

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj **AP 717/11**, rješavajući apelacije **Dragana Stanojevića, Sretena Lazarevića i Slobodana Ostojića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 57. stav (2) tačka b), člana 59. st. (1), (2) i (3) i člana 62. stav (1) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine-prečišćeni tekst («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 94/14), u sastavu:

Valerija Galić, predsjednica

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Mirsad Ćeman, sudija

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 15. aprila 2015. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Djelimično se usvajaju apelacije **Dragana Stanojevića, Sretena Lazarevića i Slobodana Ostojića.**

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

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine u dijelu koji se odnosi na primjenu blažeg krivičnog zakona.

Ukidanje Presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine u dijelu iz prethodnog stava ove odluke ni na koji način ne utječe na lišavanje slobode apelanata, zadržavanje i pritvor, što je u isključivoj nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine.

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

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da, u skladu sa članom 72. stav (5) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke, obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Odbija se kao neosnovana apelacija **Dragana Stanojevića, Sretena Lazarevića i Slobodana Ostojića** podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. 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 Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine".

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Dragan Stanojević, trenutno na izdržavanju kazne zatvora u Kazнено-popravnom zavodu u Foči, kojeg zastupa advokat Miloš V. Perić iz Zvornika, podnio je 14. februara 2011. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine. Apelacija je registrirana bod brojem AP 717/11. Apelant je podneskom od 23. jula 2013. godine dopunio apelaciju, te podnio zahtjev za donošenje privremene mjere kojom bi Ustavni sud „apelantu prekinuo izdržavanje izrečene kazne zatvora do donošenja odluke o apelaciji ili do okončanja ponovljenog postupka pred Sudom BiH, koji će Ustavni sud naložiti da se provede“. Apelant je, također, dopunio apelaciju 5. septembra 2013. godine.

2. Sreten Lazarević i Slobodan Ostojić, trenutno na izdržavanju kazne zatvora u Kazнено-popravnom zavodu u Foči, koje zastupaju advokati Radivoje Lazarević i Miodrag Ostojić iz Zvornika, podnijeli su 15. februara 2011. godine apelaciju Ustavnom sudu protiv iste presude. Predmetna apelacija je zavedena pod brojem AP 735/11. Apelant Sreten Lazarević je 19. februara 2011. godine podnio novu apelaciju protiv iste presude u kojoj ga zastupa advokat Dušan Tomić iz Sarajeva. Ova apelacija je zavedena kao dopuna apelacije broj AP 735/11. Apelanti su, također, dopunili apelaciju 3. septembra 2013. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

3. Ustavni sud je donio Odluku o privremenoj mjeri broj AP 717/11 od 17. septembra 2013. godine kojom je odbio zahtjev apelanta Dragana Stanojevića za donošenje privremene mjere.

4. S obzirom na to da se ove apelacije tiču istog činjeničnog i pravnog osnova, Ustavni sud je, u skladu sa članom 32. stav (1) Pravila Ustavnog suda, donio odluku o spajanju predmeta br. AP 717/11 i AP 735/11 u kojima će voditi jedan postupak i donijeti jednu odluku pod brojem AP 717/11.

5. Na osnovu člana 22. st. (1) i (2) Pravila Ustavnog suda („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 60/05, 64/08 i 51/09), koja su važila u vrijeme poduzimanja navedenih radnji, od Suda BiH zatraženo je 11. novembra 2013. godine da dostavi odgovor na apelaciju.

6. Na osnovu člana 23. Pravila Ustavnog suda, od Tužilaštva BiH (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo) 25. jula 2014. godine zatraženo je da dostavi odgovor na apelaciju.

7. Sud BiH je dostavio odgovore na apelaciju 18. novembra 2013. godine, a Tužilaštvo 15. augusta 2014. godine.

III. Činjenično stanje

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

9. Prvostepenom presudom Suda BiH broj X-KR-06/243 od 29. septembra 2008. godine apelanti i optuženi M.M. su proglašeni krivim zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 29. KZBiH, a u odnosu na apelanta Sretena Lazarevića i u vezi sa članom 31. KZBiH, kao i članom 180. stav 2. KZBiH.

10. Na osnovu odredbe člana 285. Zakona o krivičnom postupku BiH (u daljnjem tekstu: KZBiH), uz primjenu odredaba iz čl. 39, 42. i 48. KZBiH, prvostepeno vijeće Suda BiH je osudilo apelanta Sretena Lazarevića na kaznu zatvora u trajanju od deset godina, a uz primjenu odredaba čl. 39, 42, 48. i 50. KZBiH, apelanta Dragana Stanojevića na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina i apelanta Slobodana Ostojića i optuženog M.M. na kaznu zatvora u trajanju od po pet godina.

11. Istom presudom apelant Sreten Lazarević je oslobođen optužbe da je počinio ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH, na način opisan pod tač. 1. i 1.5. oslobađajućeg dijela presude, optuženi M.M. oslobođen je optužbe da je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 29. KZBiH, na način opisan pod tač. 2. i 3.2. oslobađajućeg dijela presude, i apelant Slobodan Ostojić da je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 29. KZBiH, na način opisan pod tačkom 3. oslobađajućeg dijela presude.

12. Na osnovu člana 283. stav 1. tačka b) ZKPBiH, optužba je odbijena u odnosu na radnje opisane pod tačkom 1. podtačka 3.7. c) i tačka II podtač. 2. i 3, jer je tužilac u toku glavnog pretresa odustao od navedene tačke optužnice.

13. Apelanti su, u skladu sa članom 188. stav 4. ZKPBiH, oslobođeni dužnosti da naknade troškove krivičnog postupka, a oštećeni, u smislu odredbe člana 198. stav 2. istog zakona, upućeni su sa imovinskopravnim zahtjevom na parnicu.

14. Rješenjem vijeća Apelacionog odjeljenja Odjela za ratne zločine Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono vijeće) broj X-KRŽ-06/243 od 21. augusta 2009. godine žalbe apelanata i M.M. su uvažene i navedena presuda je ukinuta u osuđujućem dijelu, te je u tom dijelu određeno održavanje pretresa pred Apelacionim vijećem. Apelaciono vijeće je smatralo da je prvostepeno vijeće pogrešno i nepotpuno utvrdilo činjenično stanje, te da pobijana presuda sadrži pogrešne zaključke o odlučnim činjenicama, a u dijelovima presude da je učinjena i bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k) ZKPBiH, jer u dijelovima presuda ne sadrži razloge, odnosno u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.

15. Presudom Apelacionog vijeća Suda BiH broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine apelanti su proglašeni krivim zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 29. KZBiH, te je apelant Dragan Stanojević osuđen na kaznu zatvora u trajanju od sedam godina, apelant Sreten Lazarević na kaznu zatvora u trajanju od devet godina, a apelant Slobodan Ostojić na kaznu zatvora u trajanju od pet godina.

16. Apelaciono vijeće je, nakon provedenog postupka, utvrdilo da su apelanti u periodu od maja 1992. godine do kraja ljeta 1992. godine u Zvorniku, za vrijeme „oružanog sukoba i rata u BiH“, kao pripadnici rezervnih policijskih snaga SJB Zvornik, postupali suprotno odredbama člana 3. Ženevske konvencije o zaštiti civilnih lica za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, te nečovječno postupali prema civilima koji su bili nezakonito zatvoreni u zgradi Općinskog suda za prekršaje u Zvorniku i u zgradi DP „Novi izvor“ u Zvorniku.

17. U odnosu na apelanta Dragana Stanojevića (tačka 2. izreke presude), Sud BiH je utvrdio da je apelant kao stražar zatvora koji se nalazio u zgradi Općinskog suda za prekršaje, a kasnije u zgradi DP „Novi izvor“, nečovječno postupao prema nezakonito zatvorenim licima, jer je u više navrata otključavao zatvorske prostorije i time omogućavao grupama vojnika da nečovječno postupaju prema zatvorenima, a posebno prema zatvoreniku F.M., govoreći im da je to lice koje je ranilo jednog Srbina, zbog čega su neidentificirani vojnici u više navrata F.M. pretukli, nanoseći mu teške patnje, a u junu 1992. godine u zgradi DP „Novi izvor“ na isti način omogućio jednoj grupi vojnika koju je predvodio izvjesni „Saša“ da pretuku M.F., što su oni i učinili, pri čemu su F.M. oborili na pod i skakali mu po leđima, nanoseći mu teške patnje.

18. U odnosu na apelanta Sretena Lazarevića (tačka 1. izreke presude), Sud BiH je utvrdio da je on kao stražar i *de facto* zamjenik upravnika u zatvoru koji se nalazio u zgradi Suda za prekršaje, a

kasnije u zgradi DP „Novi izvor“, činio i da nije sprečavao nečovječno postupanje prema zatvoreniku R.S., i to na način da se saglasio da on iz zatvoreničke prostorije bude doveden u stražarsku sobu, gdje ga je neidentificirano lice pretuklo policijskom palicom, nanoseći mu time teške patnje pri čemu je apelant Sreten Lazarević sve vrijeme bio prisutan, pa iako je bio dužan da takvo postupanje prema zatvoreniku spriječi, to nije učinio; da je u junu 1992. godine u zgradi DP „Novi izvor“ došao u zatvoreničku prostoriju, upitao zatvorenike da li je neko od njih iz Bratunca, te kada se javio S.O., izveo ga je iz prostorije i predao grupi neidentificiranih lica, čime im je omogućio da prema S.O. nečovječno postupaju, jer ga je ova grupa neidentificiranih lica odvela u obližnju garažu gdje su ga pretukli, nanoseći mu time teške patnje, a potom su ga ubacili u gepek vozila, kojim su pethodno došli, odvezli se u nepoznatom pravcu i od tada se S.O. gubi svaki trag; da je u julu 1992. godine u zgradi DP „Novi izvor“ nečovječno postupao prema zatvoreniku N.N., jer ga je pretukao i time mu nanio teške patnje usljed čega je N.N. izgubio svijest; te da je u ljeto 1992. godine u zgradi DP „Novi izvor“ bio prisutan kada je grupa stražara, među kojima je bio apelant Slobodan Ostojić, nečovječno postupala prema zatvorenici R.S. i A.H, tako što su ih pretukli zbog navodnog pokušaja bjekstva, nanoseći im na taj način teške patnje, a da to ničim nije spriječio, već se sa takvim postupkom saglasio.

19. Istovremeno, Apelaciono vijeće je apelanta Sretena Lazarevića oslobodilo optužbe da je u periodu od maja 1992. godine do marta 1993. godine u više navrata dozvoljavao da u zatvorske prostorije ulaze neovlaštena lica - grupe vojnika, zv. gogićevci, i dr. tako što im je sam otključavao vrata ili dopuštao drugim stražarima da to nekažnjeno čine, te da su tako u tačno neutvrđene dane neidentificirani vojnici fizički zlostavljali i tukli zatvorenike, čime bi počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBIH u vezi sa članom 180. stav 2. KZBiH.

20. U odnosu na apelanta Slobodana Ostojića (tačka 3. izreke presude) je utvrđeno da je kao stražar u zatvoru koji se nalazio u zgradi Suda za prekršaje, a kasnije u zgradi DP „Novi izvor“, iz zatvoreničke prostorije izveo zatvorenike R.S. i A.H., te ih odveo u drugu prostoriju, gdje je, zajedno sa drugim stražarima, učestvovao u njihovom premlaćivanju, sve zbog navodnog pokušaja bjekstva, nanoseći im time teške patnje.

21. Apelaciono vijeće je, kako je to konstatirano u presudi, prihvatilo sve dokaze izvedene u prvostepenom postupku, te je odlučilo na pretresu reproducirati iskaze samo nekih od svjedoka koji su, prema mišljenju Apelacionog vijeća, odlučni za rasvjetljavanje određenih bitnih okolnosti i razrješenje dilema proisteklih iz žalbi apelanata. Istovremeno, Apelaciono vijeće je, ne izvodeći ih ponovo, niti preslušavajući ih na pretresu, prihvatilo kao dokaze i iskaze svih drugih svjedoka i vještaka saslušanih u toku prvostepenog postupka, kao i sve materijalne dokaze. Nakon što je preslušalo iskaze tih

svjedoka koje je ocijenilo relevantnim, te izvršilo uvid u sve ostale dokaze koji su prihvaćeni bez neposrednog čitanja, reproduciranja ili prezentiranja u sudnici, Apelaciono vijeće je ocijenilo da je činjenično stanje dovoljno razjašnjeno, te da izvođenje dodatnih dokaza ili novih dokaza ne bi bilo svrsishodno, niti od bilo kakvog značaja za utvrđivanje odlučnih činjenica.

22. Na temelju ocjene izvedenih dokaza, zasebno i u međusobnoj vezi, Apelaciono vijeće je izvelo zaključak o odlučnim činjenicama relevantnim kako za postojanje djela, tako i krivicu apelanata.

23. Obrazlažući primjenu KZBiH u konkretnom predmetu, Apelaciono vijeće je istaklo da je sa aspekta najmanje zaprijećene kazne blaži KZSFRJ, ali je, ipak, zaključilo da je za apelante KZBiH povoljniji (imajući u vidu maksimalno zaprijećenu kaznu i definiciju saizvršilaštva).

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

24. Apelanti navode povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije, pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije i pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine.

25. U odnosu na povredu prava na pravično suđenje, apelanti ukazuju da Apelaciono vijeće u postupku donošenja osporene drugostepene presude nije poštivalo kriterije koje je samo definiralo u rješenju kojim je ukinuta prvostepena presuda, tj. nije otklonilo sumnju u utvrđeno činjenično stanje koju je izrazilo u navedenom rješenju o ukidanju, a ipak je apelante osudilo za isto krivično djelo, te apelantu Stanojeviću izreklo čak i istu kaznu kao u prvostepenoj presudi. Na taj način, prema mišljenju apelanata, povrijeđen je i princip *in dubio pro reo*. Također, apelanti smatraju da njihove radnje, za koje je Sud BiH smatrao da predstavljaju nečovječno postupanje, nisu takve da ispunjavaju standard zahtijevan definicijom predmetnog djela, odnosno ne ispunjavaju standard nečovječnog postupanja u krivičnom pravnom smislu.

26. Apelant Sreten Lazarević je, također, istakao da je Sud BiH proizvoljno zaključio da je on komandno odgovoran za ratne zločine zbog kojih je osuđen.

27. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, apelanti, prije svega, ukazuju da je sud primijenio odredbe KZBiH umjesto KZSFRJ, te u tom pravcu ukazuju na različitu praksu u odnosu na entitetske sudove i sud Brčko Distrikta (koji primjenjuju KZSFRJ) u odnosu na Sud BiH, kao i na različitu praksu pred samim Sudom BiH, što sve ukazuje na povredu člana 7. Evropske konvencije, kao i prava na nediskriminaciju. U dopunama apelacija od 3. i 5. septembra 2013. godine apelanti su se pozvali na praksu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Maktouf i Damjanović*.

28. Navode o povredi prava na djelotvoran pravni lijek apelanti nisu posebno obrazlagali.

b) Odgovor na apelaciju

29. Sud BiH je naveo da su apelacije neosnovane i predložio da se one odbiju. Prije svega, Sud BiH je obrazložio primjenu odredaba KZ na konkretan slučaj. Zatim, Sud se izjasnio da je dao detaljno obrazloženje za svoju odluku u vezi s provedenim dokaznim postupkom i odlukom Suda u svojoj presudi. Sud BiH je posebno ukazao da Apelaciono vijeće nije postupilo u suprotnosti sa kriterijima ustanovljenim u rješenju kojim je prvostepena presuda ukinuta, nego da je presudu donijelo upravo slijedeći ih.

30. U vezi sa navodima apelanata o povredi prava na nediskriminaciju, Sud BiH je naveo da činjenicom da je u konkretnom slučaju postupak vođen pred Sudom BiH, koji je i donio pravosnažnu presudu, nije počinjena diskriminacija prema apellantima, niti je povrijeđeno njihovo pravo na pravično suđenje. Sud BiH je ukazao da se pitanjem navodne diskriminacije po navedenom osnovu bavio i Evropski sud u više navrata, te je, npr., u predmetu *Maktouf i Damjanović* utvrdio da, iako su entitetski sudovi općenito izricali lakše kazne od Suda BiH, ta razlika se ne može objasniti u smislu ličnih karakteristika i stoga ne predstavlja diskriminacijski tretman, pa je ove navode aplikanata smatrao očigledno neosnovanim.

31. Tužilaštvo BiH je, također, istaklo da apelacije smatra neosnovanim, te da se u potpunosti pridružuje zaključcima Suda BiH kojima je utvrđeno postojanje kako objektivnih, tako i subjektivnih elemenata nečovječnog postupanja u radnjama apelanata. Tužilaštvo BiH je istaklo da je apellantima omogućeno iznošenje dokaza kojima su osporavali navode iz optužnice, te da je Sud BiH u svim fazama krivičnog postupka ocijenio dokaze odbrane sa jednakom pažnjom kao i dokaze Tužilaštva i svoju odluku zasnovao na ocjeni svih dokaza, posmatrano u cjelini i u njihovoj međusobnoj vezi. Stoga, Tužilaštvo smatra da je princip jednakosti u postupanju između strana u postupku ispoštovan u ovom krivičnom postupku, te da nije došlo do povrede prava na pravično suđenje.

V. Relevantni propisi

32. U **Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine** ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06 i 32/07) relevantne odredbe glase:

Princip zakonitosti

Član 3.

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

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

Vremensko važenje krivičnog zakona

Član 4.

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

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

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim principima međunarodnog prava

Član 4.a)

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

Saizvršilaštvo

Član 29.

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

Pomaganje

Član 31.

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

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

Kazna zatvora

Član 42.

(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.

[...]

Ublažavanje kazne

Član 49.

Sud može učiniocu 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.

Ratni zločini protiv civilnog stanovništva

Član 173.

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

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

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

Individualna krivična odgovornost

Član 180.

(1) Osoba koja planira, pokrene, naredi, učini ili podstrekava ili pomaže u planiranju, pripremanju ili učinjenju krivičnih djela iz člana 171. (Genocid), 172. (Zločini protiv čovječnosti) 173. (Ratni zločin protiv civilnog stanovništva), 174. (Ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika), 175. (Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika), 177. (Protupravno

ubijanje i ranjavanje neprijatelja), 178. (Protupravno oduzimanje stvari od ubijenih i ranjenih na ratištu) i 179. (Povrede zakona ili običaja rata) ovog zakona, individualno je odgovorna za to krivično djelo. Službeni položaj bilo kojeg okrivljenog, bilo da se radi o šefu države ili vlade, ili o odgovornoj službenoj osobi vlade, ne oslobađa takvu osobu krivične odgovornosti niti utiče na ublažavanje kazne.

(2) Činjenica da je neko od krivičnih djela iz člana 171. do 175. i čl. 177. do 179. ovog zakona učinjeno od strane podređenog, ne oslobađa njemu nadređenu osobu krivične odgovornosti ukoliko je ta nadređena osoba znala ili je mogla znati da se njen podređeni sprema učiniti takvo djelo ili da je već učinio takvo djelo, a nadređena osoba je propustila da preduzme nužne i razumne mjere da spriječi učinjenje krivičnog djela, odnosno da učinilac tog djela bude kažnjen.

(3) Činjenica da je neka osoba postupala po naređenju vlade ili neke njoj nadređene osobe, ne oslobađa je krivične odgovornosti, ali može utjecati na ublažavanje kazne ako sud smatra da to interesi pravičnosti zahtijevaju.

33. U **Krivičnom zakonu 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) relevantne odredbe glase:

Smrtna kazna

Član 37. st. 1. i 2.

(1) Smrtna kazna ne može se propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo.

(2) Smrtna kazna može se izreći samo za najteže slučajeve teških krivičnih djela za koje je zakonom propisana.

Zatvor

Član 38. st. 1, 2. i 3.

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

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

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

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.

Ratni zločin protiv civilnog stanovništva

Član 142. stav 1.

(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, [...], nanošenja velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja; [...], pljačkanje imovine stanovništva, [...], ili ko izvrši neko od navedenih djela,

kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

VI. Dopustivost

34. 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.

35. U skladu sa članom 18. stav (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku kojeg je koristio.

36. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelanti su primili 20. decembra 2010. godine a apelacije su podnesene 14. i 15. februara 2011. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 18. st. (3) i (4) Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

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

VII. Meritum

38. Apelanti pobijaju navedenu presudu, tvrdeći da im je tom presudom povrijeđeno pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, pravo iz člana 7. Evropske konvencije, pravo iz člana 13. Evropske konvencije, kao i pravo iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije.

Pravo na pravično suđenje

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

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

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

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

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

41. U konkretnom slučaju postupak se odnosi na utvrđivanje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanata, pa su član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. Evropske konvencije primjenjivi. Prema tome, Ustavni sud mora preispitati da li je postupak pred redovnim sudovima bio pravičan onako kako to zahtijevaju navedene odredbe.

42. Ustavni sud zapaža da apelanti kršenje prava na pravično suđenje vide u navodno pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju, pogrešnoj ocjeni dokaza, te tvrdnjama da je osporena presuda proizvoljna, kao i bez valjane analize i ocjene dokaza.

43. U vezi s navodima apelanata kojim ukazuju na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, Ustavni sud podsjeća da, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) i Ustavnog suda, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava (vidi, Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01). Naime, Ustavni sud nije nadležan da supstituira redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je, općenito, zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli (vidi, Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02). Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li su, eventualno, povrijeđena ili zanemarena ustavna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska.

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

45. Ustavni sud, u pogledu navoda apelanata kojim ukazuju da je u konkretnom slučaju izostala pravilna ocjena dokaza, prije svega, 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 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, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996-II, stav 78).

46. Dovodeći prethodno iznesene stavove u vezu s konkretnim slučajem, Ustavni sud zapaža da je tokom postupka proveden velik broj dokaza koje su predložili odbrana i Tužilaštvo BiH, koji su ocijenjeni pojedinačno i u međusobnoj vezi, pri čemu nije izostala analiza provedenih dokaza o čemu se Apelaciono vijeće Suda BiH detaljno izjasnilo u obrazloženju presude, te je nesumnjivo utvrdilo da

su apelanti počinili krivično djelo za koje su proglašeni krivim, dajući za svoj stav jasno i argumentirano obrazloženje koje se ne doima proizvoljnim kako u segmentu činjeničnog utvrđenja, tako i u segmentu primjene materijalnog i procesnog prava. Iz obrazloženja osporenih presuda Ustavni sud nije mogao zaključiti da je prekršena odredba člana 281. ZKPBiH koja propisuje na kojim dokazima se presuda zasniva. Naime, u konkretnom slučaju, u obrazloženju osporene presude Apelacionog vijeća iscrpno su pobrojani dokazi koje je sud proveo na glavnom pretresu, ukazano je na kojim od provedenih dokaza je presuda zasnovana, u pogledu tih dokaza nije izostala brižljiva i savjesna ocjena kako pojedinačno, tako i u vezi s drugim dokazima, te su data obrazloženja i razlozi zbog kojih je svaki od ovih dokaza prihvaćen, odnosno zbog čega mu je poklonjena vjera. Takva obrazloženja ne ostavljaju utisak proizvoljnosti, niti se može zaključiti da je Apelaciono vijeće prekoračilo princip slobodne ocjene dokaza pogotovo ne na način koji bi doveo u pitanje garancije prava na pravično suđenje, niti je dokazni postupak zloupotrijebljen na štetu apelanata, u smislu prava na pravičan postupak i principa jednakosti oružja, što je važan element pravičnog suđenja i što podrazumijeva da objema stranama mora biti data razumna mogućnost da izlože svoj predmet, uključujući i iznošenje dokazne građe pod uvjetima koji ih ne stavljaju u znatno podređen položaj u odnosu na protivnika (vidi, Evropski sud, *Dombo B. V. protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1993. godine, Serija A broj 274, str. 19). Prema tome, Ustavni sud smatra da procjena dokaza prvostepenog suda, koju je potvrdio i drugostepeni sud, nije bila proizvoljna.

47. Konačno, Ustavni sud nije mogao zaključiti da je prilikom ocjene provedenih dokaza i utvrđivanja činjenica relevantnih za krivičnu odgovornost apelanata sud zanemario obavezu da vodi računa i o principu *in dubio pro reo* i pretpostavci nevinosti.

48. Ustavni sud zaključuje da su apelacije u odnosu na navode o kršenju prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije neosnovane. Primjenu blažeg zakona Ustavni sud će ispitati u odnosu na član 7. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

49. 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 utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica koje je krivo za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civilizovanih naroda.

50. Iz navoda apelacija proizlazi tvrdnja apelanata da su u konkretnom krivičnom postupku koji je protiv njih vođen kažnjeni na osnovu odredaba KZBiH koji je za njih nepovoljniji i strožiji umjesto prema odredbama KZSFRJ, koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je za njih blaži i povoljniji.

51. Apelanti smatraju da je Sud BiH bio dužan da primijeni relevantne odredbe KZSFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminiranom periodu, te da je, prema mišljenju apelanata, blaži od KZBiH koji je primijenjen u konkretnom slučaju. S obzirom na to, Ustavni sud će ispitati da li je osporena odluka u skladu sa standardima iz člana 7. Evropske konvencije.

52. U vezi sa apelacionim navodima, Ustavni sud, prije svega, ukazuje na to da se radi o krivičnom djelu koje je propisano u KZBiH u članu 173. stav 1. tačka c) - Krivična djela protiv civilnog stanovništva, koje je u KZSFRJ propisano u članu 143. - Krivična djela protiv civilnog stanovništva. 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.

53. U tom kontekstu Ustavni sud prvenstveno podsjeća na to da je Evropski sud u predmetu *Abduladhim Maktouf i Goran Damjanović* (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*) donio presudu kojom je utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije u kojoj je ukazao na to da su neki zločini, konkretno zločin protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni tek 2003. godine i da su djela aplikanata u vrijeme kada su izvršena predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu (vidi, Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10, tačka 25) i da sudovi nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 55). Evropski sud je, zatim, ukazao na to da aplikacije pokreću potpuno drugačija pitanja od onih u predmetu *Šimšić*, 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 njegov zadatak 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 (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 65).

54. Imajući u vidu taj princip, Evropski sud je krenuo od definicije krivičnog djela ratnog zločina i utvrdio da je definicija prema KZSFRJ iz 1976. godine (član 142. stav 1), koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela i u KZBiH (član 173. stav 1), koji je primijenjen retroaktivno, potpuno ista. Razlika postoji u odnosu na raspon kazni za ratne zločine koji 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, te je zaključio da je to bez sumnje KZSFRJ (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tač. od 67. do 69).

55. Evropski sud nije prihvatio argumentaciju da je KZBiH blaži za aplikante od KZSFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. U vezi s tim je ukazano na to da je prema KZSFRJ samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna, te, budući da 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 analizirao visinu izrečenih kazni prema KZBiH i kazni koje su 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, Evropski sud je naveo da je od ključnog značaja to što su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je KZSFRJ primijenjen u njihovim predmetima (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 70).

56. U vezi s navedenim, Ustavni sud podsjeća na to da je u predmetu *Z. Damjanović* (vidi Odluku o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/08* od 27. septembra 2013. godine, dostupnu na www.ustavnisud.ba, tač. 46. i 51), koji se u pogledu činjeničnog supstrata i pravnog pitanja ne razlikuje od predmeta *Maktouf i Damjanović*, slijedeći praksu Evropskog suda, u odluci koja je donesena nakon odluke Evropskog suda *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 toj odluci Ustavni sud je naveo da je apelant *Z. Damjanović* proglašen krivim i osuđen za isti krivičnopravni

dogadjaj istom presudom kao i aplikant Goran Damjanović. Ustavni sud je u citiranoj odluci podsjetio na to da garancije sadržane u članu 7. Evropske konvencije predstavljaju jedan od osnovnih činilaca vladavine prava i da imaju 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 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 na to 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).

57. 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 od raspona propisanih kazni prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i u zakonu na osnovu 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 minimalne kazne.

58. Naime, Ustavni sud zapaža da su apelanti osporenim presudom Suda BiH proglašeni krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i da im je na osnovu odredaba KZBiH izrečena kazna zatvora u trajanju od devet (apelant Stanojević), sedam (apelant Lazarević) i pet godina (apelant Ostojić). Prema KZBiH, zapriječena kazna za krivično djelo za koje su apelanti osuđeni je kazna zatvora u trajanju od 10 do 20 godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je prilikom odmjeravanja kazne apelantima

Sud BiH, u skladu sa članom 49. KZBiH, imajući u vidu posebne olakšavajuće okolnosti, apelantima izrekao kazne ispod zakonskog minimuma. Ustavni sud primjećuje da je prema KZSFRJ i bez ublažavanja kazne sud imao mogućnost da izrekne kaznu u ovom trajanju (i nižem), te da je ta okolnost, uz činjenice u pogledu ublažavanja kazni iz odredaba KZBiH i odredaba KZSFRJ, trebalo da utječe na primjenu zakona u konkretnom slučaju. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH ispitaio i u osporenoj drugostepenoj presudi dao obrazloženje da je sa aspekta najmanje zapriječene kazne blaži KZSFRJ, ali je, ipak, zaključio da je za apelante KZBiH povoljniji (imajući u vidu maksimalno zapriječenu kaznu i definiciju saučesništva).

59. Osim toga, Ustavni sud, u vezi sa obrazloženjem osporene presude Suda BiH u pogledu primjene KZBiH kao „blažeg“ zakona, sa aspekta propisanih kazni je ustanovio da apelantima, dakle, nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora, već da im je izrečena kazna ispod minimuma propisanog zakonom. To, dalje, znači da je postojala mogućnost da se apelantima izrekne kazna u kraćem trajanju, u okviru propisanog raspona, te da nije bilo potrebno utvrđivati koji zakon propisuje blažu maksimalnu kaznu, već je bilo neophodno utvrditi koji je zakon blaži u pogledu minimalne kazne (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tač. 67-69).

60. Imajući u vidu da je minimum kazne zatvora prema KZSFRJ pet godina, a prema KZBiH deset godina, te činjenicu da je primjenom odredaba KZBiH apelantima izrečena kazna niža od kazne propisane zakonom nedvosmisleno proizlazi da je u okolnostima konkretnog slučaja blaži KZSFRJ bez obzira na činjenicu da, s obzirom na propisani raspon kazne zatvora, ne znači da bi apelanti i dobili manju kaznu zatvora da je u njihovom slučaju primijenjen KZSFRJ. Naime, od ključnog značaja je to da su apelanti mogli dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 70).

61. Ustavni sud smatra da je, s ciljem da se zaštite ustavna prava apelanata, dovoljno ukinuti osporenu Presudu Suda BiH broj X-KRŽ-06/243 od 22. septembra 2010. godine u dijelu koji se odnosi na izrečene kazne i vratiti predmet tom sudu da donese novu odluku u pogledu izricanja kazne u skladu sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

62. Ustavni sud ukazuje na to da ni u ovom slučaju, kao ni 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 u dijelu izrečene kazne s nalogom da se donese nova odluka kojom će biti otklonjena utvrđena povreda, nije odlučivao o prekidu izdržavanja kazne zatvora i puštanju na slobodu apelanata, niti o proceduri prema kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku. S obzirom na to da je u konkretnom slučaju osporena presuda ukinuta samo u odnosu na primjenu člana 7. Evropske

konvencije, o lišavanju slobode apelanata odlučivat će Tužilaštvo BiH i Sud BiH, u skladu sa svojim nadležnostima.

Pravo na djelotvoran pravni lijek

63. Član 13. Evropske konvencije u relevantnom dijelu glasi:

Svako čija su prava i slobode, priznata ovom konvencijom, narušena ima pravo na pravni lijek pred nacionalnim vlastima...

64. Prema pravnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije je akcesorno pravo. To znači da ovaj član zahtijeva da se osigura pravni lijek u vezi sa pravima garantiranim Evropskom konvencijom. U konkretnom slučaju iz navoda apelacije proizlazi da apelanti kršenje ovog prava dovode u vezu sa pravom na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije.

65. Ustavni sud podsjeća, imajući u vidu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava, da pojam «djelotvoran pravni lijek» ne znači da rezultat korištenja određenog pravnog lijeka mora biti pozitivna posljedica za onoga ko ga koristi, već se, između ostalog, zahtijeva da nadležni organi imaju ovlaštenja da, ukoliko prihvate apelantove suštinske argumente, izmijene odluku koju osporava u svoju korist (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. jula 1989. godine, Serija A broj 161, stav 120).

66. Ustavni sud ukazuje na to da su apelanti imali na raspolaganju pravni lijek, žalbu, za zaštitu svojih prava u predmetnom krivičnom postupku koju su oni i koristili. Činjenica da taj pravni lijek nije rezultirao odlukom kojom bi apelanti bili zadovoljni ne dovodi ni na koji način u pitanje dostupnost ili djelotvornost takvih pravnih lijekova, niti na bilo koji način pokreće pitanja iz člana 13. Evropske konvencije.

Zabrana diskriminacije

67. Član II/4. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.

68. Član 14. Evropske konvencije glasi:

Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik,

vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

69. Apelanti navode da im je povrijeđeno i pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da se apelanti nisu izjasnili u vezi sa kojim pravom smatraju da su diskriminirani, ali da iz navoda apelacije proizlazi da smatraju da su diskriminirani u odnosu na pravo na pravično suđenje i pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona. U vezi sa ovim navodima apelanata, Ustavni sud zapaža, kao što je ukazao i Sud BiH u odgovoru na apelacije, da je identične argumente u pogledu navodne diskriminacije razmatrao i Evropski sud u više navrata, te je, npr., u predmetu *Maktouf i Damjanović*, utvrdio da, iako su entitetski sudovi općenito izricali lakše kazne od Suda BiH, ta razlika se ne može objasniti u smislu ličnih karakteristika i stoga ne predstavlja diskriminacijski tretman. Shodno navedenom, Ustavni sud smatra da nema razloga da u ovom dijelu ne ponovi razloge i obrazloženja Evropskog suda i u konkretnom predmetu.

70. Stoga, Ustavni sud zaključuje da nema kršenja prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno člana 14. Evropske konvencije.

VIII. Zaključak

71. Ustavni sud zaključuje da nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u situaciji kada je Ustavni sud iz obrazloženja osporene presude utvrdio da krivičnopravna odgovornost apelanata za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje su proglašeni krivim i osuđeni nije utvrđena proizvoljnom ocjenom dokaza, već, suprotno, nakon neposredne i sveobuhvatne analize i ocjene dokaza pojedinačno i u međusobnoj vezi, odakle je van svake razumne sumnje proistekao zaključak da su apelanti počinili krivično djelo koje im se stavlja na teret i na osnovu kojih niti jedno značajno pitanje nije ostalo nerazjašnjeno u smislu principa presumpcije nevinosti i *in dubio pro reo*.

71. Ustavni sud, međutim, zaključuje da je prekršeno pravo apelanata 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 štetu apelanata u pogledu izricanja kazne, odnosno postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na njihovu štetu u pogledu izricanja kazne iako to ne znači da bi apelanti i bili blaže kažnjeni, što je protivno tom članu.

72. Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju nema povrede prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. a u vezi sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. Evropske konvencije, budući da su apelanti imali i da su koristili pravne lijekove propisane zakonom a činjenica

da pravni lijek nije rezultirao na način na koji su apelanti željeli ne može voditi zaključku o nepostojanju ili nedjelotvornosti pravnog lijeka.

73. Konačno, nema povrede prava apelanata na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije, jer apelanti nisu pružili bilo kakve argumente kojima bi potkrijepili svoje tvrdnje o diskriminaciji.

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

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić