

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj **AP 4606/13**, rješavajući apelaciju **Željka Ivanovića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 59. stav 2. alineja 2. i člana 61. st. 1, 2. i 3, te 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

Tudor Pantiru, potpredsjednik

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Constance Grewe, sutkinja

Mirsad Ćeman, sudija

Margarita Caca-Nikolovska, sutkinja

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 28. marta 2014. donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Djelimično se usvaja se apelacija **Željka Ivanovića**.

Utvrđuje se povreda člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine.

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

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.

Odbija se kao neosnovana apelacija Željka Ivanovića podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine u odnosu na član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Željko Ivanović (u daljnjem tekstu: apelant) iz Pala, kojeg zastupa Petko Pavlović, advokat iz Zvornika, podnio je 11. novembra 2013. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) apelaciju protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine - Apelaciono odjeljenje (u daljnjem tekstu: Sud BiH - Apelaciono odjeljenje) broj S1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Apelacionog odjeljenja i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) zatraženo je 12. decembra 2013. godine da dostave odgovor na apelaciju.

3. Apelaciono odjeljenje i Tužilaštvo BiH su odgovore dostavili 26. decembra 2013. godine.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori na apelaciju su dostavljeni apelantu 27. decembra 2013. 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 - Odjeljenje I za ratne zločine je Presudom broj S1 1 K 003442 09 Kri (X-KR-07/180-3) od 6. jula 2012. godine apelanta proglasio krivim da je radnjama preduzetim u periodu od 10. jula do 19. jula 1995. godine, bliže opisanim u izreci presude, počinio krivično djelo zločina protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka a) Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine (u daljnjem tekstu: KZBiH iz 2003. godine) u vezi s članom 29. tog zakona, te mu je izrekao kaznu zatvora u trajanju od 13 godina.

7. Sud BiH - Apelaciono odjeljenje je Rješenjem broj S1 1 K 003442 12 Krž 8 od 16. novembra 2012. godine uvažio žalbe Tužilaštva BiH i apelanta, te zbog utvrđenih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka prvostepenu presudu ukinuo i odredio održavanje glavnog pretresa pred tim odjeljenjem.

8. Sud BiH - Apelaciono odjeljenje je Presudom broj S1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine apelanta proglasio krivim da je radnjama preduzetim u periodu od 10. jula do 19. jula 1995. godine, bliže opisanim u izreci presude, počinio krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) u vezi s članom 31. KZBiH iz 2003. godine, te mu izrekao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 24 godine.

9. U obrazloženju presude je navedeno da je nakon provedenog postupka, ocjenom svih provedenih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj povezanosti, utvrđeno da je apelant, na način bliže opisan u izreci presude, učestvovao u zarobljavanju, osiguravanju provođenja i zatvaranja zarobljenih Bošnjaka u skladištu Zemljoradničke zadruge „Kravica“, da je čuvanjem straže na stražnjoj strani navedenog objekta, nakon što je otpočelo ubijanje više od 1.000 zarobljenih Bošnjaka, iako sam nije pucao u zarobljenike, doprinio istrebljenju zaštićene grupe bošnjačkog naroda općine Srebrenica, čime je pomogao u realizaciji namjere potpunog uništenja Bošnjaka iz enklave Srebrenica, a djelimično i istrebljenja bošnjačkog naroda Istočne Bosne. Zatim, ukazano je da je apelant postupao s umišljajem u odnosu na ubistvo zarobljenih u ZZ „Kravica“, te iako nije lično posjedovao namjeru

istrebljenja Bošnjaka, kao jedne nacionalne, etičke ili vjerske grupe, da je bio svjestan takvog cilja i genocidne namjere glavnih izvršilaca.

10. Po ocjeni Apelacionog odjeljenja, Tužilaštvo BiH je dokazalo, van razumne sumnje, da je apelant, kao pripadnik Drugog odreda Specijalne policije Šekovići, 12. i 13. jula 1995. godine, bio raspoređen na putnoj komunikaciji Bratunac-Konjević polje, sa zadatkom da osiguraju prohodnost puta kojim su u te dane iseljavani stanovnici Srebrenice, i to uglavnom žene, djeca i stariji. Zatim, utvrđeno je da je zadatak apelanta i ostalih pripadnika odreda, kao naoružanih stražara na navedenoj putnoj komunikaciji, bio da osiguraju da predaja muškaraca Bošnjaka bude uspješno realizirana, te da budu sprovedeni na livadu na označenom lokalitetu na kojoj su ih čuvali ostali pripadnici Drugog odreda, na osnovu čega je zaključeno da je i apelant dao svoj doprinos u zarobljavanju Bošnjaka. Imajući u vidu opći kontekst dešavanja na lokalitetu Srebrenice, te da su pripadnici apelantovog voda, kao jedinice koja je u konkretnoj vojnoj akciji bila podređena VRS, bili angažirani kako bi doprinijeli što uspješnijoj realizaciji zarobljavanja muškaraca Bošnjaka, te njihovom kasnijem pogubljenju, kao i u osiguravanju konvoja koji su izvozili civilno stanovništvo, u svrhu ostvarenja plana prisilnog preseljavanja s područja UN zaštićene zone Srebrenica, s ciljem njihovog istrebljenja, zaključeno je da je apelant, kao jedan od policajaca koji se nalazio na tom lokalitetu, nesumnjivo posjedovao znanje i svijest o tome šta je pozadina tih dešavanja. Zbog toga, po ocjeni suda, ni njegova uloga nije bila zanemariva u zarobljavanju ovih lica, iako nije pozivao muškarce na predaju, niti učestvovao u njihovom pretresu, niti stajao u obruču oko njih na livadi na navedenoj lokaciji. Zatim, utvrđeno je da je apelant, zajedno sa ostalim pripadnicima Drugog voda, učestvovao u sprovođenju zarobljenih lica do ZZ „Kravica“, te da je bio u krugu ovog objekta kada su zarobljenici dovedeni. Apelaciono odjeljenje je zaključilo da je apelantova uloga bila čuvanje straže na stražnjoj strani skladišta kako bi se spriječio bijeg zarobljenika iz hangara ZZ „Kravica“ u kojem su bili zatočeni. Ovakva apelantova uloga, po ocjeni suda, iako nije dokazano da je ispalio i jedan metak (za što ga nije teretila ni optužnica) u pravcu zarobljenih u ZZ „Kravica“, doprinijela je ubijanju zarobljenih muškaraca u hangaru, odnosno njih više od 1.000, kako je utvrđeno u presudama tog suda, te MKSJ. Također, ukazano je da je i u ovom postupku, iz iskaza saslušanih svjedoka te na osnovu procjene ukupne površine prostora ZZ „Kravica“, utvrđeno da se radi o broju od više od 1.000 pogubljenih lica. S tim u vezi je ukazano da su prozori na zadnjoj strani skladišta koje je, pored ostalih, obezbjeđivao apelant, predstavljali zarobljenicima jedini mogući izlaz za bijeg, pa sama činjenica da je apelant zajedno s ostalima pristao i ništa nije preduzeo da izbjegne takav zadatak, a svjestan i svih prethodnih okolnosti, ukazuje da su apelant i ostali pripadnici Drugog odreda dijelili umišljaj za ubijanje zarobljenih lica.

11. U obrazloženju presude je, pored ostalog, ukazano da su ključni dokazi na osnovu kojih je utvrđena apelantova odgovornost iskazi saslušanih svjedoka, i to zaštićenog svjedoka I-3, te iskazi svjedoka P. M. i M. S. koje su dali u istrazi koja je protiv njih vođena u povodu istog događaja. Apelaciono odjeljenje je neosnovanim ocijenilo apelantove tvrdnje da svjedok I-3 nije vjerodostojan svjedok i da ne posjeduje kredibilitet da bi bio svjedok. S tim u vezi je ukazano da su ocijenjeni različiti iskazi svjedoka I-3 koje je davao u drugim postupcima kao i u ovom postupku, zaključeno je da su oni saglasni u odlučnim činjenicama o postojanju krivičnog djela i apelantove krivične odgovornosti, kao i da su potkrijepljeni drugim izvedenim dokazima, iskazima saslušanih svjedoka i materijalnim dokazima. Zatim, ukazano je da postojanje krivičnog djela i krivične odgovornosti apelanta nije zasnovano isključivo na iskazu ovog svjedoka jer je riječ o saučesniku, koji je s Tužilaštvom BiH zaključio sporazum o priznanju krivice, pa je njegov iskaz cijenjen više kao potkrepljujući dokaz drugim izvedenim dokazima u ovom postupku. Neosnovanim su ocijenjeni i apelantovi navodi da iskazi iz istrage svjedoka P. M. i M. S. predstavljaju nezakonit dokaz. S tim u vezi je ukazano da su ovi svjedoci svoje iskaze dali 2005. godine, u prisustvu svojih branilaca, i da su bili poučeni o svojim pravima u skladu s tada važećim članom 78. ZKPBiH. Izmjene ovog člana, na koje je apelant ukazivao, imaju za intenciju da zaštite osumnjičenog/optuženog kada se brani šutnjom a, u konkretnom slučaju, P. M. i M. S. su saslušani u ulozi svjedoka, pa su i njihovi iskazi iz istrage, koja je vođena protiv njih, tretirani kao integralni dio njihovih iskaza u svojstvu svjedoka u ovom predmetu. Najzad, ukazano je da su cijenjeni i iskazi drugih svjedoka koji su svjedočili na okolnosti općih dešavanja na području Srebrenice u inkriminiranom periodu, kao i o samom zarobljavanju muškaraca, aktivnostima odreda specijalne policije kojem je pripadao apelant u vezi sa obezbjeđenjem putne komunikacije i sprovođenjem kolone zarobljenih ka ZZ „Kravica“, te samom likvidiranju zarobljenika. Pri tom je ukazano da su iskazi ovih svjedoka, iako nisu identificirali apelanta kao aktera predmetnih događaja, jer ili ga nisu poznavali ili su događaj posmatrali s određene prostorne distance, dovedeni u vezu s iskazima tri ključna svjedoka, imali karakter potkrepljujućih dokaza.

12. Po ocjeni Apelacionog odjeljenja, apelant je postupao s umišljajem u odnosu na ubistvo zarobljenih muškaraca Bošnjaka u hangaru Kravica, te iako nije lično posjedovao namjeru istrebljenja Bošnjaka, kao jedne nacionalne, etničke i vjerske grupe kroz, u presudi iscrpno opisane okolnosti u i oko Srebrenice, bio je svjestan takvog cilja i genocidne namjere glavnih izvršilaca. Također, zaključeno je da je apelant bio svjestan da je masakr u Kravici dio genocida na području općine Srebrenica, pa su njegove radnje, tj. osiguranje stražnjeg dijela hangara Kravice na kojem su se nalazili prozori, okarakterizirane kao pomaganje u smislu člana 31. KZBiH iz 2003. godine. Najzad, ukazano je da je apelant pristao poslužiti kao sredstvo koje je doprinijelo istrebljenju zaštićene grupe

bošnjačkog naroda općine Srebrenica, te je svojim radnjama pomaganja u ubistvu pomogao u realizaciji namjere potpunog uništenja Bošnjaka iz enklave Srebrenica, a time i djelimičnog istrebljenja bošnjačkog naroda Istočne Bosne. Prema navedenom, zaključeno je da se u apelantovim radnjama stiču obilježja krivičnog djela genocida iz člana 171. stav 1. tačka a) u vezi s članom 31. KZBiH iz 2003. godine.

13. Zatim, Sud BiH - Apelaciono odjeljenje je u postupku donošenja presude razmotrilo i pitanje primjene materijalnog zakona na konkretni predmet. Pri tom, Apelaciono odjeljenje je pošlo od principa zakonitosti propisanog u članu 3, te principa vremenskog važenja krivičnog zakona propisanog u članu 4. KZBiH iz 2003. godine koji odgovaraju principu sadržanom u članu 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija) koja, u skladu s članom II/2. Ustava BiH, ima primat u primjeni nad svim zakonima. Zatim, ukazano je da je krivično djelo genocida propisano članom 171. KZBiH iz 2003. godine, ali i da je nesporno da je i u vrijeme kada je počinjeno, bilo situirano kao krivično djelo genocida u članu 141. Krivičnog zakona SFRJ (u daljnjem tekstu: KZSFRJ iz 1976. godine) koji je bio na snazi i primjenjivan je u relevantnom periodu. Također, ukazano je da i KZBiH iz 2003. godine u članu 31, kao i KZSFRJ iz 1976. godine u članu 24, na istovjetan način definiraju pomaganje kao oblik odgovornosti u izvršenju krivičnog djela. Prema navedenom, ukazano je da i KZSFRJ iz 1976. godine i KZBiH iz 2003. na istovjetan način propisuju, tačnije sadrže, istovjetna bitna obilježja krivičnog djela genocida, te da na identičan način reguliraju pomaganje kao oblik saučesništva i oblik odgovornosti. Zbog toga je, po ocjeni Apelacionog odjeljenja, kod procjene koji je zakon blaži za apelanta, bilo nužno uporediti propisane kazne za predmetno krivično djelo.

14. S tim u vezi je najprije ukazano da KZBiH iz 2003. godine propisuje za krivično djelo genocida kaznu zatvora od najmanje 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora, a KZSFRJ iz 1976. godine kaznu zatvora od najmanje pet godina ili smrtnu kaznu.

15. Sud BiH - Apelaciono odjeljenje je apelantov stav da se kod procjene blažeg zakona ima poći od posebnog minimuma zapriječene kazne ocijenilo neosnovanim, odnosno jednostranim i neprimjenjivim u konkretnom slučaju.

16. U vezi s tim je ukazano da je krivično djelo genocida najteže krivično djelo – zločin nad zločinima, zapriječeno kako po domaćem, tako i po međunarodnom pravu. Zatim, ukazano je da je apelant učestvovao u ubijanju više od 1.000 civila Bošnjaka iz Srebrenice u jednom danu, zatvorenih u prostorijama ZZ "Kravica", dajući svoj doprinos ubistvu, a kao pomagač u genocidu je proglašen krivim zbog toga što on nije sam posjedovao genocidnu namjeru, ali je bio svjestan genocidne namjere drugih, što je dovoljno za taj oblik odgovornosti. Dakle, sam činjenični opis krivičnog djela, težina

počinjenog zločina u kojem je apelant uzeo neposredno učešće je takva da bi, imajući u vidu kaznenu politiku po ranijem zakonu (KZSFRJ iz 1976. godine), opravdavala izricanje smrtne kazne koja je postavljena kao alternativa. Propisivanjem takve kazne zakonodavac je očigledno imao intenciju davanja mogućnosti izricanja smrtne kazne za najteže oblike teških krivičnih djela, što krivično djelo za koje je apelant terećen i proglašen krivim, nesumnjivo jeste.

17. Zatim, ukazano je da, iako je smrtna kazna u međuvremenu ukinuta (stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine), ne može se u cijelosti zanemariti njeno postojanje, kao ni intencija zakonodavca u pogledu krivičnih djela na koja se ona ima primijeniti. S tim u vezi je ukazano da se, u konkretnom slučaju, radi o izuzetno teškom krivičnom djelu, s neizmjerljivo teškim posljedicama, te je opravdano postaviti pitanje koje, ako ne ovo krivično djelo, bi opravdavalo izricanje najteže kazne, tj. smrtne kazne.

18. Sud BiH - Apelaciono odjeljenje je dalje istaklo da, za razliku od KZSFRJ iz 1976. godine, koji je kao najtežu kaznu predviđao smrtnu kaznu, KZBiH iz 2003. godine kao najtežu kaznu za krivično djelo genocida propisuje kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina. Kazna dugotrajnog zatvora, koja pri tome omogućava gradaciju i prilagođavanje kazne konkretnom stepenu krivice počinioca, tako što se može izreći u trajanju od 21 do 45 godina, je nesumnjivo blaža od smrtne kazne zapriječene po ranijem zakonu.

19. Imajući u vidu navedeno, a posebno činjenicu da priroda i težina konkretnog krivičnog djela jeste takva da bi opravdavala primjenu smrtne kazne, kao najstrože kazne po ranijem zakonu, KZBiH iz 2003. godine se u konkretnom slučaju, po ocjeni ovog vijeća, ukazuje blažim zakonom, jer je kazna dugotrajnog zatvora, bez obzira na njeno trajanje, u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

20. Apelant smatra da mu je osporenim presudom povrijeđeno pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

21. Opširni apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje u suštini se svode na tvrdnje da je povrijeđen princip jednakosti stranaka u postupku i s tim u vezi garancije adversarnog postupka; da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno jer je sud pogrešno cijenio dokaze, prije svega iskaz svjedoka I-3, kao i da je činjenično stanje zasnovano na nezakonitim dokazima, iskazima svjedoka P. M. i M. S. koje su dali u istrazi koja je vođena protiv njih u povodu istog događaja, a koji su se u postupku branili šutnjom, te činjenicama koje je utvrdio MKSJ, čemu se u toku postupka protivio; da obrazloženje osporene presude ne zadovoljava standarde prava na pravično suđenje; da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo; te, najzad, da je povrijeđeno pravo na odbranu.

22. Apelant tvrdi da mu je povrijeđeno i pravo iz člana 7. Evropske konvencije. U vezi s tim apelant je ukazao na presudu Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, ukazujući, pored ostalog, na stav tog suda, da član 7. stav 1. sadrži opće pravilo o zabrani retroaktivnosti, te da je ovaj stav prihvaćen u odlukama Ustavnog suda po nizu apelacija u sličnim predmetima. Pri tom, apelant ističe da je Ustavni sud u ovim predmetima, pored ostalog, zauzeo stav da nije postojala ni teoretska ni praktična mogućnost da se izrekne smrtna kazna u vrijeme donošenja osporenih odluka. Apelant je ukazao da su svi predmeti ratnog zločina na ovaj ili onaj način doveli do gubitka života, ali da je u nekim od njih Sud BiH primjenjivao KZSFRJ iz 1976. Apelant posebno ukazuje na predmet Slavka Perića koji je, kao i on, osuđen kao pomagač u genocidu ali po KZSFRJ iz 1976. U prilog tvrdnji da mu je povrijeđeno pravo iz člana 7. apelant je istakao i da je prekršeno pravo na zabranu retroaktivne primjene kazne. S tim u vezi apelant je istakao da je kazna dugotrajnog zatvora novina u krivičnom zakonodavstvu, pa da se kao takva ne može primjenjivati na odnose koji su vremenski prethodili stupanju na snagu zakona koji je propisuje. Najzad, apelant je istakao da ne može biti pogođen strožim zakonom i težom kaznom zbog toga što zakonodavni organi nisu blagovremeno reagirali i izmijenili nomenklaturu kazni, već su to učinili tek u 2003. godini.

b) Odgovor na apelaciju

23. Sud BiH je u odgovoru na apelaciju iscrpno obrazložio stav zbog kojeg smatra da su neosnovani apelantovi navodi da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje.

24. U vezi s apelantovim navodima o povredi člana 7. Evropske konvencije najprije je ukazano da je apelantova radnja imala karakter odlučujućeg doprinosa u ubistvu više od 1.000 muškaraca Bošnjaka, zarobljenih u ZZ „Kravica“. S obzirom na težinu izvršenog krivičnog djela, po zakonu koji je primjenjivan u vrijeme njegovog izvršenja, tj. 1995. godine, za navedeno krivično djelo mogla se izreći smrtna kazna, alternativno uz zapriječenu kaznu zatvora od 5 do 15 godina. Prema navedenom, zaključeno je da je KZBiH iz 2003. godine, koji propisuje kaznu zatvora od 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora, blaži zakon za apelanta jer ne propisuje smrtnu kaznu. Zatim, ukazano je da smrtna kazna nije definitivno ukinuta potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma kada je stupio na snagu Protokol broj 6 koji, pored ostalog, državama dozvoljava da u svom zakonodavstvu mogu predvidjeti smrtnu kaznu za djela izvršena u toku rata ili neposredne ratne opasnosti, kao što su okolnosti konkretnog slučaja, te najzad da je smrtna kazna definitivno bila ukinuta Protokolom broj 13, koji je u BiH stupio na snagu 28. maja 2003. godine, tj. u vrijeme kada je već bio na snazi KZBiH iz 2003. godine, koji je kao kazneni okvir za najteža krivična djela, uključujući i genocid, propisivao kaznu zatvora od 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora. Prema navedenom, ukazano je da nije mogla biti zanemarena smrtna kazna, koja je kao propisana kazna egzistirala u vrijeme izvršenja

krivičnog djela, zbog čega je, uz uvažavanje principa blažeg zakona, u apelantovom slučaju primijenjen KZBiH iz 2003. godine. Najzad, ukazano je da se taj sud pri tom rukovodio stavom zauzetim u odluci Ustavnog suda u predmetu *Maktouf* (AP 1785/06 od 30. marta 2007. godine).

25. Tužilaštvo BiH je u odgovoru na apelaciju istaklo da se apelantovi navodi u najvećem dijelu odnose na zaključke o činjenicama, zbog čega se, kako smatra, ne može podnijeti apelacija Ustavnom sudu.

26. Zatim, u vezi s apelantovim navodima o povredi člana 7. Evropske konvencije ukazano je da je nesporno da se krivični zakon nakon izvršenja krivičnog djela izmijenio, kao i da je KZSFRJ iz 1976. godine kao preuzeti zakon bio na snazi u Federaciji BiH do 1998. godine a u Republici Srpskoj do 2000. godine, te da se od 2003. godine počeo primjenjivati KZBiH, zbog čega je, u skladu s principom vremenskog važenja krivičnog zakona, trebalo cijeniti koji zakon je blaži za učinioca. Po mišljenju Tužilaštva BiH pri procjeni koji zakon je blaži ne može se primijeniti jednostrani pristup na kojem apelant insistira, tj. da se u ocjeni koji zakon je blaži polazi od minimuma zapriječene kazne. S tim u vezi Tužilaštvo BiH je istaklo da je krivično djelo genocida najteže krivično djelo, kako po domaćem tako i po međunarodnom pravu. U konkretnom slučaju apelant je učestvovao u ubijanju više od 1.000 civila Bošnjaka iz Srebrenice u jednom danu zatočenih u ZZ „Kravica“, dajući svoj doprinos kao pomagač u genocidu. Po mišljenju Tužilaštva BiH težina počinjenog krivičnog djela u kojem je apelant uzeo neposredno učešće je takva da bi, imajući u vidu kaznenu politiku po KZSFRJ iz 1976. godine, opravdala izricanje smrtno kazne, što je bila intencija zakonodavca za najteže oblike teških krivičnih djela, kakvo nesumnjivo jeste djelo za koje je apelant proglašen krivim. Nadalje, iako je smrtna kazna u međuvremenu ukinuta (stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine) ne može se zanemariti njeno postojanje kao ni intencija zakonodavca u pogledu krivičnih djela na koja se ima primijeniti. S obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, tj. da se radi o izuzetno teškom krivičnom djelu, s neizmjerljivo teškim posljedicama, po mišljenju Tužilaštva BiH postavlja se pitanje koje, ako ne ovo krivično djelo, bi opravdalo izricanje najteže kazne. S obzirom da je KZSFRJ iz 1976. godine propisivao smrtnu kaznu za krivično djelo genocida a KZBiH iz 2003. godine propisuje, kao maksimalnu kaznu, kaznu zatvora u trajanju od 45 godina, koja se može prilagođavati okolnostima konkretnog slučaja u propisanom rasponu kazne od 21 do 45 godina, Tužilaštvo BiH smatra da je KZBiH iz 2003. godine u svakom slučaju za apelanta blaži zakon.

27. Tužilaštvo BiH je istaklo da je Ustavni sud, pozivajući se na stavove Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović*, već donio odluke po apelacijama osoba koje su osuđene za genocid, u kojim je zauzeo stav da je KZSFRJ iz 1976. godine blaži zakon. Međutim, po mišljenju Tužilaštva BiH stavovi Evropskog suda iz navedene odluke ne mogu se primijeniti i u konkretnom slučaju.

Naime, Tužilaštvo BiH smatra da Evropski sud u predmetu *Maktouf i Damjanović* uopće nije razmatrao primjenu blažeg zakona u predmetima s težom posljedicom, kakav je i apelantov slučaj, koji je proglašen krivim za učestvovanje u ubijanju više od 1.000 zarobljenih civila muškaraca Bošnjaka. Također, ukazano je da je Komitet ministara Vijeća Evrope na sjednici broj 1186 od 5. decembra 2013. godine naglasio „da Evropski sud nije *in abstracto* razmatrao da li je retroaktivna primjena zakona iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi protivna članu 7. Konvencije“, te „da je potrebno da domaći sudovi ocijene u konkretnim okolnostima svakog predmeta, uključujući i one u pogledu težine pojedinih krivičnih djela, koji zakon je blaži za učinioca“. Prema navedenom, po mišljenju Tužilaštva BiH u konkretnom slučaju pri ocjeni koji zakon je blaži najprije se mora odgovoriti na pitanje da li je apelantu, u vrijeme kada je djelo počinjeno, mogla biti izrečena smrtna kazna pri tom imajući u vidu, iako se radi o sankciji koja se trenutno ne primjenjuje, da se ona ne može jednostrano odstraniti kao da nije postojala.

28. Najzad, Tužilaštvo BiH je predložilo da se, ukoliko Ustavni sud ne prihvati njegove argumente i usvoji apelaciju u konkretnom slučaju, tj. utvrdi povredu člana 7. Evropske konvencije, Sudu BiH naloži preinačenje drugostepene presude a ne i njeno ukidanje.

V. Relevantni propisi

29. **Krivični zakon Bosne i Hercegovine** („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10) u relevantnom dijelu glasi:

Načelo zakonitosti

Član 3.

(1) Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.

(2) Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.

Vremensko važenje krivičnog zakona

Član 4.

(1) Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.

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

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava

Član 4.a)

Članovi 3. i 4. ovog zakona ne 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.

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.

(...)

Kazna zatvora

Član 42.

(1) Kazna zatvora može se izreći samo kao glavna kazna.

(2) Za najteže oblike teških krivičnih djela učinjenih s umišljajem, može se propisati kazna zatvora u trajanju od dvadeset do četrdesetpet godina (dugotrajni zatvor).

(3) Kazna dugotrajnog zatvora nikada se ne može propisati kao jedina glavna kazna za pojedino krivično djelo.

(...)

Ublažavanje kazne

Član 49.

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

a) kad zakon propisuje da se učinilac može blaže kazniti;

b) i kad sud utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

Granice ublažavanja kazne

Član 50.

(1) Kad postoje uvjeti za ublažavanje kazne iz člana 49. (Ublažavanje kazne) ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:

a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora od deset ili više godina, kazna se može ublažiti do pet godina zatvora;

(...)

(2) Pri odlučivanju koliko će kaznu ublažiti prema pravilima iz stava 1. ovog člana, sud će posebno uzeti u obzir najmanju i najveću mjeru kazne propisane za to krivično djelo.

Genocid

Član 171.

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

a) ubijanje pripadnika grupe ljudi;

b) nanošenje teške tjelesne ozljede ili duševne povrede pripadnicima grupe ljudi;

c) smišljeno nametanje grupi ljudi ili zajednici takvih životnih uvjeta koji bi mogli posljediti njenim potpunim ili djelomičnim istrebljenjem;

d) uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe ljudi;

e) prisilno preseljenje djece iz te u drugu grupu ljudi,

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

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

Pomaganje

Član 24.

(1) Ko drugome sa umišljajem pomogne u izvršenju krivičnog djela kazniće se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti.

Smrtna kazna

Član 37.

(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.

(...)

(4) Punoljetnom licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo dvadeset jednu godinu smrtna kazna može se izreći, pod uvjetom iz stava 2. ovog člana, samo za (...) krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava i (...)

Zatvor

Član 38.

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

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

(...)

Ublažavanje kazne

Član 42.

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

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

Granice ublažavanja kazne

Član 43.

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

- 1) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisan zatvor u trajanju od tri ili više godina, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora;*

(...)

Pri odlučivanju u kojoj će mjeri kaznu ublažiti prema pravilima iz stava 1. ovog člana, sud će posebno uzeti u obzir najmanju i najveću mjeru kazne propisane za krivično djelo.

Genocid

Član 141.

Ko u namjeri da potpuno ili djelimično uništi neku nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu naredi da se vrše ubistva ili teške povrede tijela ili teško narušavanje fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ili prinudno raseljavanje stanovništva, ili da se grupa stavi u takve životne uvjete koji dovode do potpunog ili djelimičnog istrebljenja grupe, ili da se primijene mjere kojima se sprječava rađanje između pripadnika grupe, ili da se vrši prinudno preseljenje djece u drugu grupu, ili ko u istoj namjeri izvrši neko od navedenih djela,

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

31. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13) u relevantnom dijelu glasi:

*Član 10.
Zakonitost dokaza*

(1) Zabranjeno je od osumnjičenog, optuženog ili bilo koje druge osobe koja učestvuje u postupku iznuđivati priznanje ili kakvu drugu izjavu.

(2) Sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona.

(3) Sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima koji su dobijeni na osnovu dokaza iz stava 2. ovog člana.

*Član 12.
Pouka o pravima*

Osumnjičenog, odnosno optuženog ili drugu osobu koja učestvuje u postupku koje bi iz neznanja mogle propustiti neku radnju u postupku, ili se iz neznanja ne bi koristili svojim pravima, Sud, Tužitelj i drugi organi koji učestvuju u postupku će poučiti o pravima koja im po ovom zakonu pripadaju i o posljedicama propuštanja radnje.

*Član 14.
Jednakost u postupanju*

(1) Sud je dužan da stranke i branioca tretira na jednak način i da svakoj od strana pruži jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu.

(2) Sud, Tužitelj i drugi organi koji učestvuju u postupku dužni su s jednakom pažnjom da ispituju i utvrđuju kako činjenice koje terete osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koje im idu u korist.

*Član 15.
Slobodna ocjena dokaza*

Pravo Suda, Tužitelja i drugih organa koji učestvuju u krivičnom postupku da ocjenjuju postojanje ili nepostojanje činjenica nije vezano ni ograničeno posebnim formalnim dokaznim pravilima.

Član 47.

Pravo branitelja da pregleda spise i dokumentaciju

(1) U toku istrage, branitelj ima pravo da razmatra spise i razgleda pribavljene predmete koji idu u korist osumnjičenom. Ovo pravo se branitelju može uskratiti ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage.

(...)

(3) Nakon podizanja optužnice, osumnjičeni, optuženi odnosno branilac imaju pravo uvida u sve spise i dokaze.

(4) Sudija, sudija za prethodno saslušanje, sudija, odnosno vijeće kao i Tužitelj dužni su, kada dođu u posjed novog dokaza ili bilo koje informacije ili činjenice koja može poslužiti kao dokaz na suđenju, staviti ih na uvid branitelju, osumnjičenom, odnosno optuženom.

Član 226.

Podizanje optužnice

(...)

(2) Nakon podizanja optužnice, osumnjičeni, odnosno optuženi i branitelj, imaju pravo uvida u sve spise i dokaze.

(...)

Član 290.

Sadržaj presude

(...)

(6) U obrazloženju presude Sud će iznijeti razloge za svaku tačku presude.

(7) Sud će određeno i potpuno iznijeti koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, dajući naročito ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza, iz kojih razloga nije uvažio pojedine prijedloge stranaka, iz kojih razloga je odlučio da se ne sasluša neposredno svjedok ili vještak čiji je iskaz pročitan, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji

krivično djelo i krivična odgovornost optuženog i pri primjenjivanju određenih odredaba krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo.

(...)

VI. Dopustivost

32. 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.

33. 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.

34. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj S1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 13. septembra 2013. godine a apelacija je podnesena 11. novembra 2013. 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.

35. 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

36. Apelant pobija navedenu presudu tvrdeći da su povrijeđena njegova prava iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te iz člana 7. Evropske konvencije.

Pravo na pravično suđenje

37. Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

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

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

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

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

39. Apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje u suštini se svode na tvrdnje da je povrijeđen princip jednakosti stranaka u postupku i s tim u vezi garancije adversarnog postupka; da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno jer je sud pogrešno cijenio dokaze, prije svega iskaz svjedoka I-3, kao i da je činjenično stanje zasnovano na nezakonitim dokazima, te činjenicama koje je utvrdio MKSJ, čemu se u toku postupka protivio; da obrazloženje osporene presude ne zadovoljava standarde prava na pravično suđenje; da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo; te najzad, da je povrijeđeno pravo na odbranu.

40. Ustavni sud podsjeća da, kada je u pitanju krivični postupak, opća garancija „pravičnog suđenja“ iz stava 1. člana 6. Evropske konvencije ima elemente koji dopunjuju specifične garancije utvrđene st. 2. i 3. člana 6. (vidi Evropski sud, *Artico protiv Italije*, A 37 (1980)). Kada se radi o slučaju koji potpada pod neku od specifičnih garancija ustanovljenih st. 2. i 3. člana 6. on može biti razmatran ili u okviru tih garancija (vidi Evropski sud, *Luedicke protiv FRG*, A 29 (1978); 2 EHRR 149) ili u vezi sa stavom 1. člana 6. (vidi Evropski sud, *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1996-III; 22 EHRR 293 GC). Međutim, ukoliko se aplikacija suštinski odnosi na tvrdnju da je postupak u cjelini, uključujući i žalbeni postupak, bio nepravičan navodi se ispituju u smislu stava 1. člana 6. (vidi Evropski sud, *Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, A 247-B (1992); 15 EHRR 417, st. 33-34).

41. U konkretnom slučaju, apelant pokreće pitanja u vezi s garancijama ustanovljenim članom 6. st. 1, 2. i 3. koje se u suštini odnose na tvrdnju da postupak kao cjelina nije bio pravičan pa će Ustavni sud u tom smislu i ispitati njegove navode.

42. Apelant najprije tvrdi da je povrijeđen princip jednakosti stranaka u postupku i s tim u vezi garancije adversarnog postupka. U prilog ove tvrdnje apelant je istakao da je sud favorizirao dokaze Tužilaštva BiH tako da im je u potpunosti vjerovao kada su oni išli apelantu na teret, da je apelantu onemogućeno unakrsno ispitivanje svjedoka I-3 kao svjedoka Tužilaštva BiH, zbog čega je morao da ga pozove kao svog svjedoka, pa je tako teret dokazivanja prebačen na apelanta, da je sud zanemario apelantove procesne prigovore u pogledu i drugih pobrojanih svjedoka, te najzad, da Tužilaštvo BiH nije učinilo dostupnim sve materijale kojim je raspolagalo.

43. Ustavni sud podsjeća da, prema stanovištu Evropskog suda, princip jednakosti oružja zahtijeva da svakoj strani bude data razumna mogućnost da predstavi svoj slučaj pod uvjetima koji ga ne stavljaju u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na suprotnu stranu (vidi Evropski sud, pored ostalih, *G.B. protiv Francuske*, aplikacija broj 44069/98, stav 58, ECHR 2001-X). Zatim, princip jednakosti oružja je samo jedna karakteristika prava na pravično suđenje, kao šireg koncepta, koje također uključuje i fundamentalno pravo da krivični postupak treba biti adversarni. Pravo na adversarni

postupak u krivičnom postupku znači da i tužiocu i optuženom mora biti data mogućnost da se upoznaju i da komentarišu zapažanja i dokaze suprotne strane (vidi Evropski sud, *Brandstetter protiv Austrije*, presuda od 28. augusta 1991. godine, st. 66. i 67, Serija A, broj 211). Zatim, član 6. stav 1. zahtijeva od tužioca da otkrije sve materijalne dokaze koje posjeduje u korist ili protiv optuženog (vidi, *mutatis mutandis, Rowe i Davis*, presuda od 16. februara 2000. godine, stav 60). Najzad, pravo optuženog da unakrsno ispituje svjedoka protiv njega je ključni element prava sadržanog u članu 6. stav 3. d. Evropske konvencije i prava na adversarni postupak u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

44. U prilog tvrdnji da su narušeni principi jednakosti oružja i adversarnog postupka, apelant je najprije istakao da je redovni sud favorizirao dokaze Tužilaštva BiH kad god su oni bili na apelantovu štetu i da im je vjerovao. S tim u vezi Ustavni sud primjećuje da apelant ne tvrdi da je njemu bila uskraćena mogućnost da dokazima Tužilaštva suprotstavlja svoje dokaze, kao i da dokaze koje je provodilo Tužilaštvo BiH osporava na glavnom pretresu. U tom smislu ne mogu se prihvatiti ni apelantovi neobrazloženi navodi o procesnim prigovorima u vezi s ispitivanjem pojedinih svjedoka Tužilaštva BiH jer apelant ne obrazlaže u čemu su se oni sastojali niti ukazuje kako su ga doveli u nepovoljniji položaj u odnosu na suprotstavljenu stranu. Najzad, Ustavni sud primjećuje da u obrazloženju osporenih presuda nisu izostali iscrpni razlozi i obrazloženja dokazima kojim je vjerovano, te da su zaključci suda zasnovani na brižljivoj i savjesnoj ocjeni dokaza pojedinačno i u vezi s drugim provedenim dokazima. Zatim, apelant je istakao da mu je bila uskraćena mogućnost da unakrsno ispituje svjedoka I-3, kao svjedoka Tužilaštva BiH, pa da je morao da ga pozove kao svog svjedoka, ali da je i tada ispitivanje morao ograničiti samo na iskaze ovog svjedoka u kojima je spominjao apelanta. Zbog navedenog apelant smatra i da je teret dokazivanja prebačen na njega. Ustavni sud podsjeća da pravo optuženog da unakrsno ispituje svjedoka nije apsolutno i da može trpjeti ograničenje, ali da ova ograničenja ne mogu biti takva da dovedu u pitanje jednakost stranaka u postupku. U konkretnom slučaju, apelant ne tvrdi da mu je bilo uskraćeno unakrsno ispitivanje ovog svjedoka na okolnosti koje su se ticale postojanja krivičnog djela i apelantove krivične odgovornosti. Pri tome, Ustavni sud primjećuje i da su različiti iskazi ovog svjedoka, koje je davao u drugim postupcima pred Sudom BiH u povodu istog događaja, u postupku pred Apelacionim vijećem, po apelantovom prijedlogu uvršteni u dokaznu građu, te da ih je sud cijenio pojedinačno i u vezi s drugim dokazima. Najzad, apelantu je omogućeno da navedenog svjedoka i sam pozove kao svjedoka i da ga ispituje kako bi opovrgao njegove iskaze, pred sudom koji je odlučivao u apelantovom slučaju. Prema navedenom, proizlazi da su i u ovom dijelu apelantovi navodi neosnovani. Najzad, apelant tvrdi da mu je Tužilaštvo BiH uskratilo pristup materijalima kojim je raspolagalo, odnosno da nije imao pristup

iskazima svjedoka koji su svjedočili u drugim predmetima pred Sudom BiH u povodu istog događaja, iskazima lica koje je Tužilaštvo BiH saslušalo u povodu konkretnog događaja ali ih nije predložilo kao svjedoke, te najzad da mu je uskraćen pristup „drugim relevantnim materijalima“. U vezi s ovim dijelom navoda Ustavni sud primjećuje da se, kako apelant i sam navodi, radi o dokazima koji su pribavljeni u drugim predmetima, odnosno u krivičnim postupcima u kojim je utvrđivana krivična odgovornost lica protiv kojih su ti postupci vođeni. U tom smislu, samo činjenica da su se i ti krivični postupci, kako apelant tvrdi, odnosili na isti događaj, ne može biti dovoljna za ocjenu da i su tako pribavljeni dokazi bili od značaja u njegovom slučaju. Zatim, apelant ne tvrdi i da je bilo koji od ovih dokaza korišten u toku postupka, odnosno da je osporena presuda zasnovana na takvim dokazima, te najzad da mu je, u slučaju da je neki od takvih dokaza i korišten, bilo uskraćeno pravo da se o njemu izjašnjava ili da ga osporava. Najzad, apelant ne navodi, a to nije moguće zaključiti ni iz obrazloženja osporene presude, da je ovaj prigovor isticao i na glavnom pretresu pred Apelacionim odjeljenjem, a po kojem se ono nije izjasnilo ili ga je neosnovano odbilo. Ovo tim prije, a kako je već ukazano u ovoj odluci, što je Apelaciono odjeljenje na glavnom pretresu po apelantovom predlogu prihvatilo i provelo dokaze koje je apelant predložio, a koje je prethodno odbilo prvostepeno vijeće. Stoga, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane apelantove navode u ovom dijelu.

45. Zatim, apelant tvrdi da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno. Međutim, suština apelantovih navoda u ovom dijelu u stvari se odnosi na tvrdnju da sud nije mogao vjerovati iskazu svjedoka I-3 jer je, kako tvrdi, on osporen brojnim iskazima svjedoka i optužbe i odbrane, kao i da se radi o svjedoku koji, po apelantovom mišljenju, ne može biti kredibilan svjedok, pored ostalog i zbog činjenice da je zaključio sporazum o priznanju krivice. Najzad, u ovom dijelu apelant je istakao i da su korišteni iskazi svjedoka M. S. i P. M. koje su dali u istrazi koja je vođena protiv njih, a koji, po njegovom mišljenju, predstavljaju nezakonite dokaze.

46. U vezi sa ovim dijelom apelacionih navoda, Ustavni sud podsjeća da je van njegove nadležnosti da procjenjuje kvalitet zaključaka sudova u pogledu ocjene dokaza ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom. Isto tako, Ustavni sud se neće miješati u način na koji su redovni sudovi usvojili dokaze kao dokaznu građu. Ustavni sud se neće miješati ni u situaciju kada redovni sudovi povjeruju dokazima jedne strane u postupku na osnovu slobodne sudijske ocjene. To je isključivo uloga redovnih sudova čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jedna drugoj (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996-II, stav 78). Ustavni sud naglašava da, pri tome, redovni sud nije vezan ni ograničen posebnim formalnim dokaznim pravilima, ali da slobodna ocjena dokaza zahtijeva obrazloženje, kako svakog dokaza pojedinačno, tako i svih dokaza zajedno, te dovođenje svih

provedenih dokaza u uzajamnu logičnu vezu. Zatim, prema stanovištu Evropskog suda mora se utvrditi da li je osobi koja je u pitanju bila pružena mogućnost da osporava validnost dokaza i da im se suprotstavlja; mora se cijeliti kvalitet dokaza, uključujući i činjenicu da li su uzeti u okolnostima koje dovode u sumnju njihovu pouzdanost i istinitost (vidi Evropski sud, pored ostalih, *Sevinç i drugi protiv Turske* (dec.), aplikacija broj 8074/02 od 8. januara 2008. godine; *Bykov protiv Rusije* [GC], aplikacija broj 4378/02, stav 90, od 10. marta 2009. godine). U ovom kontekstu zadatak Ustavnog suda je da ispita da li su dokazi u korist i protiv osobe koja je u pitanju prezentirani tako da osiguraju pravičan postupak (vidi, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Barim protiv Turske* (dec.), aplikacija broj 34536/97 od 12. januara 1999. godine). Zatim, Ustavni sud ukazuje na praksu Evropskog suda da prihvatanje nezakonito dobijenih dokaza ne predstavlja samo po sebi kršenje člana 6. Evropske konvencije, ali da ova činjenica može biti od uticaja na pravičnost postupka kao cjeline, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja (vidi Evropski sud, *Schenk protiv Švajcarske*, presuda od 12. jula 1988. godine, aplikacija broj 1086/84, serija A-140, stav 49).

47. Ustavni sud zapaža da je apelant najprije iznio tvrdnje da sud nije mogao vjerovati iskazu svjedoka I-3. S tim u vezi je istakao da je ovaj svjedok u više navrata mijenjao svoj iskaz, kao i da je njegov iskaz osporen iskazima i svjedoka optužbe i svjedoka odbrane, te najzad da je pogrešan zaključak redovnog suda da su različitosti u iskazima ovog svjedoka proizašle iz činjenice da u iskazima u kojim se ne spominje apelant ovaj svjedok nije bio ni pitan o njemu. U vezi s ovim dijelom navoda Ustavni sud najprije ukazuje da je u obrazloženju osporene presude navedeno da je iskaz ovog svjedoka bio jedan od ključnih dokaza protiv apelanta, te da mu je zbog toga poklonjena posebna pažnja. Zatim, ukazano je da je i kao takav iskaz ovog svjedoka imao karakter potkrepljujućeg dokaza jer se radilo o osobi koja je bila saučesnik u izvršenju istog krivičnog djela i koja je prethodno zaključila sporazum o priznanju krivice. Dalje, na pretresu koji je održan pred Apelacionim odjeljenjem apelantu je dozvoljeno da prezentira različite iskaze ovog svjedoka koje je davao o istom događaju kako u postupku koji je vođen protiv njega tako i u postupcima protiv drugih lica koji su vođeni u povodu istog događaja, kao i izjave ovog svjedoka koje su naknadno date i u kojim je negirao sve svoje ranije iskaze. Cijeneći ove iskaze pojedinačno i u vezi s drugim provedenim dokazima, Apelaciono odjeljenje je zaključilo da su oni saglasni u pogledu odlučnih činjenica tj. apelantovog prisustva i učešća u inkriminiranim radnjama koje su mu stavljanje na teret. Činjenica da u pojedinim od iskaza ovaj svjedok nije spominjao apelanta po ocjeni suda ticala se samo okolnosti na koje je svjedok I-3 davao iskaz, a koje se i nisu odnosile na apelanta. Naime, kako je ukazano u obrazloženju osporene presude, ovaj svjedok je svjedočio u više postupaka koji su u povodu istog događaja vođeni protiv različitih lica, zbog čega su i njegovi iskazi bili fokusirani na konkretne postupke i konkretne

osobe. Također, Apelaciono odjeljenje je u obrazloženju osporene presude dalo iscrpne razloge i obrazloženja zbog čega kredibilitet ovog svjedoka nije doveden u pitanje činjenicom da je zaključio sporazum o priznanju krivice, za što je upravo bio uvjet da se pojavi kao svjedok u drugim postupcima protiv drugih lica u povodu istog događaja. S tim u vezi je ukazano na iskaze svjedoka I-3 u kojim je bio izričit da neka od lica protiv kojih je također vođen krivični postupak u povodu istog događaja, kao i da je u odnosu na apelanta promijenio svoj iskaz u kojem je tvrdio da je i on pucao u zarobljenike, zbog čega mu se i izvinio.

48. Nadalje, u pogledu apelantove tvrdnje da su relevantne činjenice utvrđene na nezakonitim dokazima, Ustavni sud primjećuje da u obrazloženju osporene presude nisu izostali iscrpni razlozi i obrazloženja u pogledu ovog navoda. Naime, ukazano je da su prihvaćeni kao dokazi iskazi svjedoka M. S. i P. M. iz istrage, koje su oni dali u skladu sa, u to vrijeme važećim, članom 78. ZKPBiH (2005. godina), tj. u prisustvu svojih branilaca i s prethodnim upozorenjem o njihovim pravima. U to vrijeme citirana zakonska odredba nije regulirala da osumnjičenom mora biti ukazano da njegov iskaz iz istrage može biti korišten kao dokaz na glavnom pretresu i bez njegove saglasnosti, kako je regulirano izmjenama zakona iz 2008. godine, na čemu apelant i temelji tvrdnje o nezakonitosti ova dva iskaza, kao i činjenici da su se ova dva svjedoka u postupku protiv njih branila šutnjom. S tim u vezi je ukazano da su iskazi iz istrage ova dva svjedoka cijenjeni kao integralni dio njihovih iskaza koje su dali u svojstvu svjedoka u postupku protiv apelanta, pa da su kao takvi dovedeni u vezu s ostalim provedenim dokazima. Prema navedenom, zaključak Apelacionog odjeljenja da se ne radi o nezakonitim dokazima, te da su ova lica u postupku protiv apelanta imala svojstvo svjedoka a ne osumnjičenih, zbog čega se ne dovodi u pitanje eventualna povreda prava na šutnju, suprotno apelantovim tvrdnjama ne upućuje na zaključak da ovi dokazi nisu mogli biti prihvaćeni kao dio dokazne građe.

49. Prema navedenom Ustavni sud nije mogao prihvatiti osnovanim apelantove navode da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno jer je utemeljeno na iskazu svjedoka I-3 i kako je tvrdio, na nezakonitim dokazima, iskazima iz istrage svjedoka M. S. i P. M.

50. Najzad, u vezi s pogrešno utvrđenim činjeničnim stanjem apelant je istakao i da se odluka o postojanju krivičnog djela i njegove krivice zasniva na činjenicama koje su utvrđene u odlukama MKSJ, čemu se on protivio u toku postupka. Ustavni sud primjećuje da je u obrazloženju osporene presude ukazano da se prihvataju sve činjenice utvrđene u presudi MKSJ u predmetu *Blagojević i Jokić*, koje je prihvatilo prvostepeno vijeće, te da su po apelantovom prijedlogu također prihvaćene kao dokazane i činjenice iz ovog predmeta, kao i iz predmeta *Vujadin Popović*, te predmeta *Krstić*. Zatim, Ustavni sud podsjeća da je, u skladu s članom 4. Zakona o ustupanju predmeta MKSJ

Tužilaštvu BiH i korištenju dokaza pribavljenih od MKSJ u postupku pred sudovima u BiH, regulirano da sud može, nakon što sasluša stranke na vlastitu inicijativu ili na prijedlog stranaka, odlučiti da prihvati kao dokazane činjenice koje su utvrđene pravosnažnom odlukom u drugom postupku pred MKSJ. Međutim, ove činjenice ne uživaju karakter apsolutnih i u toku krivičnog postupka mogu se pobijati ako za to postoji dobar razlog i opravdan osnov. U konkretnom slučaju apelant je i sam iskoristio ovu zakonsku mogućnost i u prilog svoje odbrane predložio, što je i prihvaćeno, da se kao utvrđene prihvate i činjenice u predmetima MKSJ na koje je i ukazao. Pri tom, Ustavni sud zapaža da apelant ne tvrdi da mu je u pogledu činjenica koje su prihvaćene kao utvrđene po prijedlogu Tužilaštva BiH bila uskraćena mogućnost da ih u toku postupka osporava. Najzad, iz obrazloženja osporenih presuda ne može se zaključiti da su ove činjenice imale karakter odlučujućih pri utvrđivanju apelantove krivične odgovornosti i njegovog učešća u inkriminiranom događaju. Prema navedenom, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane apelantove navode u ovom dijelu.

51. Nadalje, apelant tvrdi da osporena presuda ne zadovoljava standard obrazložene odluke u smislu prava na pravično suđenje. Apelant tvrdi da je sud proveo dokaze ali da ih nije doveo u uzajamnu vezu i da nisu povezani s navodima optužnice i elementima krivičnog djela, zbog čega smatra da su izostali razlozi iz kojih je zaključeno da je on počinio krivično djelo i da postoji njegova krivična odgovornost.

52. U vezi s ovim dijelom navoda Ustavni sud podsjeća da su, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, domaći sudovi dužni da obrazlažu svoje presude pri čemu ne moraju dati detaljno odgovore na svaki navod stranaka. Zatim, Evropski sud i Ustavni sud su u brojnim odlukama ukazali da domaći sudovi imaju određenu diskrecionu ocjenu u vezi s tim koje će argumente i dokaze prihvatiti u određenom predmetu, ali, istovremeno, imaju obavezu da obrazlože svoje odluke tako što će navesti jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku zasnovali (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Suominen protiv Finske*, presuda od 1. jula 2003. godine, aplikacija broj 37801/97, stav 36, i, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka broj *AP 5/05* od 14. marta 2006. godine). Svrha obaveze da odluka bude obrazložena jeste i da pokaže da je stranama u postupku omogućeno da na ravnopravan i pravičan način budu saslušane u postupku pred sudom (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Kuznetsov i dr. protiv Rusije*, presuda od 11. januara 2007. godine, aplikacija broj 184/02).

53. Ustavni sud primjećuje da je apelantu optužnicom stavljeno na teret da je počinio krivično djelo genocida iz KZBiH iz 2003. godine propisano u članu 172. stav 1. tačka a) – ubijanje pripadnika grupe ljudi, te tačka b) – nanošenje tjelesne ozljede ili duševne povrede pripadnicima grupe ljudi. Na osnovu provedenih dokaza Apelaciono odjeljenje je zaključilo da Tužilaštvo BiH nije dokazalo da je apelant počinio i radnje opisane u tački b) stava 1. člana 172. KZBiH iz 2003. godine, i proglasilo ga

je krivim samo za radnje iz tačke a) navedenog člana. Apelaciono odjeljenje je ovaj zaključak utemeljilo na dokazima koji su provedeni u toku postupka, koje je cijenio pojedinačno i u uzajamnoj vezi, na osnovu kojih je zaključilo da je apelant u kritičnom periodu bio na prostoru Srebrenice; da je kao policajac, pripadnik specijalne jedinice, doprinio najprije zarobljavanju muškaraca pripadnika bošnjačkog naroda koji su se predavali; da je uzeo učešće u pratnji ovih lica do ZZ „Kravica“ gdje je navedena grupa ljudi bila zatočena u nehumanim uvjetima, te najzad da je obezbjeđivao stražnju stranu objekta ZZ „Kravica“ kako bi spriječio bijeg zarobljenih kada je počelo ubijanje, odnosno da je počinio radnje koje su mu se optužnicom u dijelu za koji je proglašen krivim i stavljale na teret. U obrazloženju osporene presude detaljno su pobrojani dokazi koji su na ove okolnosti provedeni, svaki dokaz je cijenjen pojedinačno i u uzajamnoj vezi s drugim dokazima, na osnovu čega je utvrđeno apelantovo učešće i uloga u navedenim radnjama. Zatim, s obzirom da je apelant proglašen krivim za krivično djelo genocida, koje je počinio kao pomagač, u obrazloženju osporene presude detaljno su analizirane okolnosti i razlozi, te apelantovo svojstvo, na osnovu čega je zaključeno da apelant nije imao genocidnu namjeru, tj. istrebljenje Bošnjaka kao nacionalne, etničke i vjerske grupe, kao dijela plana potpunog istrebljenja bošnjačkog stanovništva Srebrenice. Međutim, zaključeno je da je apelant postupao s umišljajem u odnosu na ubistvo zarobljenih muškaraca Bošnjaka u ZZ „Kravica“, jer je, iz razloga koji su detaljno pobrojani i obrazloženi u osporenoj presudi, bio svjestan navedenog cilja i genocidne namjere glavnih izvršilaca. Prema navedenom, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane ni apelantove navode u ovom dijelu.

54. Zatim, apelant je istakao da mu je povrijeđeno pravo na odbranu ali ovaj navod nije posebno obrazlagao. Prema navedenom, imajući u vidu da su ostali apelantovi navodi koji su se ticali prava na pravično suđenje detaljno ispitani i da je zaključeno da su neosnovani, te da na osnovu predloženih dokumenata nije moguće utvrditi da postoji bilo što što bi uputilo na povredu ovog apelantovog prava, Ustavni sud se neće posebno baviti ispitivanjem i ovog apelantovog navoda.

55. Najzad, apelantovi navodi da mu je pravo na pravično suđenje povrijeđeno jer je u osporenim presudama pogrešno primijenjeno materijalno pravo, bit će razmotreni u okviru apelantovih navoda o povredi člana 7. Evropske konvencije.

56. Ustavni sud smatra da apelantovi navodi o povredi jednakosti stranaka u postupku, adversarnosti postupka, kao i provedenih dokaza i njihove ocijene, te prema tome utvrđenog činjeničnog stanja, kao i obrazloženja i razloga koji su ponuđeni u osporenoj presudi, nisu osnovani, odnosno da u okolnostima konkretnog slučaja ne postoji ništa što bi uputilo na zaključak da krivični postupak protiv apelanta, sagledan u cjelini, nije bio pravičan.

57. Ustavni sud zaključuje da su apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije neosnovani.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

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

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

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

60. 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 je bila primjenjiva u vrijeme izvršenja krivičnog djela.

2. Ovaj član ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim načelima priznatim kod civiliziranih naroda .

61. U suštini, apelantovi navodi u ovom dijelu svode se na tvrdnju da je u njegovom slučaju trebalo primijeniti KZSFRJ iz 1976. godine, kao zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela za koje je proglašen krivim i koji je blaži za njega, a ne KZBiH iz 2003. godine, te da mu nije mogla biti izrečena kazna dugotrajnog zatvora jer je ta kazna novina u domaćem pravu i ne može se primjenjivati na događaje koji su vremenski prethodili stupanju na snagu zakona kojim je po prvi put propisana. U prilog ovih navoda apelant je ukazao na presudu Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv BiH*, odluke Ustavnog suda u predmetima za koje tvrdi da su slični njegovom, kao i na praksu Suda BiH, posebno izdvajajući predmet *Slavka Perića*, koji je prvostepenom presudom bio proglašen krivim za pomaganje u krivičnom djelu genocida po KZBiH iz 2003. godine, a drugostepenom presudom je proglašen krivim za isto krivično djelo ali po KZSFRJ iz 1976. godine.

62. U vezi s tim, Ustavni sud prije svega ukazuje da se radi o krivičnom djelu koje je, u odredbama KZBiH propisano u članu 171. u dijelu Glavi XVII - krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, odnosno koje je u odredbama KZSFRJ 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.

63. 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.

64. 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 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 aplikanata Abduladhim 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*).

65. 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 KZBiH 2003. godine, ali je evidentno da su ova djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu (stav 23. presude), 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. presude).

66. 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 KZBiH iz 2003. godine. Međutim, ukazano je da predmetne 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).

67. S tim u vezi, Ustavni sud ističe da je u svojoj najnovijoj praksi (vidi, pored ostalih, Odluku o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/08* od 27. septembra 2013. godine, u daljnjem tekstu: predmet *Damjanović* i Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 5161/10* od 23. januara 2014. godine, u daljnjem tekstu: predmet *Đukić*, dostupne na www.ustavnisud.ba), koja slijedi praksu Evropskog suda razrađenu u predmetu *Maktouf i Damjanović*, koji su također, kao i apelanti u citiranim predmetima Ustavnog suda, proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH, utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH, u situaciji kad je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZSFRJ, bila na štetu aplikanta/apelanta u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

68. 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 KZBiH 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).

69. U citiranim odlukama je dalje istaknuto da je definicija ratnih zločina za koje su aplikanti proglašeni krivim ista i u KZSFRJ, i u KZBiH, 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 KZBiH blaži za aplikante od KZSFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. 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 KZSFRJ. U predmetnoj odluci Evropski sud je dalje naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i u KZSFRJ i u KZBiH i da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanta bio blaže kažnjen da je primijenjen KZSFRJ. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao: *Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon (napomena: KZSFRJ) primijenjen u njihovim predmetima* (tačka 70).

70. Ustavni sud smatra da se ne može zauzeti općenit (apstraktan) stav koji od dva krivična zakona (misli se na KZSFRJ i KZBiH) predviđa „blažu“ ili „težu“ kaznu za ovo krivično djelo, te s tim u vezi, dalje, apstraktno zaključiti koji bi od navedena dva zakona trebalo 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 (KZSFRJ i KZBiH) 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*). Pri tome treba voditi računa o svim relevantnim pitanjima kao što je minimum i maksimum propisane kazne, uvjeti za ublažavanje kazne i drugo.

71. Ustavni sud ukazuje da je osporenom presudom apelant proglašen krivim i osuđen što je počinio krivično djelo genocida iz člana 171. KZBiH. Ustavni sud zapaža da je definicija krivičnog djela genocida ista u članu 141. KZSFRJ, koji je primjenjivan u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (dakle 1995. godine) i u članu 171. KZBiH, 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 KZBiH, u konačnici osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 24 godine.

72. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da KZBiH i KZSFRJ pružaju različit raspon kazni za krivično djelo genocida za koje je apelant proglašen krivim. Naime, prema KZSFRJ zapriječena kazna za predmetno krivično djelo 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 KZBiH zapriječena kazna je kazna zatvora u trajanju od 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Prvo, s aspekta minimuma propisane kazne, očigledno je da je taj minimum niži u KZSFRJ. Dalje, apelant je proglašen krivim da je krivično djelo genocida počinio kao pomagač. S tim u vezi Ustavni sud ukazuje

da i KZBiH i KZSFRJ propisuju da se pomagač u izvršenju krivičnog djela kažnjava kao da je i sam počinio krivično djelo, ali se njegova kazna može umanjiti. Pri tom, prema KZSFRJ kazna se mogla umanjiti do jedne godine zatvora, a prema KZBiH to je moguće do pet godina zatvora. Međutim, Ustavni sud ukazuje da je 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 i kao pomagaču 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.

73. Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH - Apelaciono odjeljenje apelanta osudilo na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 24 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. KZSFRJ 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 20 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 KZSFRJ mogla izreći kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina ili kazna zatvora u trajanju od 20 godina ili smrtna kazna.

74. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za predmetno krivično djelo propisana KZSFRJ, stroža od kazne dugotrajnog zatvora, koja je kao maksimalna kazna propisana KZBiH. 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 osporene odluke 17. juna

2013. godine nije postojala niti teorijska niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

75. Ustavni sud podsjeća da je pitanje statusa smrtne kazne već ranije razmatrano u Odluci Doma za ljudska prava za BiH *Sretko Damjanović protiv BiH broj CH/96/30* od 5. septembra 1997. godine. U ovoj odluci je, između ostalog, navedeno: "U razmatranju da li bi smaknuće kojim se prijete podnosiocu prijave bilo predviđeno u domaćem zakonu i u skladu s odredbama u svrhu člana 2. Protokola br. 6 na Konvenciju, Dom mora uzeti u obzir relevantne odredbe Ustava izloženog u Aneksu 4 na Opći Okvirni sporazum. U tom pogledu Dom zapaža da je po članu 2. Aneks II na Ustav, koji se bavi prelaznim aranžmanima, predviđeno da će važeći zakoni na dan stupanja na snagu Ustava ostati na snazi do mjere koja nije protivrječna Ustavu". Primjena smrtne kazne bi se stoga mogla samo smatrati propisanom u domaćem zakonu u obliku člana 141. ili 142. Krivičnog zakona ukoliko odredbe tih članova same „ne bi bile u neskladu s Ustavom“ (stav 34). Dalje, „tamo gdje jedan od sporazuma o ljudskim pravima nameće jasnu, preciznu i apsolutnu zabranu nekog pravca djelovanja, jedini način na koji se može sprovesti obaveza da se osobama osiguraju spomenuta prava bez diskriminacije je davanje snage zabrani. Stoga se zakoni koji idu suprotno od takve zabrane ne mogu smatrati u skladu s Ustavom i stoga se ne mogu posmatrati kao ispravna osnova u domaćem zakonu za bilo kakvu akciju koja po Evropskoj konvenciji mora biti legalna u domaćem zakonu. Stoga Dom smatra da članovi 141. i 142. Krivičnog zakona, utoliko što ovlašćuju primjenu smrtne kazne u doba mira, nisu u skladu s Ustavom i da pogubljenje kojim se prijete podnosiocu prijave zato ne bi bilo propisano domaćim zakonom u svrhu Protokola 6 na Evropsku konvenciju. Stoga bi to kršilo član 2. Protokola br. 6 iz istog razloga“ (stav 37).

76. 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 KZSFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38. stav 2. KZSFRJ propisano da "za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od 20 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 KZSFRJ) s kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno krivično djelo prema KZBiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZSFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZSFRJ apelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZBiH, izrečena kazna dugotrajnog zatvora u

trajanju od 24 godine, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. Evropske konvencije.

77. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je osporenim presudom Apelacionog vijeća Suda BiH došlo do povrede apelantovog ustavnog prava iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

78. Ustavni sud smatra da je s ciljem zaštite apelantovih ustavnih prava dovoljno ukinuti osporenu Presudu Apelacionog odjeljenja - Sud BiH broj S1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine i vratiti predmet tom sudu da donese novu odluku u skladu s članom 7. stav 1. Evropske konvencije, u odnosu na izricanja kazne.

79. Ustavni sud ukazuje da je apelant najprije proglašen krivim i izrečena mu je kazna zatvora Presudom Suda BiH - Odjeljenje I za ratne zločine broj S1 1 K 003442 09 Kri (X-KR-07/180-3) od 6. jula 2012. godine. Odlučujući o apelantovoj i žalbi Tužilaštva BiH, Apelaciono odjeljenje je Rješenjem broj S1 1 K 003442 12 Krž 8 od 16. novembra 2012. godine ukinulo prvostepenu presudu i odredilo održavanje glavnog pretresa pred ovim sudom. Slijedom navedenog, Apelaciono odjeljenje je donijelo Presudu broj S1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine koja je i bila predmet preispitivanja u postupku pred Ustavnim sudom, a po kojoj se apelant nalazi na izdržavanju izrečene kazne zatvora u trenutku donošenja odluke Ustavnog suda.

80. Ustavni sud ukazuje da je neosnovanim ocijenio apelantove navode u odnosu na član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije jer je zaključio da u konkretnom slučaju nema ništa što bi uputilo na zaključak da postupak donošenja osporene presude, sagledan u cjelini, nije bio pravičan. Ustavni sud je ocijenio osnovanim apelantove navode u odnosu na član II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i član 7. stav 1. Evropske konvencije, te u skladu s tim ukinuo osporenu presudu, s nalogom Sudu BiH da donese novu odluku kojom će utvrđena povreda biti otklonjena.

81. Ustavni sud ukazuje da ni u ovom slučaju, kao i u nizu predmeta iz novije prakse u kojim je utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije i ukinuo presude Suda BiH s nalogom da se donese nova odluka kojom će biti otklonjena utvrđena povreda, nije odlučivao o prekidu izdržavanja kazne zatvora i puštanju na slobodu apelanta, niti o proceduri po kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku. S obzirom da je u konkretnom slučaju prvostepena presuda ukinuta, da je apelant lišen slobode i upućen na izdržavanje kazne zatvora na osnovu osporene presude koja je sada ukinuta ovom odlukom Ustavnog suda samo u odnosu na primjenu člana 7. Evropske konvencije, o lišavanju slobode apelanta odlučivat će Tužilaštvo BiH i Sud BiH, u skladu sa svojim nadležnostima i relevantnim odredbama ZKPBH.

VIII. Zaključak

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

83. Ustavni sud zaključuje da nije prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, jer u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi uputilo na zaključak da su dovedeni u pitanje jednakost stranaka u postupku, da je sud svoju odluku zasnovao na dokazima na kojim je nije mogao zasnovati, kao i da je izostala brižljiva i savjesna ocjena dokaza na način koji bi doveo u pitanje utvrđeno činjenično stanje, te najzad da je sud propustio da obrazloži svoju odluku, odnosno da postupak sagledan u cjelini nije bio pravičan.

84. Na osnovu člana 61. st. 1, 2. i 3. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

85. Aneks ove odluke u smislu člana 41. Pravila Ustavnog suda čini izdvojeno mišljenje suprotno odluci potpredsjednice Seade Palavrić kojem se pridružuje sudija Mirsad Ćeman.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić

Izdvojeno mišljenje sutkinje Seade Palavrić o neslaganju sa Odlukom Ustavnog suda broj AP 4606/13 od 28. marta 2014. godine

U Odluci broj *AP 4606/13* od 28. marta 2014. godine Ustavni sud je, između ostalog, djelimično usvojio apelaciju; utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; ukinuo Presudu Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 1 K 003442 12 Kžk od 17. juna 2013. godine i predmet vratio Sudu Bosne i Hercegovine s nalogom da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu s članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te obavijesti Ustavni sud o poduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Uz dužno poštovanje većinskog odlučivanja, ja se ne mogu saglasiti s obrazloženjem i zaključkom u usvajajućem dijelu odluke Ustavnog suda.

Umjesto posebnog obrazloženja u nastavku se pozivam na izdvojeno mišljenje koje sam iznijela u odnosu na Odluku Ustavnog suda broj *AP 5161/10* od 23. januara 2014. godine, koje glasi:

Izdvojeno mišljenje sutkinje Seade Palavrić o neslaganju sa Odlukom Ustavnog suda broj AP 5161/10 od 23. januara 2014. godine

U Odluci Ustavnog suda broj *AP 5161/10* Ustavni sud Bosne i Hercegovine je:

Usvojio apelaciju, utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), ukinuo drugostepenu presudu Suda BiH i predmet vratio tome sudu sa nalogom da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu sa članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7. Evropske konvencije.

Uz dužno poštovanje većinskog odlučivanja, ne mogu se složiti sa obrazloženjem i zaključkom koji se odnose na usvajanje apelacije broj *AP 5161/10*.

Obrazloženje Ustavnog suda se može sažeti kako slijedi:

U relevantnom dijelu Ustavni sud se pozvao na svoju Odluku broj *AP 325/08* od 27. septembra 2013. godine, koju je donio slijedeći praksu Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović* u kojoj je taj sud utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH, kada su aplikanti proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH u situaciji kada je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZSFRJ, bila na štetu aplikantata/apelanata u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

Zatim je Ustavni sud ukazao na to da je u konkretnom slučaju osporenim presudama apelant proglašen krivim i osuđen zato što je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH. Ustavni sud zapaža da je definicija ratnog zločina protiv civilnog stanovništva ista u članu 142. KZSFRJ, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (dakle, 1995. godine) i u članu 173. KZBiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Iz navedenog 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 je ukazao da je apelant primjenom odredaba KZBiH, u konačnici, osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina.

Iznoseći razloge iz kojih je utvrdio povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, Ustavni sud je, između ostalog, ukazao da iz obrazloženja koja je iznio u odluci 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.

S obzirom na to da, dakle, nije bilo moguće apelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to, onda, maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantu prema KZSFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud je ukazao da je odredbama člana 38. stav 2. KZSFRJ propisano da "za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina". Prema 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. Upoređujući kaznu zatvora od 20 godina (kao maksimalnu kaznu za predmetno krivično djelo prema KZSFRJ) sa

kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno krivično djelo prema KZBiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZSFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, prema KZSFRJ, apelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZBiH, izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. Evropske konvencije.

Prema mome mišljenju,

Ustavni sud u svojoj odluci nije slijedio principe kojima se Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) rukovodio u odluci *Maktouf i Damjanović protiv BiH*.

Moji razlozi za neslaganje sa obrazloženjem i zaključcima Ustavnog suda u odnosu na Odluku broj AP 5161/10 su sljedeći:

- Prije svega, smatram da Ustavni sud, za razliku od Evropskog suda, uopće nije pridavao značaj činjenici **da je apelant, za razliku od aplikanata Maktoufa i Damjanovića, proglašen krivim za oduzimanje života, i to 71 života i oko 200 povrijeđenih**, a od te činjenice je, prema kriterijima Evropskog suda, zavisila ocjena težine zločina a time i zapriječene kazne u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Jer, i u slučaju *Maktouf i Damjanović* i u konkretnom riječ je o istom krivičnom djelu. Razlika je u tome što u predmetu *Maktouf i Damjanović* aplikanti nisu bili osuđeni pred domaćim sudovima za najteže oblike krivičnog djela zločin protiv civilnog stanovništva za koje je bila zapriječena smrtna kazna, već za blaži oblik tog krivičnog djela i o tome su svjedočile izrečene kazne koje su bile gotovo minimalne, dok je apelantu izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, što spada u najstrožu kaznu koja je propisana 2003. godine nakon što više u Bosni i Hercegovini nije mogla biti izrečena smrtna kazna, dakle, kao zamjena za smrtnu kaznu.
- Zatim, Ustavni sud je do blaže kazne došao upoređujući kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina koja je zapriječena prema KZBiH iz 2003. godine sa kaznom zatvora od 20 godina prema KZSFRJ iz 1976. godine koja se mogla izreći kao zamjena za smrtnu kaznu umjesto sa smrtnom kaznom.
- Smatram, međutim, da član 7. Evropske konvencije ne treba tako razumijevati, niti tumačiti, niti da je Evropski sud član 7. tumačio i primijenio na ovakav način. Navedeni član, bez sumnje, insistira da kazna koja se izriče ne bude teža od kazne koja je **bila primjenjiva** u vrijeme učinjenja krivičnog djela. Pri tome nema izuzetaka ni kada je riječ o učinocima krivičnih djela ratnih zločina. Međutim, smatram da Ustavni sud, tražeći blažu kaznu za apelanta, nije mogao kaznu dugotrajnog zatvora upoređivati sa kaznom od 20 godina zatvora,

već sa smrtnom kaznom koja je u vrijeme učinjenja ratnog zločina za koji je apelant proglašen odgovornim bila primjenjiva, bez obzira na to što se smrtna kazna u vrijeme suđenja više nije mogla izreći. Član 7. Evropske konvencije jasno insistira da se učinilac krivičnog djela ne može teže kazniti u odnosu na kaznu koja je u vrijeme učinjenja krivičnog djela bila primjenjiva, a ne u odnosu na kaznu koja se u vrijeme suđenja više ne može izreći.

- Štaviše, čini se da je Ustavni sud izgubio iz vida da razmatra konkretnu apelaciju u kojoj je osporenim odlukama Suda BiH apelantu izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina a ne 45 godina, pa je izrečenu a ne maksimalno zapriječenu kaznu trebalo upoređivati sa smrtnom kaznom. Također, smatram da je čak i kazna doživotnog zatvora (u slučaju da je i bila propisana KZBiH iz 2003. godine) blaža u odnosu na smrtnu kaznu koja je bila zapriječena i primjenjiva u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a pogotovo je blaža kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina kakva je u konkretnom slučaju izrečena apelantu.
- Budući da je odlučivao o konkretnoj apelaciji, smatram da je Ustavni sud morao imati u vidu obrazloženje osporene prvostepene presude u kojoj je, između ostalog, istaknuto kako primjenu KZBiH iz 2003. godine dodatno opravdava činjenica da je kazna propisana KZBiH, u svakom slučaju, blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, čime je zadovoljen kriterij vremenskog važenja krivičnog zakona, odnosno primjena zakona koji je blaži za učinioca, kao i obrazloženje drugostepene presude, izneseno u tač.142. i 143. te presude, gdje je Sud BiH istakao da je, ispitujući odluku o kazni u okviru istaknutih žalbenih navoda Tužilaštva i u smislu odredbe člana 308. ZKPBiH, ocijenio da je prvostepeno vijeće pravilno odmjerilo kaznu imajući u vidu sve subjektivne i objektivne okolnosti koje se odnose na krivično djelo i njegovog učinioca, koje izrečenu kaznu čine adekvatnom s obzirom na stepen apelantove krivice, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu povrede zaštićenog dobra, kao i apelantove lične prilike, te zaključio da je izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina pravilno odmjerena i da će se izrečenom kaznom postići svrha kažnjavanja predviđena odredbom člana 39. KZBiH, koja zahtijeva da se izrazi osuda učinjenog krivičnog djela; da se na učinioca utječe da ubuduće ne čini krivična djela; da se utječe na ostale da ne čine krivična djela (individualna i generalna prevencija), a posebno da se utječe na svijest građana o štetnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja; da je potrebno imati u vidu da zaštitni objekt ovih krivičnih djela čine univerzalne ljudske vrijednosti, dobra koja su uvjet i osnov za zajedničko i humano postojanje, čije kršenje predstavlja teške povrede normi međunarodnog prava, o čijoj ozbiljnosti i težini govori činjenica da ova djela ne podliježu zastarijevanju.

- Pored navedenog, ovakvim postupanjem, tj. upoređivanjem kazne dugotrajnog zatvora sa kaznom zatvora u trajanju od 20 godina a ne sa smrtnom kaznom, Ustavni sud je doveo do situacije da pod isti raspon kazni budu podvedeni počinioci ratnih zločina koji nisu proglašeni odgovornim za gubitke ljudskih života i druge „lakše“ ratne zločine sa počiniocima ratnih zločina koji su proglašeni krivim za gubitak više desetina ljudskih života i druge najteže ratne zločine, pa čak i do blažeg kažnjavanja za ratni zločin nego za „obično“ ubistvo.
- Na kraju, čini se iluzornim kada Ustavni sud kaže da pitanje blažeg zakona nije ocjenjivao *in abstracto*, jer je činjenica da je to *de facto* učinjeno u svim slučajevima u kojima je isto krivično djelo bilo propisano i KZSFRJ iz 1976. godine i KZBiH iz 2003. godine. Proizlazi da će se u svim takvim slučajevima kao blaži za učinioa primijeniti KZSFRJ. Stoga se, prema mome mišljenju, za zločin koji predstavlja kršenje međunarodnog humanitarnog prava za koji je oduvijek bilo propisano da ne zastarijeva i da se najstrože kažnjava – za koji je prema KZSFRJ iz 1976. godine zapriječena kazna bila smrtna kazna, a prema KZBiH iz 2003. godine kazna dugotrajnog zatvora - gubi i sama svrha kažnjavanja, odnosno da će svrha kažnjavanja biti ostvarena samo prema učiniocima ratnih zločina kojima se sudi pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju, ili su, s druge strane, osobe kojima se sudi pred tim sudom u znatno nepovoljnijem položaju od osoba kojima se za iste zločine sudi pred Sudom BiH.

Slijedi da ja apsolutno nisam u mogućnosti da se saglasim sa zaključkom koji je usvojila većina Ustavnog suda u vezi sa ovim pitanjem. Uz dužno poštovanje, ovom prilikom izražavam svoje neslaganje.

Sarajevo, 9. aprila 2014. godine

Sutkinja Palavrić, v.r.

Pridružujem se izdvojenom mišljenju sutkinje Palavrić.

Sudija Mirsad Ćeman