

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 503/09**, rješavajući apelaciju **Nikole Andruna**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 59. stav 2. alineja 2, člana 61. st. 1. i 2. i člana 64. stav 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 60/05, 64/08 i 51/09), u sastavu:

Valerija Galić, predsjednica

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mirsad Ćeman, sudija

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 22. oktobra 2013. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **Nikole Andruna**.

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

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-05/42 od 19. augusta 2008. godine.

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

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

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Nikola Andrun (u daljnjem tekstu: apelant), kojeg zastupaju Krešimir Zubak i Dražen Zubak, advokati iz Sarajeva, podnio je 19. februara 2009. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) apelaciju protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj X-KRŽ-05/42 od 19. augusta 2008. godine. Apelant je 18. septembra 2009. godine, 8. maja 2012. godine i 6. augusta 2013. godine dopunio podnesenu apelaciju. U dopuni apelacije od 6. augusta 2013. godine apelant je istakao da „ulaže dopunu apelacije usljed donošenja odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu aplikantata Damjanovića i Maktoufa“.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo) zatraženo je 22. maja 2009. godine da dostave odgovore na apelaciju.

3. Sud BiH je dostavio odgovor na apelaciju 11. juna 2009. godine, a Tužilaštvo 10. juna 2009. godine.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovor na apelaciju dostavljen je apelantovom opunomoćeniku 1. jula 2009. godine.

III. Činjenično stanje

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

6. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/42 od 14. decembra 2006. godine apelant je proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 29. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZBiH), jer je za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini, u vrijeme oružanog sukoba između HVO-a i Armije RBiH, kršeći pravila međunarodnog prava, mučio i učestvovao u mučenju zatočenih civila, učestvovao u ubistvu zatočenih civila, mučio i učestvovao u mučenju zatočenih civila i nečovječno postupao prema njima. Apelant je navedenom presudom osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 13 godina.

7. Rješenjem Apelacionog vijeća Suda BiH broj X-KRŽ-05/42 od 20. augusta 2007. godine uvažene su žalbe Tužilaštva i apelantovih branilaca, pa je Presuda Suda BiH broj X-KR-05/42 od 14. decembra 2006. godine ukinuta i određeno je održavanje pretresa pred vijećem Apelacionog odjeljenja Suda BiH.

8. Presudom Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj X-KRŽ-05/42 od 19. augusta 2008. godine, nakon održanog pretresa, apelant je proglašen krivim po 12 tačaka optužnice, jer je u periodu od juna do septembra 1993. godine, tokom rata u Bosni i Hercegovini u vrijeme oružanog sukoba između HVO-a i Armije RbiH, u logoru «Gabela», općina Čapljina, kao zamjenik upravnika logora, postupao suprotno odredbi člana 3. stav 1. tač. a) i c) Ženevske konvencije o zaštiti civilnih lica za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, čime je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH u vezi sa članom 29. KZBiH. Za navedeno krivično djelo, koje je izvršeno učestvovanjem u mučenju (šest tačaka izreke), mučenjem (tri tačke izreke), učestvovanjem u ubistvu (dvije tačke izreke) i nečovječnim postupanjem (jedna tačka izreke), apelant je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina. Nasuprot tome, apelant je primjenom načela *in dubio pro reo* oslobođen za 13. tačku optužnice, i to za nečovječno postupanje i učestvovanje u nečovječnom postupanju, čime bi, radnjama opisanim u toj tački optužnice, počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva.

9. U obrazloženju presude je navedeno da je optužnicom Tužilaštva broj KT-RZ-28/05 od 21. aprila 2006. godine, izmijenjenom 11. decembra 2006. godine i 12. augusta 2008. godine, apelantu stavljeno na teret da je radnjama opisanim u tač. od 1 do 13 optužnice počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH u vezi sa članom 180. stav 1. i članom 29. KZBiH. Tokom dokaznog postupka Apelaciono vijeće Suda BiH je donijelo odluku o prihvatanju svih materijalnih dokaza koji su izvedeni i prihvaćeni u prvostepenom postupku, te su na taj način prihvaćeni dokazi Tužilaštva, materijalni dokazi odbrane i dokazi koji su sačinjeni prilikom uviđaja o identifikaciji lica mjesta na području općine Čapljina – bivši logor «Gabela» (zapisnik Državne agencije za istrage i zaštitu - SIPA).

10. Ocjenom svih provedenih dokaza, pojedinačno i u međusobnoj vezi, Apelaciono vijeće Suda BiH je donijelo presudu kojom je apelant proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz odredbe člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH, koja glasi *ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini koje od ovih djela: c) ubijanja, namjernog nanošenja osobi snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenje), nečovječnog postupanja, biološkog, medicinskog ili drugog znanstvenog eksperimenta, uzimanja tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenje velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja; kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora*. Sud BiH je, obrazlažući presudu, krenuo od općih elemenata navedenog krivičnog djela i neophodnosti da radnje izvršenja djela predstavljaju kršenje pravila međunarodnog prava, što ukazuje na blanketni karakter krivičnog djela. Na osnovu izvedenih dokaza Sud BiH je utvrdio da su svi zatočnici iz logora «Gabela», dakle i oštećeni iz izreke presude, bili lica zaštićena Ženevskom konvencijom o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata, te da su bili lišeni slobode kao civili.

11. Sljedeći element krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva jeste da se kršenje međunarodnih pravila mora odvijati za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije. Pri tome nije bitno da li se kršenje desilo u kontekstu međunarodnog ili unutrašnjeg oružanog sukoba, budući da se međunarodno pravo direktno primjenjuje u punoj mjeri. Postojanje oružanog sukoba kao jednog od općih elemenata ovog krivičnog djela Sud BiH je utvrdio na osnovu materijalnih dokaza u spisu (Odluka o proglašenju ratnog stanja, Odluka o prestanku ratnog stanja itd...). U postupku je, također, nesporno utvrđeno postojanje činjenica oružanog sukoba između jedinica Armije RBiH i HVO-a u toku druge polovine 1993. godine na prostoru općina Čapljina i Stolac, koji je okončan 23. februara 1994. godine potpisivanjem Mirovnog sporazuma u Zagrebu.

12. Navedeno je da je razmatranje apelantovog statusa u inkriminiranom periodu za Sud BiH značajno sa aspekta uvjeta neophodnog za egzistenciju krivičnog djela a to je da djelo počinioca mora biti u vezi sa ratom, oružanim sukobom ili okupacijom. S tim u vezi, bilo je neophodno utvrditi apelantov status u vrijeme počinjenja krivičnog djela, odnosno u vrijeme trajanja oružanog sukoba između Armije RBiH i HVO-a. Na osnovu provedenih dokaza je utvrđeno da je na području općina Stolac i Čapljina u kasarni bivše JNA osnovan Okružni vojni zatvor u mjestu Gabela, koji je u vrijeme izvršenja djela predstavljao logor, sastavljen od četiri hangara u kojima su bili zatočeni Bošnjaci civili (u svakom od hangara bilo je 500-600 Bošnjaka). Iz iskaza saslušanih svjedoka i materijalnih dokaza u spisu Sud BiH je utvrdio činjenice u pogledu izgleda logora u kojem su ljudi bili lišeni slobode i nad kojima se vršilo nasilje. U pogledu apelantove uloge u logoru «Gabela» za vrijeme oružanog sukoba na području općina Čapljina i Stolac u inkriminirano vrijeme, odbrana je bila na stanovištu da je

apelant bio «obični» stražar. Međutim, na osnovu izvedenih dokaza pouzdano je donesen zaključak da je apelant imao status zamjenika upravnika logora.

13. U odnosu na dvije tačke optužnice prema kojima se apelant tereti za učestvovanje u ubistvima, i to u odnosu na zatočenike Mirsada Žuju i Hivziju Dizdara, Sud BiH je istakao da je na osnovu izvedenih dokaza, saslušanjem velikog broja svjedoka, došao do nedvojbenog zaključka da je apelant počinio ova inkriminirana djela, odnosno da je svjesno i voljno preduzeo radnje koje predstavljaju radnje saizvršilaštva u ubistvu ovih zatočenika.

14. Prilikom utvrđivanja krivične odgovornosti za radnje izvršilaštva ili saizvršilaštva u mučenju zatočenika logora „Gabela“ Sud BiH je imao u vidu norme međunarodnog prava i praksu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) prema kojoj je definicija „mučenja“ propisana u članu 1. Konvencije Ujedinjenih naroda o mučenju iz 1984. godine i koja označava bilo koju radnju kojom se težak bol ili patnja, bilo tjelesni ili duševni, namjerno nanose određenom licu radi dobijanja od tog ili trećeg lica informacija ili priznanja, kažnjavanja tog lica zbog djela koje je počinilo ono ili treće lice, ili se sumnja da su ga počinili, ili zastrašivanja ili prinude tog lica ili drugih lica, ili iz bilo kojeg drugog razloga zasnovanog na diskriminaciji bilo koje vrste, kada takav bol ili patnju nanosi ili na poticaj ili uz saglasnost ili pristanak službenog lica ili nekog drugog lica koje djeluje u službenom svojstvu. Sud BiH je, obrazlažući presudu u ovom dijelu, pojedinačno analizirajući svaku od tačaka izreke presude, utvrđivao bitne elemente mučenja koji su navedeni u definiciji mučenja, te je utvrdio da je apelant radnjama opisanim u tač. 1, 7. i 9. izreke presude počinio radnje mučenja. Mučenje se ogledalo u tome što je apelant svjesno i voljno zatočenicima nanosio teške tjelesne povrede, i to na izrazito surov način, čime im je prouzrokovao jaku fizičku i psihičku bol i patnju.

15. U pogledu radnji koji se tiču učestvovanja u mučenju (tač. 2, 4, 5, 8, 10, 11. izreke presude), Apelaciono vijeće Suda BiH je utvrdilo da je apelant, izvođenjem zatočenika iz hangara i posmatranjem svega kroz šta su oni prolazili, ne preduzimajući ništa da to spriječi, a kao zamjenik upravnika logora, pristao na moguće posljedice po život i zdravlje zatočenika.

16. Tačkom 12. izreke presude apelant je proglašen krivim za nečovječno postupanje, jer je grupu Bošnjaka koji su držani u istražnom dijelu, u prostoriji zvanoj samica, u zgradi uprave, u dva navrata sklanjao u logor «Silos» s ciljem da onemogući da ih evidentiraju radnici Međunarodnog komiteta Crvenog križa, zbog čega su zatočenici trpjeli snažnu psihičku bol. Navedene apelantove radnje su, kako je ocijenilo Apelaciono vijeće, pouzdano dokazane, budući da su se na te okolnosti izjasnili gotovo svi zatočenici. Iz odredbe Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju proizlazi da je „nečovječno postupanje“ teška povreda Ženevskih konvencija iz 1949. godine.

17. Imajući u vidu sve navedeno, Apelaciono vijeće Suda BiH u obrazloženju presude je navelo da je cilj djela koja je apelant počinio bio teško lišavanje osnovnih prava kao što su pravo na život, slobodu i sigurnost, što je u suprotnosti kako sa domaćim zakonodavstvom, tako i sa međunarodnim pravom. Na osnovu iskaza svjedoka, koje je Vijeće ocijenilo kredibilnim i konzistentnim, jasno je da su žrtve ubistava, premlaćivanja, vrijeđanja i omalovažavanja koje je apelant počinio bili zatočeni muškarci Bošnjaci, sve s namjerom da se prikupe informacije i da se oni kazne. Vijeće je, kako je zaključeno, izvan razumne sumnje utvrdilo da su se u apelantovim radnjama stekla sva bitna obilježja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH u vezi sa članom 29. KZBiH za koje ga je proglasilo krivim.

18. U vezi sa primjenom materijalnog zakona u konkretnom predmetu, za Sud BiH su relevantna dva zakonska načela. Prvo je načelo zakonitosti (prema kojem nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim propisom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna, član 3. KZBiH) i, drugo, načelo vremenskog važenja krivičnog zakona (prema kojem se na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja djela zakon promijenio jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca (član 4. KZBiH). Načelo zakonitosti je propisano i odredbom člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), kao i članom 15. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

19. S tim u vezi, Sud BiH je utvrdio da je u odnosu na saizvršilaštvo, odnosno saizvršilačke apelantove radnje KZBiH kao zakon koji je važio u vrijeme suđenja povoljniji za apelanta, što jasno proizlazi iz odredbe člana 29. KZBiH, koji je ovaj institut definirao restriktivnije nego Krivični zakon Socijalističke federativne republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: KZSFRJ).

20. U vezi s propisanim kaznom Sud BiH, također, smatra da je KZBiH blaži za apelanta u odnosu na KZSFRJ, koji je, isto tako, propisivao navedeno krivično djelo. Naime, KZSFRJ je, također, propisivao krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva (član 142) koji je važio u vrijeme kad je krivično djelo počinjeno. Međutim, prema tom zakonu, bila je zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili smrtna kazna, a za isto djelo, prema važećem KZBiH, zapriječena kazna je najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Nakon izvršene komparacije spomenutih kazni Sud je došao do zaključka da je zapriječena kazna prema KZBiH u svakom slučaju blaža od ranije propisane prema KZSFRJ, bez obzira na to što je tim zakonom donja granica visine kazne bila pet godina. Ovo zbog toga što je, prema međunarodnom običajnom pravu, uspostavljeno da je smrtna kazna u svakom slučaju strožija kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako, prema običajnom pravu,

apsolutno pravo osumnjičenog je da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona. Uz navedeno, Sud BiH je istakao da se kazna koja je u konkretnom slučaju izrečena apelantu nije kretala u okviru koji je bliži donjoj granici kazne propisane u KZBiH (deset godina) za predmetno krivično djelo u kom slučaju bi izuzetno, kao blaži zakon, mogao biti primijenjen KZSFRJ. Osim toga, kako je dalje obrazloženo, apelant je neke od radnji za koje mu je izrečena osuđujuća presuda preduzeo kao izvršilac, a neke kao saizvršilac u kom pogledu su, zatim, navedene definicije saizvršilaštva koje je propisivao KZSFRJ i kako je propisano u KZBiH, koji je primijenjen u konkretnom slučaju. S tim u vezi, Sud BiH je naveo da postoji bitna razlika između zakonskih definicija prema ovim zakonima i da je pojam „saizvršilaštva“ prema KZBiH dat uže (učestće koje ne predstavlja radnju izvršenja ograničeno je na one koji doprinose na odlučujući način u ostvarenju krivičnog djela) i stoga ga je teže dokazati, a prema KZSFRJ zahtijevalo se utvrđenje općeg doprinosa zajedničkoj posljedici djela. Budući da je Tužilaštvo uspješno dokazalo apelantovu krivičnu odgovornost za radnje saizvršilaštva po osam tačaka izreke presude, proizlazi da je KZBiH i u ovom pogledu blaži za učinioca u odnosu na KZSFRJ.

21. Prilikom odlučivanja o kazni Apelaciono vijeće se rukovalo općim pravilima za odmjeravanje kazne sadržanim u odredbi člana 48. KZBiH, kao i svrhom kažnjavanja propisanom u članu 39. KZBiH, pa je smatralo da će se kaznom zatvora u trajanju od 18 godina u cijelosti ostvariti svrha kažnjavanja, imajući pritom u vidu stepen apelantove krivične odgovornosti i težinu posljedica koje su nastupile. Posebno je uzeta u obzir vrsta krivičnog djela i zaštitni objekt, zatim, činjenica da je apelant imao funkciju zamjenika upravnika logora, da je izvršilac i saizvršilac inkriminiranih radnji, brojnost djela i nepotrebna okrutnost koju je apelant pokazao, čime je njegovo ponašanje bilo ne samo nezakonito nego i potpuno ljudski neprihvatljivo. Od olakšavajućih okolnosti ocijenjeno je to što apelant ima porodicu i njegovo korektno držanje pred sudom.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

22. Apelant smatra da mu je osporenom presudom povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, kao i pravo iz člana 7. Evropske konvencije. Apelant je ukazao da je prvostepenom presudom Suda BiH bio oslobođen krivice za šest tačaka optužnice (1, 3, 6, 7, 8. i 10), a u drugostepenom postupku za iste tačke je proglašen krivim. S tim u vezi apelant je istakao obavezu suda da u obrazloženju svoje odluke navede jasne i razumljive razloge na kojima zasniva presudu, pa je istakao povredu principa *in dubio pro reo*. Neke dokaze je, kako apelant ističe, drugostepeni sud ocijenio proizvoljno, u skladu sa vlastitim subjektivnim ubjeđenjima, čime se otvorilo pitanje njegove nepristrasnosti. Apelant smatra da je

nedovoljno da obrazloženje počiva na subjektivnom ubjedenju suda da je optuženi počinio krivično djelo, jer načelo slobodne procjene dokaza ne predstavlja apsolutnu slobodu. S tim u vezi apelant je ukazao na očitu disproportionalnost prilikom ocjene dokaza koju je na njegovu štetu učinio drugostepeni sud, jer je dokazima odbrane poklonio minoran značaj. Smatra, također, da se drugostepeni sud u okviru definiranja pojma mučenje, koji se od sličnih krivičnih djela razlikuje po stepenu težine bola ili patnje, kao i namjere da se žrtvi nanese teška tjelesna ili duševna bol, nije uopće bavio postojanjem ovakve namjere kod apelanta. Njegovo učešće u ovom krivičnom djelu, kako je dalje navedeno u apelaciji, označeno je kao „učestvovanje“ koje se sastoji u njegovom prisustvu koje je djelovalo ohrabrujuće na direktne izvršioce krivičnih radnji, odnosno koje se bazira na njegovoj dužnosti da spriječi bilo kakvo kažnjivo ponašanje prema zatočenicima logora. S tim u vezi je istakao da nije napravljena razlika između saizvršioca i pomagača koja postoji u međunarodnom pravu. Smatra da je Tužilaštvo u konkretnom predmetu imalo obavezu da dokaže da je njegovo prisustvo u svakom konkretnom slučaju imalo značajan efekat na ohrabivanje direktnih izvršilaca kažnjivih radnji i da je u svakom konkretnom slučaju postojala „potrebna namjera“. Sudsko vijeće je, umjesto toga, smatralo da je dovoljno pozvati se na funkciju koju je apelant obavljao u logoru «Gabela» iako u tom pravcu nema niti jednog pisanog dokaza.

23. U pogledu dijela obrazloženja koji se tiče saizvršilaštva u ubistvu, apelant smatra da je Sud BiH propustio da obrazloži postojanje subjektivnog elementa, te da je morao mnogo detaljnije obrazložiti na temelju čega je došao do zaključka da je apelant uopće znao kakva će biti sudbina lica koja su izvedena iz hangara a zatim ubijena, te na osnovu čega je izvan svake razumne sumnje utvrdio da je upravo apelant bio prisutan kada su se ubistva dogodila. Također, u pogledu tačaka optužnice za koje je u prvostepenom postupku apelant bio oslobođen primjenom principa *in dubio pro reo*, drugostepeni sud je bio obavezan da da mnogo iscrpnije obrazloženje od pukog pozivanja na dosljednost i upečatljivost dokaza. Apelant je, također, u pogledu primijenjenog krivičnog zakona istakao da je KZBiH blaži samo na prvi pogled, jer ne propisuje smrtnu kaznu. Međutim, smrtna kazna je ukinuta stupanjem na snagu Ustava FBiH 1994. godine, što je potvrđeno Ustavom BiH 1995. godine.

24. S tim u vezi istakao je da sud mora izvršiti poređenje zapriječenih zakonskih minimuma kazne zatvora za isto krivično djelo i utvrditi koji je povoljniji za počinioca, što je Sud BiH u njegovom predmetu propustio da učini, čime je povrijeđen član 7. Evropske konvencije. Naime, KZSFRJ, koji je preuzet 1992. godine, propisivao je minimalnu zatvorsku kaznu u trajanju od pet godina, a primijenjeni KZBiH kao zakonski minimum propisuje deset godina.

25. U dopuni apelacije od 6. augusta 2013. godine apelant je ponovo ukazao na kršenje odredbe člana 7. Evropske konvencije, ističući da je Evropski sud za ljudska prava u predmetu aplikanata Damjanovića i Maktoufa donio presudu 18. jula 2013. godine kojom su njihove aplikacije uvažene i utvrđeno da je Sud BiH prekršio prava zagwarantirana članom 7. Evropske konvencije. Evropski sud je, naime, utvrdio, kako je dalje navedeno, da je definicija ratnih zločina bila ista u KZSFRJ iz 1976. godine koji je bio primjenjiv u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela, kao i u KZBiH iz 2003. godine koji je retroaktivno primijenjen u predmetnim slučajevima.

b) Odgovor na apelaciju

26. U odgovoru na apelaciju Sud BiH je naveo da je Apelaciono vijeće Suda BiH dalo jasne i razumljive razloge prilikom donošenja osuđujuće presude protiv apelanta, a presuda predstavlja rezultat logičke i psihološke ocjene dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, pri čemu je Vijeće vodilo računa o njihovoj zakonitosti, kao i načelu slobodne ocjene dokaza. Posebno je naglašeno da su ocijenjeni relevantni dokazi koji su bili nužni za donošenje presude a ostali, kojima se sud nije pojedinačno bavio, nisu zanemareni, već su ocijenjeni u vezi sa svim ostalim dokazima. Što se tiče navodnih kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, navedeno je da je u pogledu primjene blažeg zakona iscrpno obrazloženje navedeno u presudi, te da je KZBiH blaži za apelanta po dva osnova. Prvi osnov je u tome što KZBiH uže definiše odgovornost saizvršilaca i zahtijeva dokazivanje odlučujućeg doprinosa u izvršenju krivičnog djela, KZSFRJ zahtijeva utvrđivanje općeg doprinosa zajedničkoj posljedici djela. Drugi osnov se ogleda u činjenici što je kazna koja je propisana za predmetno krivično djelo blaža po apelanta. Predloženo je da se apelacija odbije kao neosnovana.

27. Tužilaštvo u odgovoru na apelaciju ističe da se navodne povrede iz člana 6. Evropske konvencije vezuju za obrazloženje i zaključke osporene presude za koje apelant smatra da su izvedeni na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Apelacija sadržajno, prema ocjeni Tužilaštva, podsjeća na žalbu protiv presude u kojoj se analizira tačka po tačka presude s prijedlogom da Ustavni sud ponovo procjenjuje činjenice i dokaze, što nije zadatak Ustavnog suda. Dalje, Tužilaštvo smatra da je Sud BiH jasno i nedvosmisleno utvrdio i obrazložio postojanje osnova za svaku tačku izreke presude kako u osuđujućem, tako i u oslobađajućem dijelu presude. Imajući u vidu da su svi svjedoci u konkretnom predmetu javno dali svoj iskaz i da je odbrana imala razumnu mogućnost da izvodi svoje dokaze kojima osporava vjerodostojnost ili kredibilitet njihovih iskaza, Tužilaštvo smatra da nije došlo do kršenja prava na pravično suđenje a osporena presuda u potpunosti odražava principe ljudskih prava.

V. Relevantni propisi

28. Krivični zakon Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06 i 55/06) u relevantnom dijelu glasi:

Član 3.

Načelo zakonitosti

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

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

Član 4.

Vremensko važenje Krivičnog zakona

(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.

Član 4.a.

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

Član 29.

Saučesništvo

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

Član 42.

Kazna zatvora

(1) Kazna zatvora ne može biti kraća od trideset dana ni duža od dvadeset godina.

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

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

(4) Kazna dugotrajnog zatvora ne može se izreći učinitelju koji u vrijeme učinjenja krivičnog djela nije navršio dvadesetjednu godinu života.

(5) Pod uvjetima propisanim glavom X (Pravila o odgojnim preporukama, odgojnim mjerama i o kažnjavanju maloljetnika) ovog zakona može se izreći kazna maloljetničkog zatvora. Kazna maloljetničkog zatvora je po svojoj svrsi, prirodi, trajanju i načinu izvršenja posebna kazna lišenja slobode.

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

(7) Ako je izrečena kazna dugotrajnog zatvora, amnestija i pomilovanje mogu se dati tek nakon izdržanih tri petine te kazne.

Glava XVII - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom

Član 173.

Ratni zločin protiv civilnog stanovništva

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

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

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

29. **Krivični zakon SFRJ** («Službeni list SFRJ» br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90) u relevantnom dijelu glasi:

Smrtna kazna

Član 37.

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.

3. Smrtna kazna ne može se izreći licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo osamnaest godina, niti bremenitoj ženi.

4. *Punoljetnom licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo dvadeset jednu godinu smrtna kazna može se izreći, pod uslovom iz stava 2. ovog člana, samo za krivična djela protiv osnova socijalističkog samoupravnog društvenog uređenja i bezbjednosti SFRJ, za krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava i za krivična djela protiv oružanih snaga SFRJ.*

5. *Smrtna kazna izvršava se streljanjem, bez prisustva javnosti.*

Član 38. st. 1, 2. i 3.

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

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

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

Glava XVI - Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava

(Napomena: obuhvatala, između ostalih, sljedeća krivična djela: član 141. genocid; član 142. ratni zločin protiv civilnog stanovništva; član 143. ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika; član 144. ratni zločin protiv ratnih zarobljenika; član 145. organiziranje grupe i podsticanje na izvršenje genocida i ratnih zločina; član 146. protivpravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja; član 147. protivpravno oduzimanje stvari od ubijenih i ranjenih na bojištima; član 154. rasna i druga diskriminacija; član 155. zasnivanje ropskog odnosa i prijevoz lica u ropskom odnosu)

Član 142.

Ratni zločin protiv civilnog stanovništva

(1) Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi da se izvrši napad na civilno stanovništvo, naselje, pojedina civilna lica ili lica onesposobljena za borbu, koji je imao za posljedicu smrt, tešku tjelesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja ljudi; napad bez izbora cilja kojim se pogađa civilno stanovništvo; da se prema civilnom stanovništvu vrše ubistva, mučenja, nečovječna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenja velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja; raseljavanje ili preseljavanje ili prisilno odnarodnjavanje ili prevođenje na drugu vjeru; prisiljavanje na prostituciju ili silovanje; primjenjivanje mjera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protivzakonito

odvođenje u koncentracione logore i druga protivzakonita zatvaranja, lišavanje prava na pravilno i nepristrano suđenje; prisiljavanje na službu u oružanim snagama neprijateljske sile ili u njezinoj obavještajnoj službi ili administraciji; prisiljavanje na prinudni rad, izgladnjivanje stanovništva, konfiskacija imovine, pljačkanje imovine stanovništva, protivzakonito i samovoljno uništavanje ili prisvajanje u velikim razmjerima imovine koje nije opravdano vojnim potrebama, uzimanje nezakonite i nerazmjerno velike kontribucije i rekvizicije, smanjenje vrijednosti domaćeg novca ili protivzakonito izdavanje novca, ili ko izvrši neko od navedenih djela,

kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

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

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

kaznit će se zatvorom najmanje pet godina.

VI. Dopustivost

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

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

32. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-05/42 od 19. augusta 2008. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 25. decembra 2008. godine, a apelacija je podnesena 19. februara 2009. godine, dakle, u roku od 60 dana kako je propisano članom

16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

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

VII. Meritum

34. Apelant je osporio presudu Suda BiH, ističući da mu je tom presudom povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije i da je na njegovu štetu prekršeno pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

35. U vezi sa apelacionim navodima Ustavni sud smatra cjelishodnim prvo ispitati apelantove navode vezane za kršenje člana 7. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

36. Član 7. Evropske konvencije glasi:

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

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

37. Iz navoda apelacije proizlazi apelantova tvrdnja da je u konkretnom krivičnom postupku koji se protiv njega vodio kažnjen na osnovu odredaba KZBiH koji je za njega nepovoljniji i strožiji, umjesto prema odredbama KZSFRJ koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je za njega blaži i povoljniji. U dopuni apelacije od 6. augusta 2013. godine apelant je ukazao na odluku Evropskog suda u predmetu *Damjanović i Maktouf* u kojoj je utvrđena povreda člana 7. Evropske konvencije.

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

sagledati s više aspekata i odgovoriti na osnovni apelacioni navod u pogledu primjene „blažeg“ zakona.

39. S tim u vezi zadatak Ustavnog suda je da podsjeti na svoju raniju jurisprudenciju, zatim, na odluku Evropskog suda u predmetu Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića (vidi, Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine, u daljnjem tekstu: *Maktouf i Damjanović*) i odluku koju je Ustavni sud donio nakon odluke *Maktouf i Damjanović* u predmetu Zorana Damjanovića (vidi, Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/07* od 27. septembra 2013. godine, do objave dostupna na www.ustavnisud.ba, u daljnjem tekstu: *Z. Damjanović*).

40. Odgovarajući na postavljeno pitanje, Ustavni sud podsjeća da je „primjena blažeg zakona“ u okviru ratnih zločina bila predmet razmatranja Ustavnog suda u predmetima broj *AP 1785/06* od 20. marta 2007. godine (Odluka o dopustivosti i meritumu, „Službeni glasnik BiH“ broj 57/07, u daljnjem tekstu: *Maktouf*) i broj *AP 519/07* od 29. januara 2010. godine (Odluka o dopustivosti i meritumu, „Službeni glasnik BiH“ broj 20/10, u daljnjem tekstu: *Samardžić*). U navedenim predmetima Ustavni sud je naglasio da „prihvata tumačenje člana 7. Evropske konvencije na način kako ga je tumačio Evropski sud i ukazao na neophodnost da se zahtijeva kvalitet, pristupačnost i predvidivost zakona koji se primjenjuju“, da nije moguće jednostavno „odstraniti“ jednu sankciju i primijeniti druge blaže sankcije i time praktično ostaviti nesankcionirana najteža krivična djela. U tim odlukama Ustavni sud je posebnu pažnju posvetio izuzecima od člana 7. stav 1. Evropske konvencije koji su regulirani u stavu 2. istog člana i nakon detaljne analize zaključio da nema povrede člana 7. Evropske konvencije, jer stav 2. tog člana dopušta izuzetke kada se radi o predmetima koji se tiču ratnih zločina i zločina za kršenje humanitarnog prava koje su prihvatili «civilizirani narodi», a predmetni slučajevi predstavljaju izuzetak od pravila iz stava 1. člana 7. Evropske konvencije.

41. U predmetu *Maktouf i Damjanović* Evropski sud je konstatirao da su neki zločini, konkretno zločin protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni tek 2003. godine, te da sudovi u takvim predmetima nemaju drugu mogućnost nego da primjenjuju KZBiH, kao što je i ukazano u predmetu *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (vidi, Evropski sud, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10). Ukazano je, dalje, da predmetne aplikacije pokreću potpuno drugačija pitanja, budući da su krivična djela ratnog zločina za koja je aplikantima izrečena osuđujuća presuda postojala u zakonu i u vrijeme izvršenja (KZSFRJ iz 1976. godine) i u vrijeme izricanja presuda (KZBiH iz 2003. godine). Evropski sud je naglasio da njegova zadaća nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZBiH na predmete ratnih zločina sama po sebi nekompatibilna sa članom 7. Evropske konvencije i da se to pitanje mora ocjenjivati za svaki predmet pojedinačno, imajući u vidu

konkretne okolnosti svakog predmeta i posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

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

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

44. U vezi s navedenim Ustavni sud podsjeća da je u predmetu *Z. Damjanović*, koji se u pogledu činjeničnog supstrata i pravnog pitanja ne razlikuje od predmeta *Maktouf i Damjanović*, slijedeći praksu Evropskog suda, u odluci o dopustivosti i meritumu (vidi tačku 38) koja je donesena nakon odluke Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović*, utvrdio kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije, jer je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. Evropske konvencije. U ovoj odluci Ustavni sud je ukazao da je apelant *Z. Damjanović* proglašen krivim i osuđen za isti krivičnopравни događaj

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

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

46. Naime, Ustavni sud zapaža da je apelant na osnovu presude Suda BiH proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i da mu je na osnovu odredaba KZBiH [član 173. stav 1. tačka c)] izrečena kazna zatvora u trajanju od 18 godina. Prema ovom zakonu, zapriječena kazna za krivično djelo za koje je apelant osuđen jeste kazna zatvora u trajanju od deset do dvadeset godina ili u najtežim slučajevima kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od dvadeset do četrdeset pet godina. Isto krivično djelo je, kako je već konstatirano, bilo propisano i u članu 142. KZSFRJ koji se

primjenjivao u vrijeme izvršenja krivičnog djela, te u kojem je za navedeno djelo bila zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna umjesto koje se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina (kazna zatvora između petnaest i dvadeset godina nije bila propisana i nije se mogla izreći). S tim u vezi Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH ispitao i dao obrazloženje zbog čega smatra da je KZBiH povoljniji za apelanta. Naime, Sud BiH je sa aspekta propisane kazne zaključio da je KZBiH blaži za apelanta, jer KZSFRJ za isto djelo propisuje kaznu zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili smrtnu kaznu, dok je prema KZBiH najmanja zapriječena kazna deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Nakon kompariranja kazni, Sud BiH je zaključio da je zapriječena kazna prema KZBiH u svakom slučaju povoljnija, jer ne propisuje smrtnu kaznu koja je, prema međunarodnom običajnom pravu, svakako strožija od kazne dugotrajnog zatvora.

47. Ustavni sud, međutim, u vezi sa obrazloženjem osporene presude Suda BiH u pogledu primjene KZBiH kao „blažeg“ zakona, smatra da apelantu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora (kao eventualna zamjena za smrtnu kaznu), već kazna zatvora u trajanju od 18 godina. To, dalje, znači da apelantu nije izrečena kazna za teži oblik krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, što bi daljnjim kompariranjem sa odredbama KZSFRJ, kojim je za takav oblik krivičnog djela zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina, značilo da je postojala mogućnost da se apelantu izrekne kazna u kraćem trajanju u okviru propisanog raspona.

48. U vezi sa argumentima Suda BiH koji se tiču primjene KZBiH kao „blažeg zakona“ koji je kompariran sa KZSFRJ i propisanom smrtnom kaznom, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembra 1995. godine), kroz čl. II/1. i II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju koji u odredbi člana 1. propisuje ukidanje smrtne kazne, ali ostavlja mogućnost da se smrtna kazna može propisati za krivična djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti. Protokolom broj 13 uz Evropsku konvenciju (BiH ga je ratificirala 28. maja 2003. godine) propisano je bezuvjetno ukidanje smrtne kazne. Stoga, kada se ima u vidu da se smrtna kazna u Bosni i Hercegovini nakon 14. decembra 1995. godine ne može izreći, niti izvršiti i da je mogla biti zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od dvadeset godina (KZSFRJ) za najteže oblike ovog krivičnog djela (što kod apelanta nije slučaj, jer mu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora prema KZBiH), ostaje mogućnost da je prema KZSFRJ apelantu mogla biti izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju, odnosno u trajanju od petnaest godina.

49. Ustavni sud napominje da su protokoli br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju nametnuli obavezu državama članicama da iz svog zakonodavstva isključe odredbe koje propisuju mogućnost izricanja ili izvršenja smrtne kazne, što ne znači da automatski treba da se stave van svake primjene relevantni

zakonski akti u ostalom dijelu. Stoga, ukoliko odredbe Protokola broj 6, a posebno Protokola broj 13 uz Evropsku konvenciju isključuju mogućnost izricanja smrtne kazne prema relevantnim odredbama KZSFRJ, one istovremeno ne isključuju i mogućnost da se, prema drugim relevantnim odredbama istog zakona, izrekne maksimalna zatvorska kazna u trajanju od petnaest, odnosno dvadeset godina.

50. Imajući u vidu navedeno i činjenicu da se u Bosni i Hercegovini, prema odredbama Ustava Bosne i Hercegovine i odredbama protokola br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju, ne može izreći, niti izvršiti smrtna kazna i da odredbe člana 142. KZSFRJ propisuju blažu maksimalnu kaznu od odredaba člana 173. KZBiH za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, Ustavni sud smatra da je osporenom presudom Suda BiH došlo do povrede apelantovog prava iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

51. Imajući u vidu zaključak u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije i nalog da redovni sud u ponovnom postupku donese novu odluku, Ustavni sud smatra da nije neophodno posebno razmatrati dio apelacije koji se odnosi na navode o povredi prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

VIII. Zaključak

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

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

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić