

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 4100/09**, rješavajući apelaciju **Milenka Trifunovića**, 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

Usvaja se apelacija **Milenka Trifunovića**.

Utvrđuje se povreda 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 u dijelu koji se odnosi na apelanta **Milenka Trifunovića**, 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 skladu s članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, u roku od 90 dana od dana dostavljanja ove odluke obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o poduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Milenko Trifunović iz Skelana (u daljnjem tekstu: apelant) kojeg zastupa Rade Golić, advokat iz Vlasenice, podnio je 22. decembra 2009. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) apelaciju 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. Također, Ustavnom sudu je i apelant lično, 26. decembra 2009. godine, dostavio apelaciju protiv istih presuda Suda BiH.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) zatraženo je 23. jula 2010. godine da dostave odgovor na apelaciju.

3. Sud BiH i Tužilaštvo BiH su 11. i 28. augusta 2010. godine dostavili odgovore na apelaciju.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori na apelaciju su dostavljeni apelantu 30. augusta 2010. godine.

III. Činjenično stanje

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

6. Sud BiH je Presudom broj X-KR-05/24 od 29. jula 2008. godine apelanta proglasio krivim da je, skupa sa još četiri saoptužene osobe (B. DŽ., A. R., S. J. i B. M., u daljnjem tekstu: drugi saoptuženi), radnjama pobježe opisanim u tački 1. izreke presude, kao saizvršilac počinio krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) u vezi s članom 29. i članom 180. stav 2. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ BiH). Sud BiH je, na osnovu člana 285. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BiH), uz primjenu čl. 39, 42. i 48. KZ BiH, apelanta i druge saoptužene osudio na kazne dugotrajnog zatvora, i to apelanta u trajanju od 42 godine a ostale u trajanju od 40 do 42 godine. Istom presudom, Sud BiH je jednu saoptuženu osobu (M. S.) proglasio krivom da je počinila krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) u vezi s članom 29. i članom 180. stav 1. KZ BiH i osudio ga na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 godina, a tri saoptužene osobe (M. M., V. M. i D. Ž.) oslobodio od optužbi da su počinili krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) u vezi s čl. 29. i 180. stav 2. KZ BiH.

7. U obrazloženju presude Sud BH je naveo da je nakon provedenog postupka, ocjenom svih provedenih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj povezanosti, utvrdio da je apelant, zajedno sa drugim saoptuženim (koje je sud proglasio krivim), na način pobježe opisan u tački 1. izreke presude, između ostalog, učestvovao u ubijanju zarobljenih Bošnjaka u skladištu Zemljoradničke zadruge „Kravica“, kojih je sveukupno bilo „više od jedne hiljade“ kojom prilikom je apelant u njih pucao iz automatske puške.

8. U pogledu pitanja primjene materijalnog zakona, Sud BiH je smatrao relevantnim dva zakonska principa - princip zakonitosti (član 3. KZ BiH) i princip vremenskog važenja krivičnog zakona (član 4. KZ BiH). Osim toga, Sud BiH je ukazao da je nesporno da je Krivični zakon SFRJ (u daljnjem tekstu: KZ SFRJ) u članu 141. kao posebno krivično djelo propisivao i krivično djelo genocida. Međutim, kako je dalje istakao Sud BiH, postavlja se pitanje koji zakon primijeniti kada je u pitanju izricanje sankcije, s obzirom da se prema odredbama KZ SFRJ za to djelo mogla izreći „kazna do 20 godina zatvora ili smrtna kazna“. Zatim, Sud BiH je ukazao i na član 4.a) KZ BiH koji govori o terminu „općih načela međunarodnog prava“. Pri tome, Sud BiH je naveo da međunarodno pravo, kao ni Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija) ne poznaju identičan pojam, to ovaj termin predstavlja ustvari kombinaciju, s jedne strane

„principa međunarodnog prava“ kakav poznaju Generalna skupština UN i Komisija za međunarodno pravo i „općih principa prava priznatih od strane zajednice naroda“ kakve poznaju Statut Međunarodnog suda pravde i član 7. stav 2. Evropske konvencije. Dakle, kako je dalje istakao Sud BiH, bez obzira da li promatrano sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta „principa međunarodnog prava“, nesumnjivo je da je genocid predstavljao krivično djelo u inkriminiranom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta.

9. Dalje je Sud BiH istakao da pravnu osnovu za suđenje ili kažnjavanje krivičnih djela prema općim načelima međunarodnog prava daje član 4.a) KZ BiH 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. Ovim članom u cijelosti je 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 apelanta i drugih saoptuženih, jer se upravo radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila i međunarodnog prava. Zapravo, kako je dalje istakao Sud BiH, član 4.a) KZ BiH se primjenjuje 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 KZ BiH, a odredbe o genocidu prihvaćene su kao dio međunarodnog običajnog prava i predstavljaju nederogirajuću odredbu međunarodnog prava. Princip obavezne primjene blažeg zakona, prema mišljenju Suda BiH, je isključen u procesuiranju onih krivičnih djela koja su u vrijeme njihovog izvršenja bila potpuno predvidiva i općepoznata kao protivna „općim pravilima međunarodnog prava“. Prilikom odlučivanja o visini kazne, Sud BiH je istakao da je apelant bio komandir voda „Skelani“, koji je u većem dijelu od sat i po vremena, koliko je trajalo ubijanje zarobljenih Bošnjaka, koje su vršili drugi saoptuženi i drugi pripadnici voda, imao stvarnu mogućnost i dužnost da zaustavi ubijanja i spriječi dalje vršenje zločina, ali ne samo da nije izdao naredbu kojom bi spriječio dalja ubojstva, nego je i sam učestvovao u genocidu. Nakon što je procijenio sve važne okolnosti, Sud BiH je zaključio da je za počinjenje zločina genocida primjereno da se apelantu izrekne kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 42 godine.

10. Odlučujući o žalbama apelanta i drugih saoptuženih, Apelaciono odjeljenje Odjela I za ratne zločine Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono vijeće) je Presudom broj X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine žalbe branilaca apelanta i B. DŽ., A. R., S. J. i B. M. djelimično uvažilo i Presudu Suda BiH broj X-KR-05/24 od 29. jula 2008. godine u odnosu na njih preinačilo u pravnoj ocjeni i pravnoj kvalifikaciji djela, istovremeno intervenirajući u pogledu činjeničnog opisa djela.

Istom presudom Apelaciono vijeće je odbilo, kao neosnovanu, žalbu tužioca Tužiteljstva BiH i osporenu presudu u odnosu na optuženog M. M. (koji je oslobođen od optužbe) potvrdilo. Zatim, Apelaciono vijeće je uvažilo žalbu branilaca optuženog M.S. i osporenu presudu u odnosu na njega ukinulo i u tom dijelu odredilo pretres pred Apelacionim vijećem.

11. Naime, izrekom svoje presude Apelaciono vijeće je apelanta (i saoptužene B. DŽ., A. R., S. J. te B. M) proglasilo krivim što je, na način pobliže opisan u izreci presude, *u svojstvu komandira Trećeg voda "Skelani" kojim je komandovao, zajedno sa drugim pripadnicima Vojske Republike Srpske i Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, učestvovao u zarobljavanju velikog broja muškaraca Bošnjaka koji su, nakon pada Zaštićene zone Srebrenica i njene potpune okupacije od strane snaga Vojske Republike Srpske, pokušavali napustiti Zaštićenu zonu Srebrenica, i kojom prilikom su od strane apelanta prethodno ohrabrivani i pozivani na predaju, što su mnogi i učinili, pri čemu im je obećano da će biti ispitani i razmijenjeni, koji su, 13. jula 1995. godine, u koloni sprovedeni u skladište Zemljoradničke zadruge „Kravica“, koje su zajedno sa drugim zarobljenim Bošnjacima muškarcima doveženim autobusom u skladište, a kojih je ukupno bilo više od jedne hiljade, zatvorili u skladište Zadruga i većinu ubili u ranim večernjim satima, tako što su apelant i A. R. pucali iz automatske puške u zarobljenike, da je dakle, apelant ubijanjem pripadnika skupine Bošnjaka, pomogao da se ista djelomično istrijebi kao nacionalna, etnička i vjerska skupina, čime je (apelant i drugi saoptuženi) počinio krivično djelo - genocid iz člana 171. tačka a) KZBiH, u vezi s članom 31. KZ BiH, pa ih je Apelaciono vijeće, na osnovu člana 171. tačka a), čl. 39, 42. i 48. KZ BiH i odredbe člana 285. ZKP BiH osudilo na kazne dugotrajnog zatvora (od 28 do 33 godine), i to apelanta na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 33 godine.*

12. U obrazloženju svoje presude Apelaciono vijeće je istaklo da je i po njegovoj ocjeni prvostepeni sud izveo sve raspoložive potrebne dokaze koji su cijenjeni na način propisan ZKP BiH, te da je utvrdio sve relevantne činjenice vezane za postojanje bitnih elemenata krivičnog djela genocida. Također je Apelaciono vijeće navelo da činjenica da prvostepeno vijeće nije ocijenilo dokaze na način na koji je to odbrana htjela, te da nije posebno analiziralo svaku rečenicu iskaza koji su svjedoci dali, bilo u toku mnogobrojnih saslušanja u fazi istrage različitih osoba, bilo na glavnom pretresu, ne čini presudu manjkavom i nepotpunom, već jasnom i koncentriranom na bitne elemente krivičnog djela za koje se sudi. Apelaciono vijeće je također istaklo da nedosljednosti u iskazima svjedoka nisu takve prirode da bi dovele u pitanje vjerodostojnost i pouzdanost njihovih iskaza, te dijeli zaključak prvostepenog vijeća da su iskazi u dovoljnoj mjeri precizni po pitanju svih ključnih momenata i bitnih elemenata krivičnog djela, dok manja odstupanja samo učvršćuju stav suda da se radi o iskrenim svjedocima koji su pred sudom ponovili one činjenice i detalje koje su objektivno mogli upamtiti.

13. Nadalje, osvrćući se na žalbene navode da je prvostepeno vijeće pogrešno primijenilo krivični zakon kvalifikujući radnje apelanta i drugih saoptuženih prema KZ BiH koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, Apelaciono vijeće je istaklo da izneseni žalbeni prigovor nije osnovan. Pri tome se Apelaciono vijeće pozvalo na čl. 3. i 4. KZ BiH, kojima je propisano načelo zakonitosti i vremenskog važenja krivičnog zakona, te istaklo da je KZ BiH u članu 4.a) KZ BiH ustanovio i izuzetak od primjene čl. 3. i 4. KZ BiH. Apelaciono vijeće je istaklo da iz navedenih zakonskih odredaba proizlazi da je pravilo da se na učinioca krivičnog djela prvenstveno primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja djela (pravilo *tempus regit actum*). Dalje je navedeno da se od ovog principa može odstupiti jedino u interesu optuženog, odnosno jedino ukoliko se nakon izvršenja djela zakon izmijeni tako da je izmijenjeni zakon blaži za učinitelja. Pri tome je i Apelaciono vijeće istaklo da je pravilan stav odbrane da se pitanje koji je zakon blaži za učinitelja rješava *in concreto*, odnosno upoređivanjem starog i novog (ili novih) zakona u odnosu na svaki konkretni slučaj.

14. Apelaciono vijeće je naglasilo da je nesporno da je krivično djelo genocida za koje su apelant i drugi saoptuženi proglašeni krivim prvostepenom presudom kao krivično djelo propisano i u KZ SFRJ (član 141) i u KZ BiH (član 171). Dalje je Apelaciono vijeće citiralo obje odredbe te je istaklo da ubijanje pripadnika skupine ljudi, kao radnja izvršenja krivičnog djela genocida za koju su apelant i drugi saoptuženi proglašeni krivim, predstavlja radnju izvršenja krivičnog djela genocida i po jednom i po drugom krivičnom zakonu, budući da su oba zakona na isti način definirali to krivično djelo, te da je pri procjeni koji je zakon blaži za učinioca, kako je istaklo Apelaciono vijeće, potrebno analizirati zapriječenu kaznu. S tim u vezi Apelaciono vijeće je istaklo, nasuprot žalbenim navodima, a kako je to i prvostepeno vijeće ispravno istaklo, da je KZ SFRJ za krivično djelo genocida propisivao kaznu zatvora u trajanju od pet godina ili smrtnu kaznu, za razliku od KZ BiH koji za isto djelo propisuje kaznu zatvora u trajanju od najmanje 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina zatvora).

15. Apelaciono vijeće je navelo da je ove činjenice prvostepeni sud pravilno naveo, ali da se u obrazloženju pogrešno pozvao na primjenu člana 4.a) KZ BiH, te izveo pogrešan zaključak da je *princip obavezne primjene blažeg zakona isključen je u procesuiranju onih krivičnih djela koja su u vrijeme njihovog izvršenja bila potpuno predvidiva i općepoznata kao protivna općim pravilima međunarodnog prava*, zbog čega je na konkretan predmet primijenio odredbe KZ BiH. Naime, prema stavu Apelacionog vijeća ovakvo tumačenje je pogrešno, budući da je član 4.a), kao izuzetak od primjene blažeg zakona, primjenjiv samo u slučaju kada bi primjena blažeg zakona spriječila suđenje ili kažnjavanje za radnje koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava. Apelaciono vijeće je istaklo da je član 4.a) KZ BiH primjenjiv na krivično djelo zločina protiv

čovječnosti koje je učinjeno u vrijeme dok je na snazi bio KZ SFRJ, budući da taj zakon uopće nije propisivao to krivično djelo, a da bi primjenom člana 4. KZ BiH proizlazilo da je KZ SFRJ blaži za učinioca, jer uopće ne inkriminira radnju koju su optuženi učinili, pa samim time učiniocima ne bi moglo biti suđeno niti bi oni mogli biti kažnjeni za navedeno djelo.

16. Međutim, kako je dalje navelo Apelaciono vijeće, u konkretnom slučaju zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela (KZ SFRJ) kao i zakon koji je trenutno na snazi (KZ BiH) propisuju krivično djelo genocida, pa je jasno da postoje zakonski uvjeti za suđenje i kažnjavanje učinioca krivičnog djela genocida po oba zakona. Međutim, iako se u obrazloženju pozvao na pogrešnu zakonsku odredbu (na član 4.a) KZ BiH), prema stavu Apelacionog vijeća, prvostepeni sud je u konkretnom slučaju zaista primijenio zakon koji je blaži za učinioca, odnosno KZ BiH. Naime, Prvostepeno vijeće je prilikom odmjeravanja kazne apelantu i drugim saoptuženim utvrdilo da je, imajući u vidu sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 do 42 godine neophodna i adekvatna sankcija za počinjeno krivično djelo. S obzirom da je zakonom propisani maksimum za krivično djelo genocida prema KZ BiH dugotrajni zatvor u trajanju od 45 godina, evidentno je da je namjera Prvostepenog vijeća bila da izrekne strožu kaznu, te da se u tom smislu kretalo ka posebnom maksimumu.

17. Apelaciono vijeće je istaklo da poređenjem KZ SFRJ i KZ BiH u pogledu zaprijećenog zakonskog maksimuma za krivično djelo genocida proizlazi da je KZ SFRJ kao maksimalnu kaznu propisivao smrtnu kaznu, a KZ BiH kaznu dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina). Iz navedenog proizlazi da je u ovoj konkretnoj situaciji KZ BiH blaži za optužene, jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće je zaključilo da je prvostepeni sud pravilno primijenio KZ BiH, kao zakon koji je u konkretnom slučaju blaži za učinioca, te je u tom smislu žalbene prigovore kojima se tvrdi suprotno odbilo kao neosnovane.

18. Zatim, Apelaciono vijeće je istaklo da je prvostepeni sud iz pravilno utvrđenog činjeničnog stanja izveo pogrešan pravni zaključak da su apelant i drugi saoptuženi pri izvršenju djela imali genocidnu namjeru, što je rezultiralo i *pogrešnom pravnom ocjenom oblika njihovog učešća u izvršenju djela*. U vezi s tim, Apelaciono vijeće je istaklo da je zaključak prvostepenog suda o tome da su apelant i drugi saoptuženi, pored znanja za genocidni plan i namjere da ubiju pripadnike zaštićene grupe, imali i posebnu namjeru da u potpunosti ili djelimično istrijebe nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu ljudi, ne proizlazi isključujući svaku razumnu sumnju iz utvrđenog činjeničnog stanja. Slijedom toga, Apelaciono vijeće je zaključilo da su apelant i drugi saoptuženi u izvršenju predmetnog krivičnog djela učestvovali kao pomagači, a ne kao saizvršioc, kako je to prvostepenom presudom pogrešno kvalificirano, kako je to definirano članom 31. KZ BiH. Stoga je Apelaciono vijeće, u skladu

s članom 314. stav 1. ZKP BiH, budući da je zaključilo da su odlučne činjenice u prvostepenoj presudi pravilno utvrđene ali da nije pravilno primijenjen zakon, presudom preinačilo prvostepenu presudu u pravnoj ocjeni i pravnoj kvalifikaciji djela, istovremeno intervenirajući u pogledu činjeničnog opisa djela, na način koji u potpunosti odražava utvrđeno činjenično stanje i elemente djela i odgovornosti za koje su apelant i drugi saoptuženi tom presudom proglašeni krivim, a koji je i povoljniji za njih.

19. Apelaciono vijeće je istaklo da je prilikom odmjeravanja vrste i visine kazne apelantu i drugim saoptuženim cijeno sve okolnosti koje su od uticaja da kazna bude veća ili manja, te je apelantu izrekao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 33 godine, a za druge saoptužene u rasponu od 28 do 32 godine.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

20. Apelant smatra da mu je osporenim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije. Ističe i povredu člana 7. stav 1. Evropske konvencije i povredu člana 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju. Najzad, smatra da mu je povrijeđeno i pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije. Također, smatra da su mu povrijeđena i prava zagantirana odredbama člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine. Povredu prava na pravično suđenje apelant vidi u proizvoljnoj ocjeni dokaza što je rezultiralo pogrešno utvrđenim činjeničnim stanjem, zatim u povredi materijalnog zakona u pogledu pravne kvalifikacije krivičnog djela za koje je osuđen, kao i u povredi odredaba ZKP BiH. S tim u vezi, veoma opširno obrazlaže da je do povrede došlo, između ostalog, i zbog suđenja u odsustvu, proširenja optužnice, odbijanja objelodanjivanja svih dokumenata odbrani, prihvatanja dokaza vještačenja „nekvalificiranih osoba“, uskraćivanja prava na pripremu odbrane, svjedočenja saoptuženih kao svjedoka, razdvajanja predmeta, prihvatanja utvrđenih činjenica bez prava na žalbu, vjerovanja iskazu zaštićenog svjedoka. Zatim, navodi da su Pretresno i Apelaciono vijeće proizvoljno cijeno provedene dokaze, te da su zbog toga prekršili i princip *in dubio pro reo*.

21. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, apelant ističe da je pravosnažno osuđen zbog krivičnog djela genocida iz člana 171. KZ BiH koje je bilo propisano i članom 141. KZ SFRJ. Apelant smatra da su sudovi pogrešnim tumačenjem obavezne primjene blažeg zakona primijenili krivični zakon koji je stroži za njega. Ističe da član 7. Evropske konvencije, kao i član 4. stav 1. KZ BiH jasno propisuju da krivična optužba i presuda može biti zasnovana na normi koja je važila u vrijeme kada se dogodio inkriminirani čin, te da se ne može nametnuti teža kazna od one koja je bila primjenjivana u vrijeme kada je djelo počinjeno, a da je članom 4. stav 2. KZ BiH propisano «ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon primjenjivat će se zakon

blaži za učinitelja». Apelant dalje ističe da, kako je u ranijem krivičnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije, koje je Bosna i Hercegovina preuzela svojom Uredbom 1992. godine, postojalo istovjetno krivično djelo (član 141. preuzetog KZ SFRJ, sa zaprijećenom kaznom zatvora od pet godina ili smrtnom kaznom), a u novom krivičnom zakonodavstvu koje je primijenjeno u konkretnom slučaju (član 171. KZ BiH, kazna zatvora od 10 godina ili dugotrajni zatvor), osnovno pitanje je koji je zakon blaži. Na prvi pogled blaži je zakon iz 2003. godine jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već od stupanja na snagu Ustava Federacije BiH, 1994. godine, ukinuta smrtna kazna, što je samo potvrđeno i u Ustavu BiH iz 1995. godine, a imajući u vidu zauzeta stanovišta redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, u entitetima i Brčko distriktu (Vrhovni sud Federacije BiH, Vrhovni sud Republike Srpske i Apelacioni sud Brčko distrikta) da se ne može izreći smrtna kazna, proizlazi da je blaži zakon iz 1992. godine. Povredu prava iz člana 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju apelant obrazlaže činjenicom da smatra „da mu je suđeno pred bilo kojim drugim sudom u BiH da bi se primjenjivao zakon koji je važio u vrijeme navodnog izvršenja krivičnog djela, koji je po svojoj prirodi blaži“ pa je stoga jasno da je odluka da se apelantu sudi pred Sudom BiH diskriminirajuća.

b) Odgovor na apelaciju

22. Sud BiH je u odgovoru na apelaciju istakao da su svi apelantovi navodi o povredi njegovih prava iz Evropske konvencije neosnovani. Kada su u pitanju apelantovi prigovori koji se tiču navodnog kršenja zabrane neretroaktivnosti propisa krivičnog zakona, istaknuto je da su i Prvostepeno vijeće kao i Drugostepeno vijeće zaključili da je u konkretnom slučaju, u odnosu na KZ SFRJ, KZ BiH blaži za učinioce. Naime, drugostepenom presudom je utvrđeno da je Prvostepeno vijeće, iako je pogrešno primijenilo odredbe člana 4.a) KZ BiH, ipak pravilno utvrdilo da je KZ BiH u konkretnom slučaju blaži za apelanta. Navedeno je da je analizom svih elemenata koji se uzimaju u obzir kada se vrši ocjena primjene blažeg zakona utvrđeno da su oba zakona propisivala genocid kao krivično djelo definirajući ga na isti način, zatim radnju ubijanja pripadnika grupe kao radnju izvršenja ovog krivičnog djela, stoga je pri procjeni koji je zakon blaži za učinioca u konkretnom slučaju bilo potrebno analizirati zaprijećenu kaznu. Poređenjem preuzetog KZ SFRJ i KZ BiH u pogledu zaprijećenog zakonskog maksimuma za krivično djelo genocida, proizlazi da je preuzeti KZ SFRJ propisao smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu, a KZ BiH je kao maksimalnu kaznu propisao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina. Iz navedenog proizlazi, kako je istaklo Apelaciono vijeće, da je u ovoj konkretnoj situaciji KZ BiH bio blaži za optuženog jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtno kazne.

23. Tužilaštvo BiH je istaklo da je Sud BiH pravilno primijenio KZ BiH i u potpunosti odgovorio na pitanje primjene «blažeg zakona». Stoga je Tužilaštvo BiH zaključilo da su navodi apelacije u tom smislu u cijelosti neosnovani.

V. Relevantni propisi

24. **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.

25. 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

26. 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.

27. 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 kojeg je koristio.

28. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 29. oktobra 2009. godine, a apelacija je podnesena 22. 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.

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

VII. Meritum

30. Apelant je osporio navedene presude tvrdeći da mu je tim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te da je na njegovu štetu prekršen član 7. Evropske konvencije. Također, apelant ističe povredu člana 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju. Najzad, smatra da mu je povrijeđeno i pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije.

31. Imajući u vidu pitanja koja apelant problematizira Ustavni sud smatra cjelishodnim prvo ispitati apelantove navode vezane za kršenje člana 7. Evropske konvencije.

32. 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.

33. Prema navodima iz apelacije osporene odluke Suda BiH nisu u skladu s članom 7. Evropske konvencije, s obzirom da je apelant osuđen prema odredbama KZ BiH, dok on (apelant) smatra da je trebao biti osuđen prema odredbama KZ SFRJ, jer je taj zakon bio na snazi u vrijeme izvršenja tog krivičnog djela (genocid) i jer taj zakon, navodno, propisuje blažu kaznu za to krivično djelo, te je povoljniji odnosno blaži za apelanta.

34. 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 dijelu Glavi XVII - krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, odnosno koje je u odredbama KZ SFRJ propisano u članu 141. u dijelu Glave 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.

35. Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) u svojoj dosadašnjoj praksi već razmatrao aplikacije koje su pokretala slična 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 aplikanta 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*).

36. 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).

37. Zatim, 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).

38. 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 krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZ SFRJ, bila na štetu aplikantata/apelantata u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

39. Pri tome, Ustavni sud naglašava da je u 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).

40. 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 u konkretnom slučaju za radnje koje su aplikantima stavljene na teret ne bi mogla biti izrečena smrtna kazna, budući da je ta kazna bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina, te da ratni zločini koje su počinili aplikanti 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, te da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikantata 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).

41. Imajući u vide 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 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 mu se može izreći.

42. Naime, Ustavni sud ukazuje da je osporenim presudama apelant proglašen krivim i osuđen što je počinio 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 je apelant proglašen 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 je apelant, primjenom odredaba KZ BiH, u konačnici osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 33 godine.

43. U vezi s tim Ustavni sud ukazuje da KZ BiH i KZ SFRJ pružaju različit raspon kazni za krivično djelo genocida za koje je apelant proglašen 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. Dalje Ustavni sud ukazuje da bi se u konkretnom slučaju za radnje koje su apelantu 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 mu se izrekne najteža kazna koja je bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina. Stoga je, dakle, postojala mogućnost da se apelantu izrekne najteža kazna u konkretnom slučaju. 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 apelantu bliža maksimumu propisane kazne. S obzirom na to, Ustavni sud ukazuje da je, za razliku od tih predmeta u kojima se utvrđivalo koji je zakon blaži u pogledu minimuma kazne, u konkretnom slučaju potrebno utvrditi koji je zakon blaži za apelanta u pogledu maksimuma propisane kazne.

44. 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.

45. Dovodeći u vezu navedeni princip s konkretnim slučajem, u kojem je apelant osuđen 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 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*).

46. Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH apelanta osudio na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 33 godine. U vezi s tim, a u kontekstu najviše zapriječene (najteže) kazne koja se može izreći za predmetno 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 je apelant počinio 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.

47. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za to krivično djelo propisana 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 ovo krivično djelo.

48. S obzirom da, dakle, nije bilo moguće apelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to onda maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantu 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 predmetno krivično djelo prema KZ SFRJ) s kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno krivično djelo prema KZ BiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZ SFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZ SFRJ apelantu 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 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanju kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

49. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da je došlo do povrede apelantovog prava iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije, zbog toga što apelant nije osuđen u skladu s odredbama zakona koji za konkretno krivično djelo propisuje blažu kaznu. Ustavni sud smatra da je u cilju zaštite apelantovih ustavnih prava dovoljno ukinuti Presudu Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-05/24 od 9. septembra 2009. godine u dijelu koji se odnosi na apelanta i predmet vratiti Sudu BiH da donese novu odluku u skladu sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

50. Imajući u vidu zaključak u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije i nalog da redovni sud u ponovnom postupku donese novu odluku, Ustavni sud smatra da nije neophodno da posebno razmatra dio apelacije koji se odnosi na navode o povredi prava iz člana II/3.e) Ustava Bosne i

Hercegovine i člana 6. i 13. Evropske konvencije, kao i prava iz člana 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju.

VIII. Zaključak

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

52. 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.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić