kazni koje bi oni mogli eventualno dobiti, zavisno od toga koji zakon bi bio primijenjen u njihovim slučajevima, Evropski sud je zaključio da je, s obzirom na mogućnost izricanja kazne zatvora u kraćem trajanju, povoljniji KZ SFRJ. U predmetnoj odluci Evropski sud je dalje naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i u KZ SFRJ i u KZ BiH i da se, stoga, ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanta bio blaže kažnjen da je primijenjen KZ SFRJ. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao da: *Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon (napomena: KZ SFRJ) primijenjen u njihovim predmetima*“ (tačka 70).

51. Imajući u vidu sve navedeno, te dovodeći stavove Evropskog suda u vezu s apelantovim predmetom, Ustavni sud najprije zapaža da se taj predmet, kako u pogledu činjeničnog supstrata tako i u pogledu pravnog pitanja, razlikuje od naprijed navedenih predmeta Evropskog suda i Ustavnog suda u odnosu na pravnu kvalifikaciju krivičnog djela te visinu izrečene kazne, te da je stoga, s obzirom na visinu izrečene kazne apelantu, potrebno utvrditi koji je zakon za apelanta blaži, u pogledu maksimalne kazne koja se može izreći apelantu.

52. Naime, Ustavni sud ukazuje da su osporenim presudama apelanti proglašeni krivim i osuđeni što su počinili krivično djelo genocida iz člana 171. KZ BiH. Ustavni sud zapaža da je definicija genocida ista u članu 141. KZ SFRJ, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (dakle 1995. godine) i u članu 171. KZ BiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Iz navedenog, dakle, slijedi da su apelanti proglašeni krivim za krivično djelo koje je kao takvo *predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja* (u smislu prve rečenice člana 7. stav 1. Evropske konvencije), a ta činjenica, u smislu garancija druge rečenice člana 7. stav 1. Evropske konvencije, implicira obavezu Ustavnog suda da ispita da *izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela*. U kontekstu navedenog Ustavni sud ukazuje da su apelanti, primjenom odredaba KZ BiH u konačnici osuđeni na kaznu dugotrajnog zatvora u rasponu od 28 do 32 godine, odnosno apelantu Jakovljeviću je izrečena kazna dugotrajnog zatvora od 28 godina, apelantu Radovanoviću 32 godine dugotrajnog zatvora, apelantu Medanu 28 godina dugotrajnog zatvora i apelantu Džiniću 32 godine dugotrajnog zatvora.

53. U vezi s tim Ustavni sud ukazuje da KZ BiH i KZ SFRJ pružaju različit raspon kazni za krivično djelo genocida za koje su apelanti proglašeni krivim. Naime, prema KZ SFRJ zapriječena kazna je bila kazna zatvora od pet do 15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna, umjesto koje se mogla izreći i kazna zatvora od 20 godina. Prema KZ BiH zapriječena kazna je kazna zatvora

u trajanju od 10 do 20 godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora od 20 do 45 godina. Zatim, Ustavni sud ukazuje da bi se u konkretnom slučaju za radnje koje su apelantima stavljene na teret, s obzirom na način izvršenja tog krivičnog djela i njegove posljedice, dakle s obzirom da se radi o najtežem obliku ratnog zločina, postojala mogućnost da im se izrekne najteža kazna koja je bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina. Stoga je, dakle, postojala mogućnost da se u konkretnom slučaju apelantima izrekne najteža kazna. Ustavni sud ukazuje da iz navedenog proizlazi da je u konkretnom predmetu, za razliku od predmeta Evropskog suda *Maktouf i Damjanović* i predmeta Ustavnog suda *Damjanović*, kazna zatvora koja je izrečena apelantima bliža maksimumu propisane kazne. S obzirom na to, Ustavni sud ukazuje da je, za razliku od tih predmetu u kojima se utvrđivalo koji je zakon blaži u pogledu minimuma kazne, u konkretnom slučaju potrebno utvrditi koji je zakon blaži za apelante u pogledu maksimuma propisane kazne.

54. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je Evropski sud u predmetu *Scoppola protiv Italije* (vidi Evropski sud, *Scoppola protiv Italije*, broj 10249/03, od 17. septembra 2009. godine) zauzeo stav da je neophodno da napusti praksu koju je ustanovila Komisija u predmetu *X protiv Njemačke* i utvrdio da član 7. stav 1. Evropske konvencije ne garantira samo princip zabrane retroaktivne primjene strožeg krivičnog zakona, već također, implicitno, garantira princip retroaktivne primjene blažeg krivičnog zakona. Taj princip je sadržan u pravilu da, kada postoji razlika između krivičnog zakona koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i krivičnih zakona koji su doneseni i stupili na snagu nakon toga, a prije donošenja pravosnažne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije odredbe su najpovoljnije za optuženog.

55. Dovodeći u vezu navedeni princip s konkretnim slučajem, u kojem su apelanti osuđeni za krivično djelo genocida, Ustavni sud smatra da se ne može zauzeti općenit (apstraktan) stav koji od dva krivična zakona (misli se na KZ SFRJ i KZ BiH) predviđa „blažu“ ili „težu“ kaznu za ovo krivično djelo, te s tim u vezi, dalje, apstraktno zaključiti koji bi se od navedena dva zakona trebao primjenjivati (u slučajevima kada oba zakona propisuju konkretna krivična djela iz oblasti ratnih zločina koja se optužnicom stavljaju na teret) zbog toga što taj zakon propisuje „blažu kaznu“. Takvi zaključci moći će se izvoditi samo u konkretnim slučajevima, te je sasvim moguće da će dolaziti i do različite primjene navedenih zakona (KZ SFRJ i KZ BiH) jer se, kako je već rečeno, jedan te isti zakon može pokazati, u zavisnosti od konkretnih okolnosti svakog pojedinog slučaja, u jednoj situaciji kao blaži a u drugoj kao teži u odnosu na kaznu koja će se izreći. Ustavni sud je mišljenja da se može zaključiti da u slučaju kada je predmetno krivično djelo bilo inkriminirano u oba zakona (u zakonu koji je važio u vrijeme izvršenja kao i u zakonu koji je naknadno donesen) da tada, u skladu s drugom rečenicom stava 1.

člana 7. Evropske konvencije, obavezno treba ispitati koji od dva ili više sukcesivno donesenih zakona predviđa blažu kaznu te primijeniti taj zakon, tj. zakon koji predviđa blažu kaznu (princip *favor rei*).

56. Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH apelante osudio na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 28 do 32 godine. U vezi s tim, a u kontekstu najviše zapriječene (najteže) kazne koja se može izreći za to krivično djelo, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 37. stav 1. KZ SFRJ propisano da se *smrtna kazna ne može propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo* te da je odredbama člana 38. stav 2. također propisano da *za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor u trajanju od dvadeset godina*. Pri tome, Ustavni sud ističe da iz ovih odredbi proizlazi da, dakle, za krivično djelo koje su apelanti počinili nije bila jedina propisana maksimalna kazna smrtna kazna nego da je, kao njena alternativa, u određenim slučajevima mogla biti izrečena i kazna zatvora u trajanju od 20 godina. Prema tome, Ustavni sud ukazuje da se za krivično djelo genocida u KZ SFRJ mogla izreći kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina ili kazna zatvora u trajanju od 20 godina ili smrtna kazna.

57. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za predmetno krivično djelo propisana u KZ SFRJ, stroža od kazne dugotrajnog zatvora, koja je kao maksimalna kazna propisana u KZ BiH. Međutim, Ustavni sud podsjeća da je članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembar 1995. godine) stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju kojim je propisano da se smrtna kazna ukida (član 1), te da država može u svom zakonodavstvu da predvidi smrtnu kaznu za djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti (član 2). Pri tome, Ustavni sud ukazuje da je nakon toga 3. maja 2002. godine, na nivou Vijeća Evrope, usvojen Protokol broj 13 uz Evropsku konvenciju o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, koji je Bosna i Hercegovina ratificirala 28. maja 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka, koje su donesene u toku 2008. i 2009. godine, nije postojala niti teorijska niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

58. S obzirom da, dakle, nije bilo moguće apelantima izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to onda maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantima prema KZ SFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38. stav 2. KZ SFRJ propisano da „za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina“. Po mišljenju Ustavnog suda, iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da maksimalna kazna za predmetno krivično djelo, u situaciji

kada više nije moguće izreći smrtnu kaznu, jeste kazna zatvora od 20 godina. Poredeći kaznu zatvora od 20 godina (kao maksimalnu kaznu za to krivično djelo prema KZ SFRJ) s kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za to krivično djelo prema KZ BiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZ SFRJ predstavlja blaži zakon za apelante. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZ SFRJ apelantima bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZ BiH izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 33 godine, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu apelanata u pogledu izricanju kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

59. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da je došlo do povrede prava apelanata iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije zbog toga što apelanti nisu osuđeni u skladu s odredbama zakona koji za konkretno krivično djelo propisuje blažu kaznu. Ustavni sud smatra da je u cilju zaštite ustavnih prava apelanta dovoljno ukinuti Presudu Suda BiH broj X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine, te predmet vratiti tom sudu da donese novu odluku u skladu sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

60. Imajući u vidu zaključak u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije i nalog da redovni sud u ponovnom postupku donese novu odluku, Ustavni su smatra da nije neophodno da posebno razmatra dio apelacije koji se odnosi na navode o povedi prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije (apelant Jakovljević), pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije, djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije, zabranu diskriminacije iz člana II/4. Ustava BiH i člana 14. Evropske konvencije, te opću zabranu diskriminacije u smislu odredbi člana 1. Protokola 12 uz Evropsku konvenciju i čl. 2. i 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (apelant Džinić).

VIII. Zaključak

61. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno pravo apelanata iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu apelanata u pogledu izricanja kazne.

62. 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.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić