

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 4126/09**, rješavajući apelaciju **P.M.**, 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 **P.M.**

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

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

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

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

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

## **OBRAZLOŽENJE**

### **I. Uvod**

1. P.M. (u daljnjem tekstu: apelant) kojeg zastupaju Todor Todorović, advokat iz Vlasenice i Vesna Tupajić-Škiljević, advokat iz Istočnog Sarajeva, podnio je 23. decembra 2009. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv presuda Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj X-KRŽ-05/24-1 od 7. septembra 2009.

godine i broj X-KR-05/24-1 od 29. jula 2008. godine. Apelant je dopunio apelaciju 12. augusta 2013. godine.

## **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 26. jula 2010. godine da dostave odgovor na apelaciju.

3. Sud BiH i Tužilaštvo su dostavili odgovore na apelaciju 10. i 26. augusta 2010. godine.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori na apelaciju su dostavljeni apelantovim punomoćnicima 2. i 8. septembra 2010. godine.

## **III. Činjenično stanje**

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

6. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/24-1 od 29. jula 2008. godine apelant je proglašen krivim da je na način bliže opisan u izreci presude počinio krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ BiH) u vezi s čl. 29. i 180. stav 1. KZ BiH za koje je osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 38 godina. Apelantu je u skladu s članom 56. KZ BiH u izrečenu kaznu uračunato i vrijeme koje je proveo u pritvoru, dok je na osnovu člana 188. stav 4. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BiH) oslobođen od dužnosti naknade troškova krivičnog postupka, te je određeno da troškovi padaju na teret Suda BiH. U skladu s članom 198. stav 2. ZKP BiH oštećeni S1 i S2, te članovi Udruženja „Pokret majki enklave Srebrenice i Žepe“ su s imovinsko-pravnim zahtjevom upućeni na parnicu.

7. U obrazloženju prvostepene presude se navodi da je prvostepeno vijeće na osnovu analize svih provedenih dokaza zaključilo izvan sumnje da je apelant učestvovao u ubojstvu većine od više od 1.000 Bošnjaka u skladištu „Kravica“ s ciljem istrebljenja Bošnjaka kao zaštićene grupe, u cijelosti ili djelimično. Istaknuto je da je prvostepeno vijeće našlo da je apelant zajedno sa M.T., A.R., B.Dž, S. J., B.M. učestvovao u ubojstvima u skladištu „Kravica“, pri čemu je apelantova aktivnost činila odlučujući doprinos u učinjenju krivičnog djela, zbog čega je odgovoran kao saučinitelj prema članu 171. tačka a) u vezi s članom 29. KZ BiH.

8. U odnosu na primjenu materijalnog zakona iz prvostepene presude proizlazi da je apelantova odbrana ukazala na činjenicu da je u ovom slučaju postojao krivični zakon, odnosno KZ SFRJ, koji je propisivao kao krivično djelo ono djelo koje se optužnicom optuženima stavlja na teret. Istaknuto je da je navedeni zakon za krivično djelo genocida iz člana 141. predviđao kao sankciju kaznu zatvora od pet godina ili smrtnu kaznu, dok KZ BiH predviđa kaznu od najmanje 10 godina ili kaznu dugotrajnog zatvora. Odbrana je dalje isticala da je stupanjem na snagu Ustava BiH ukinuta smrtna kazna koju je propisivao navedeni zakon, pa je stoga maksimalna kazna koja bi se mogla izreći za navedeno krivično djelo kazna zatvora u trajanju od 20 godina što je znatno blaže od kazne dugotrajnog zatvora. Odbrana je ukazivala i na činjenicu da entitetski sudovi i sud Brčko distrikta primjenjuju zakon koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja krivičnih djela, odnosno KZ SFRJ, pa je takva različita praksa Suda BiH i ostalih sudova suprotna s fundamentalnim ljudskim pravom, odnosno pravom na jednakost svih građana pred zakonom.

9. Dalje, apelantovi branioci smatraju da primjena člana 4.a) KZ BiH može doći u obzir samo u situaciji kada je nacionalno zakonodavstvo propustilo da određena činjenja ili nečinjenja zakonom propiše kao krivična djela. Stoga, budući da je krivično djelo genocida bilo propisano kao takvo, saglasno međunarodnom pravu i prije navedenog događaja, to retroaktivna primjena odredbi KZ BiH po mišljenju odbrane u konkretnom slučaju nije opravdana jer se ne može podvesti pod izuzetke predviđene članom 15. stav 1. Pakta o političkim pravima ili članom 7. stav 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija).

10. Prvostepeno vijeće je navelo da je spomenuta argumentacija odbrane neosnovana, te da se u konkretnom slučaju ima primijeniti odredba člana 171. KZ BiH. Ukazano je da je odredbom člana 3. stav 2. KZ BiH, koji se odnosi na načelo zakonitosti, propisano da nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivično-pravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.

11. Konstatirano je da nije sporno da je KZ SFRJ kao posebno krivično djelo propisivao krivično djelo genocida u članu 141, ali da se postavlja pitanje koji zakon primijeniti kada je u pitanju izricanje sankcije budući da se prema odredbama KZ SFRJ moglo izreći do 20 godina zatvora ili smrtna kazna. Istaknuto je da odbrana tvrdi da se u slučaju primjene KZ BiH neće primijeniti blaži zakon jer se ukidanjem smrtne kazne (koja je inicijalno i bila predviđena kao najstroža u KZ SFRJ i propisana za ovo krivično djelo) sankcija iz člana 141. KZ SFRJ pokazuje kao blaža za apelanta u odnosu na krivičnu sankciju propisanu članom 171. stav 1. KZ BiH.

12. Dalje je istaknuto da član 4.a) KZ BiH dalje govori o „općim načelima međunarodnog prava“. S tim u vezi je navedeno da je, bez obzira da li promatrano sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta „principa međunarodnog prava“, nesumnjivo da je genocid predstavljao krivično djelo u inkriminiranom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta.

13. Ukazano je da pravnu osnovu za suđenje ili kažnjavanje krivičnih djela prema općim načelima međunarodnog prava daje član 4.a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 61/04) koji propisuje da čl. i 3. i 4. KZ BiH ne sprečavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je učinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu s općim načelima međunarodnog prava. Istaknuto je da je ovim članom u cijelosti preuzeta odredba člana 7. stav 2. Evropske konvencije i nije omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu kakav jeste i postupak protiv apelanta, jer se upravo radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila i međunarodnog prava. Po mišljenju Vijeća član 4.a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH primjenjuje se kod svih krivičnih djela iz oblasti krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, jer su upravo ova krivična djela, u koja spada i genocid, smještena u glavu XVII Krivičnog zakona BiH koja nosi naziv Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, a odredbe o genocidu prihvaćene su kao dio međunarodnog običajnog prava i predstavljaju nederogirajuću odredbu međunarodnog prava.

14. Kada se navedeno dovede u vezu s članom 7. Evropske konvencije koja ima prednost nad svim ostalim zakonima u BiH (član II/2. Ustava BiH), po mišljenju prvostepenog vijeća da se zaključiti da je načelo zakonitosti iz člana 3. KZ BiH sadržano u prvoj rečenici člana 7. stav 1. Evropske konvencije, dok druga rečenica stava 1. člana 7. Evropske konvencije zabranjuje izricanje teže kazne od one koja je bila primjenjiva u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Ukazano je da navedena odredba propisuje zabranu izricanja teže kazne a ne utvrđuje obaveznu primjenu blažeg zakona za učinioca u odnosu na kaznu koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Međutim, istaknuto je da stav 2. člana 7. Evropske konvencije sadrži izuzetak od stava 1. i dozvoljava suđenje i kažnjavanje bilo koje osobe za djelo, odnosno propust koji je u vrijeme činjenja ili nečinjenja predstavljao krivično djelo prema općim načelima priznatim kod civiliziranih naroda.

15. Konstatirano je da je isto načelo sadržano u članu 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Navedeni izuzetak je inkorporiran sa specifičnim ciljem da omogući primjenu

domaćeg i međunarodnog zakonodavstva koje je stupilo na snagu tokom i nakon II. svjetskog rata u pogledu ratnih zločina. Shodno tome ukazano je i na praksu Evropskog suda za ljudska prava (slučaj *Naletilić protiv Hrvatske* broj 51891/99, *Kolk i Kislyiy protiv Estonije* br. 23052/04 i 4018/04) koja naglašava primjenjivost odredbe stava 2. prije nego odredbe stava 1. člana 7. Evropske konvencije kada su u pitanju ovakva djela, što također opravdava primjenu člana 4.a) Zakona o izmjenama i dopunama KZ BiH u ovim predmetima.

16. Nadalje se Vijeće pozvalo na Odluku Ustavnog suda u predmetu *Maktouf*, broj AP 1785/06 od 30. marta 2007. godine, tač. 68. i 69. U tom pogledu Prvostepeno vijeće je navelo da je princip obavezne primjene blažeg zakona isključen u procesuiranju onih krivičnih djela koja su u vrijeme njihovog izvršenja bila potpuno predvidiva i općepoznata kao protivna općim pravilima međunarodnog prava.

17. Vijeće je navelo da u smislu člana 39. KZ BiH kazna mora biti neophodna i srazmjerna potrebi za podizanjem svijesti o pravičnosti kažnjavanja. Istaknuto je da kazne za genocid koji je nazvan „zločinom nad zločinima“ obuhvataju najtežu kaznu koju može izreći domaći i međunarodni pravosudni sistem. Istaknuto je da je za genocid propisana i smrtna kazna, čak i u onim državama u kojima je smrtna kazna opozvana ili ukinuta za sve druge zločine.

18. Prvostepeno vijeće je navelo da je Bosna i Hercegovina prihvatila ukidanje smrtne kazne za sva krivična djela, što je u potpunosti u skladu s poštivanjem ljudskog života, a što čini sam čin genocida toliko užasnim. Maksimalna kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina je zamijenila smrtnu kaznu kao najtežu kaznu. Kazna dugotrajnog zatvora može u potpunosti biti opravdana za ubojstvo jedne osobe. Sudjelovanje u ubojstvu na stotine bespomoćnih ljudi na način kako je to očigledno urađeno u ovom predmetu, čak i bez genocidne namjere, opravdano bi zahtijevalo najteže kazne prema domaćem zakonu. Po mišljenju Prvostepenog vijeća niti jedna kazna ne može adekvatno odraziti težinu oduzimanja života na stotine ljudi, duševnu bol nanесenu njihovim porodicama ili još teži zločin koji je počinjen kada je takvo oduzimanje počinjeno s ciljem da se oduzme pravo na postojanje cijeloj grupi ljudskih bića. Dalje je navedeno da je, iako maksimalna kazna propisana zakonom može biti pravična u ovom predmetu, Vijeće smatralo da ma koliko da je ovaj čin genocida bio stravičan postoje oni koji su počinili višestruka djela genocida, kao i oni čiji je zločin izvršenje šireg genocidnog plana čiji je samo jedan dio bio genocid počinjen u skladištu u Kravici. Stoga, po mišljenju Prvostepenog vijeća, maksimalna kazna mora realno biti ostavljena za one zločine koji, mada kvalitativno nisu gnusniji, mogu kvantitativno prevazići čak i

ovaj zločin. Prema tome, prvostepeno vijeće je zaključilo da je neophodna i srazmjerna kazna koja odražava težinu ovog zločina kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 godina.

19. Istaknuto je da je prilikom ocjene relevantnih „okolnosti koje utiču na visinu kazne“ na način predviđen u članu 48. stav 1. KZ BiH Prvostepeno vijeće zaključilo da ne postoje otežavajuće okolnosti koje bi zahtijevale ili opravdale izricanje strože kazne. Ranija neosuđivanost apelanta je uzeta kao olakšavajuća okolnost. Također, prvostepeno vijeće je smatralo da apelantovo kajanje, a što je dokumentirano njegovom izjavom koju je dao Tužilaštvu, predstavlja olakšavajuću okolnost koja opravdava smanjenje kazne budući da ona svjedoči o tome da je apelant već učinio prvi korak u procesu preodgoja. Stoga je prvostepeno vijeće zaključilo da je primjerena kazna za apelantovo počinjenje zločina genocida kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 38 godina.

20. Protiv prvostepene presude žalbu su izjavili apelantovi branioci. Drugostepeno vijeće Suda BiH je Presudom broj X-KRŽ-05/24-1 od 7. septembra 2009. godine žalbu djelimično uvažilo, pa je prvostepena presuda preinačena tako da je apelant proglašen krivim za krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) KZ BiH u vezi s članom 31. spomenutog zakona, te je osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 28 godina. Apelantu je, u skladu s članom 56. KZ BiH, u izrečenu kaznu uračunato i vrijeme koje je proveo u pritvoru po rješenjima Suda BiH od 20. juna 2005. godine pa do upućivanja na izdržavanje kazne. U ostalom dijelu prvostepena presuda je ostala neizmijenjena.

21. U obrazloženju drugostepene presude se navodi da se prvostepeni sud pogrešno pozvao na odredbu člana 4.a). Istaknuto je da je član 4.a) kao izuzetak od primjene blažeg zakona primjenjiv samo u slučaju kada bi primjena blažeg zakona spriječila suđenje ili kažnjavanje za radnje koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava. Istaknuto je da suđenje ili kažnjavanje za neku radnju ne bi bilo moguće provesti jedino ako ta radnja nije propisana kao krivično djelo, odnosno kao radnja izvršenja određenog krivičnog djela budući da se prema članu 3. stav 1. KZ BiH krivična djela i krivične sankcije propisuju samo zakonom. Tako je, primjera radi, član 4.a) KZ BiH primjenjiv na krivično djelo zločina protiv čovječnosti učinjenog u vrijeme dok je na snazi bio preuzeti zakon SFRJ, budući da taj zakon uopće nije propisivao to krivično djelo. Primjenom člana 4. KZ BiH proizlazilo bi da je preuzeti KZ SFRJ blaži za učinioca, jer uopće ne inkriminira radnju koju je optuženi počinio, pa samim tim učiniocu ne bi moglo biti suđeno niti bi mogao biti kažnjen za navedeno djelo. U takvom slučaju je, po mišljenju Drugostepenog vijeća, potrebno primijeniti član 4.a) KZ BiH, odnosno član 7. stav 2. Evropske konvencije koji ne

dozvoljava da, neinkriminiranjem određenih radnji koje predstavljaju krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava, učinioci takvih djela izbjegnu suđenje i kažnjavanje.

22. Drugostepeno vijeće je navelo da u konkretnom slučaju i zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuju krivično djelo genocida pa je jasno da postoje zakonski uvjeti za suđenje i kažnjavanje krivičnog djela genocida po oba zakona. Međutim, po mišljenju Drugostepenog vijeća, iako se prvostepeni sud pozvao pogrešno na odredbu člana 4.a), u konkretnom slučaju je zaista primijenio zakon koji je blaži za učinioca, odnosno KZ BiH. Ukazano je da poređenjem KZ SFRJ u pogledu zapriječnog maksimuma za krivično djelo genocida proizlazi da je KZ SFRJ kao maksimalnu kaznu propisivao smrtnu kaznu, a KZ BiH kaznu dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina). Stoga, po mišljenju Drugostepenog vijeća, proizlazi da je u konkretnoj situaciji KZ BiH blaži za apelanta jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

23. Međutim, po mišljenju Drugostepenog vijeća prvostepeni sud je iz pravilno utvrđenog činjeničnog stanja izveo pogrešan pravni zaključak da je apelant pri izvršenju djela imao genocidnu namjeru, što je rezultiralo pogrešnom pravnom ocjenom oblika učešća apelanta u izvršenju djela. Istaknuto je da je genocid jedan od najtežih zločina poznatih čovječanstvu, te da se krivica za njegovo izvršenje može utvrditi jedino ako je namjera da se on izvrši nedvosmisleno utvrđena. Po mišljenju Drugostepenog vijeća iz izvedenih dokaza i utvrđenog činjeničnog stanja takvu namjeru kod apelanta nije bilo moguće utvrditi isključujući svaku razumnu sumnju. Upravo zbog toga Drugostepeno vijeće je našlo da treba donijeti odluku koja je povoljnija za apelanta, odnosno da zaključi da takve namjere kod apelanta nije bilo. Drugostepeno vijeće je navelo da je apelant u izvršenju predmetnog krivičnog djela učestvovao kao pomagač, a ne kao saizvršilac kako je to prvostepenom presudom pogrešno kvalificirano. Istaknuto je da je lice, ako je samo znalo za genocidnu namjeru izvršilaca a nije i samo imalo takvu namjeru, ono pomagač u genocidu.

24. Drugostepeno vijeće je dalje navelo da, iako je Prvostepeno vijeće pravilno utvrdilo sve odlučne činjenice koje se moraju cijeniti kod donošenja odluke o vrsti i visini kazne, ipak po njegovom mišljenju prevelik značaj dat otežavajućim okolnostima. Pri tome je zanemaren konkretan apelantov doprinos izvršenju djela, te posebno činjenica da je apelant djelo počinio u sadejstvu s mnogobrojnim licima, te da ovako strašna posljedica nije rezultat djelovanja samo nekoliko izvršilaca. Prema tome, po mišljenju Drugostepenog vijeća navedeno je dovelo do neadekvatnog kažnjavanja apelanta.



25. Drugostepeno vijeće je navelo da je prilikom odmjeravanja vrste i visine kazne apelantu cijeniolo sve okolnosti koje su uticale da kazna bude veća ili manja, te da je utvrdilo da okolnosti vezane za način izvršenja konkretnog krivičnog djela i nastale posljedice njegovog izvršenja ukazuju da je djelo izvršeno na posebno okrutan način s veoma teškim posljedicama, što je ocijenjeno kao otežavajuća okolnost jer prevazilazi okolnosti koje nužno čine bitno obilježje krivičnog djela. Okolnosti da se apelant sada proglašava krivim za pomaganje kao oblik učešća u izvršenju krivičnog djela i da je u okviru svog odlučujućeg doprinosa ubijanju zatvorenika ipak uglavnom „čuvao stražu“, kao blaži vid kriminalne aktivnosti, Drugostepeno vijeće je cijeniolo kao olakšavajuću okolnost, ali ne u toj mjeri da opravdava zakonsku mogućnost blažeg kažnjavanja ispod zaprijećenog posebnog minimuma kazne. Također su cijinjene i činjenice da apelant nije osuđivan niti da se protiv njega vodi drugi krivični postupak. Stoga je Drugostepeno vijeće ocijenilo da je kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 28 godina potpuno adekvatna i srazmjerna, kako težini učinjenog djela s obzirom na okolnosti, posljedice, način izvršenja i konkretne radnje apelanta tako i apelantove ličnosti kao njegovog izvršioca, te da će se navedenom kaznom u cijelosti postići svrha kažnjavanja predviđena zakonom.

## **IV. Apelacija**

### **a) Navodi iz apelacije**

26. Apelant smatra da mu je osporenim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), kao i pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije. U odnosu na povredu prava na pravično suđenje apelant ukazuje na povredu prava na suđenje pred nezavisnim i nepristranim sudom, povredu prava na šutnju i neprihvatljivost dokaza, kao i na povredu prava na obrazloženje presude. Smatra da osporene presude uopće ne daju obrazloženje odlučnih činjenica za apelantovu krivičnu odgovornost, te da mnogobrojni apelantovi dokazi nisu obrazloženi. Dalje navodi da je Drugostepeno vijeće apelanta proglasio krivim kao pomagača, a ne kao izvršioca krivičnog djela genocida, ali da u pogledu navedenog drugostepena presuda ne sadrži obrazloženje kako je apelant kao duševno zaostala osoba bio svjestan, te dao doprinos izvršenju krivičnog djela genocida u svojstvu pomagača. Ističe da je postojanje navodnog plana izvedeno isključivo na iskazu jednog zaštićenog svjedoka S4, čiji iskaz je suprotan ostalim provedenim dokazima.

27. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije apelant smatra da je Sud BiH pogrešno primijenio krivični zakon prihvatajući pravnu kvalifikaciju krivičnog djela iz optužnice Tužilaštva i kvalificirajući djelo po KZ BiH koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, dakle nakon inkriminiranog događaja. Ističe da su načela zakonitosti i retroaktivnosti kao osnovna načela krivičnog prava sadržani u čl. 3. i 4. KZ BiH. Navedena načela predstavljaju zahtjev da se krivična djela i krivičnopravne sankcije moraju propisati zakonom prije nego što budu počinjeni. Apelant je naveo da se, prema načelu konkretnosti, pitanje povoljnijeg zakona vrši uzimajući u obzir konkretan slučaj i učinioca. Pri tome se, po apelantovom mišljenju, moraju razmotriti svi faktori relevantni za konkretni slučaj. Ukazuje da nije bitno koji od ova dva zakona daju mogućnost za izricanje povoljnije kazne, već je potrebno utvrditi koji zakon u cjelini daje povoljniji ishod za konkretnog izvršioca. Apelant navodi da je krivično djelo genocida za koje je optužen iz člana 171. KZ BiH navodno počinjeno u mjesecu julu 1995. godine. Isto djelo s istim zakonskim obilježjima propisano je u članu 141. preuzetog KZ SFRJ. Iz navedenog, po apelantovom mišljenju, proizlazi da je KZ SFRJ bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela koje obuhvata optužnica. Apelant smatra da zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela propisuje niži posebni maksimum kazne zatvora od najmanje 5 godina i poseban maksimum kazne zatvora koji predstavlja i opći maksimum od 15, odnosno 20 godina zatvora. Ističe da KZ BiH za ovo djelo kao minimalnu kaznu propisuje zatvor od 10 godina ili dugotrajni zatvor. Prema tome, apelant smatra da je za njega blaži zakon koji je važio u vrijeme navodnog izvršenja krivičnog djela. Ukazuje da sudovi u Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko distriktu krivična djela ratnih zločina kvalificiraju i sude po preuzetom KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme navodnog izvršenja krivičnog djela i koji je blaži za učinioce krivičnih djela.

28. U svojoj dopuni apelant je ukazao na odluku Evropskog suda za ljudska prava od 18. jula 2013. godine donesenu u predmetu *Maktouf i Damjanović*. Imajući u vidu navedenu odluku apelant smatra da je u konkretnom slučaju Sud BiH primijenio KZ BiH iz 2003. godine koji je u cjelini, kao i po maksimumu zapriječene kazne, stroži za apelanta.

#### **b) Odgovor na apelaciju**

29. U svom odgovoru na apelaciju Prvostepeno i Drugostepeno vijeće Suda BiH smatraju da su neosnovani apelantovi navodi u odnosu na povredu prava na pravično suđenje. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije ukazano je da su i Prvostepeno i Drugostepeno vijeće Suda BiH zaključili da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži za apelanta u odnosu na preuzeti KZ SFRJ. Naime, imajući u vidu da je preuzeti KZ SFRJ propisivao smrtnu kaznu kao

maksimalnu kaznu, a KZ BiH je kao maksimalnu kaznu propisao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina, po mišljenju oba vijeća Suda BiH u konkretnom predmetu KZ BiH je bio blaži za apelanta jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

30. U svom odgovoru na apelaciju Tužilaštvo je navelo da su neosnovani apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje i povredi prava iz člana 7. Evropske konvencije. Po mišljenju Tužilaštva Drugostepeno vijeće je u svojoj presudi detaljno obrazložilo razloge primjene KZ BiH jer je blaži za počinitelja krivičnog djela.

## V. Relevantni propisi

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

### *Načelo zakonitosti*

#### *Član 3.*

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

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

#### *Član 4a.*

*Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim principima međunarodnog prava*

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

### **Pomaganje**

#### *Član 31.*

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

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

### **Svrha kažnjavanja**

#### *Član 39.*

*Svrha kažnjavanja je:*

- a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela;*
- b) da se utječe na učinitelja da ubuduće ne čini krivična djela;*
- c) da se utječe na ostale da ne čine krivična djela;*
- d) i da se utječe na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinitelja.*

### **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.*

(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.*

### **Opća pravila za odmjeravanje kazne**

#### **Član 48.**

(1) *Sud će učinitelju krivičnog djela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to krivično djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utječu da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), a osobito: stepen krivične odgovornosti, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinitelja, njegove osobne prilike i njegovo držanje nakon učinjenog krivičnog djela, kao i druge okolnosti koje se odnose na osobu učinitelja.*

(2) *Kad sud odmjerava kaznu učinitelju za krivično djelo učinjeno u povratu, posebno će uzeti u obzir je li ranije djelo iste vrste kao i novo djelo, jesu li oba djela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izdržane ili oprostene kazne.*

(3) *Pri odmjeravanju novčane kazne, sud će uzeti u obzir i imovno stanje učinitelja, vodeći pri tome računa o visini njegove plaće, njegovim drugim prihodima, njegovoj imovini i o njegovim obiteljskim obavezama.*

---

XVII - GLAVA SEDAMNAESTA - KRIVIČNA DJELA PROTIV ČOVJEČNOSTI I VRIJEDNOSTI ZAŠTIĆENIH MEĐUNARODNIM PRAVOM

***Genocid***

*Član 171.*

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

a) *ubijanje pripadnika skupine ljudi;*

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

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

*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**

### **Genocid**

#### *Član 141.*

*Ko u namjeri da potpuno ili djelimično uništi neku nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu naredi da se vrše ubistva ili teške povrede tijela ili teško narušavanje fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ili prinudno raseljavanje stanovništva, ili da se grupa stavi u takve životne uslove koji dovode do potpunog ili djelimičnog isrebljenja grupe, ili da se primjene mjere kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe, ili da se vrši prinudno presej enje djece u drugu grupu, ili ko u istoj namjeri izvrši neko od navedenih djela, kazniće se zatvorom namjanje pet godina ili smrtnom kaznom.*

## **VI. Dopustivost**

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

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

34. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-05/24-1 od 7. septembra 2009. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 27. oktobra 2009. godine, a apelacija je podnesena 23. decembra 2009. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

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

## **VII. Meritum**

36. Apelant smatra da mu je osporenim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, kao i pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije.

37. Ustavni sud će prvo ispitati da li postoji kršenje člana 7. Evropske konvencije.

### **Član 7. Evropske konvencije**

Član 7. Evropske konvencije glasi:

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

*2. Ovaj član ne utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica koje je krivo za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim principima koje su priznali civilizirani narodi.*

38. Ustavni sud zapaža da apelant ukazuje da osporene presude nisu u skladu s odredbom člana 7. Evropske konvencije budući da je osuđen na kaznu zatvora od 28 godina na osnovu odredbi KZ BiH, koji po mišljenju apelanta nije trebalo primijeniti u konkretnom slučaju budući da je za njega bio blaži KZ SFRJ.

39. Ustavni sud podsjeća da garancije sadržane u članu 7. Evropske konvencije predstavljaju jedan od osnovnih činilaca vladavine prava i zauzimaju istaknuto mjesto u sistemu ostvarivanja prava zaštićenih Evropskom konvencijom. Značaj člana 7. Evropske konvencije ogleda se i u činjenici da, u skladu s 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 protiv arbitrarnog gonjenja, osude i kazne. Dalje, Ustavni sud podsjeća da član 7. stav 1. ne



garantira samo princip zabrane retroaktivne primjene strožeg 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 stupili na snagu nakon toga, a prije donošenja pravosnažne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije odredbe su najpovoljnije za optuženog (vidi Evropski sud, *Scoppola protiv Italije No 2*, presuda od 17. septembra 2009. godine, tačka 109).

40. Zatim, Ustavni sud podsjeća da su u njegovoj dosadašnjoj praksi relevantni predmeti, koji se tiču ratnih zločina, a u kojima je Ustavni sud ispitivao osporene sudske odluke u skladu sa standardima člana 7. Evropske konvencije: *AP 1785/06* od 30. marta 2007. godine (Odluka o dopustivosti i meritumu objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 57/07, u daljnjem tekstu: *Maktouf*) i *AP 519/07* od 29. januara 2010. godine (Odluka o dopustivosti i meritumu objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 20/10, u daljnjem tekstu: *Samardžić*).

41. Međutim, Ustavni sud zapaža da je Evropski sud 18. jula 2013. godine donio presudu u predmetu *Maktouf i Damjanović* (vidi Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine) u kojoj je utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije.

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

43. Evropski sud je istakao da njegov zadatak nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZ BiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s članom 7. Evropske konvencije, te da se ovo pitanje mora procjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta, a posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

44. Dalje je istaknuto da je definicija ratnih zločina ista u članu 142. stav 1. KZ SFRJ iz 1976. godine, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela i u članu 173. stav 1. KZ BiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Međutim, ukazano je da ova dva zakona pružaju različit raspon kazni za ratne zločine. S tim u vezi je ukazano da je aplikant

Damjanović osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina, što je malo iznad minimalne kazne zatvora u trajanju od deset godina koju propisuje KZ BiH, dok mu je prema KZ SFRJ bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina (tač. 67- 68).

45. Evropski sud nije prihvatio argumentaciju Vlade Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Vlada) da je KZ BiH blaži za aplikante od KZ SFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. U vezi s tim je ukazano da je samo za najteže oblike ratnih zločina bila zapriječena smrtna kazna prema KZ SFRJ, te kako nijedan od aplikanata nije proglašen krivim za oduzimanje života, zločini za koje su oni osuđeni očigledno nisu spadali u tu kategoriju. Štaviše, aplikantu Maktoufu je izrečena najniža moguća kazna, a aplikantu Damjanoviću kazna koja je tek malo viša od najniže kazne, koju propisuje KZ BiH za ratne zločine. U tim okolnostima, Evropski sud je smatrao da je u navedenom predmetu od posebnog značaja bilo da se ustanovi koji je zakon blaži u pogledu minimalne kazne, te da je to, bez ikakve sumnje, KZ SFRJ (tačka 69).

46. Evropski sud je dalje naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i KZ SFRJ i KZ BiH, te da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata bio blaže kažnjen da je primijenjen KZ SFRJ iz 1976. godine. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao da: *Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon (napomena: KZ SFRJ) primijenjen u njihovim predmetima* (tačka 70). U tom smislu Evropski sud je ukazao i na praksu Suda BiH u novijim predmetima ratnih zločina u kojim se primjenjuje KZ SFRJ umjesto KZ BiH, posebno s ciljem primjene najblažih pravila kažnjavanja (*napomena: Kurtović*). Evropski sud je, cijeneći navedeno, zaključio da (...) *s obzirom da postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena Zakona iz 2003. bila na štetu aplikanata u pogledu izricanja kazne, ne može se reći da im je osigurana djelotvorna zaštita od nametanja veće kazne, što predstavlja povredu člana 7. Evropske konvencije* (tačka 70).

47. Zatim, Evropski sud nije prihvatio argument Vlade da se pravilo koje zabranjuje retroaktivnu primjenu krivičnog zakonodavstva ne primjenjuje ukoliko je neko djelo, u vrijeme njegovog počinjenja, predstavljalo krivično djelo prema „općim pravnim načelima koja priznaju civilizirani narodi“, u smislu značenja člana 7. stav 2. Evropske konvencije. Naime, Evropski sud je istakao da ovaj stav nije u skladu s *Travaux préparatoires* koji impliciraju da se može smatrati da član 7. stav 1. sadrži opće pravilo neretroaktivnosti, a da član 7. stav 2. predstavlja samo kontekstualno pojašnjenje za aspekt krivične odgovornosti iz tog pravila, a koji je dodat kako bi se osiguralo da nema nikakve sumnje u pogledu valjanosti krivičnih postupaka nakon Drugog svjetskog rata u pogledu zločina koji su počinjeni tokom tog rata. Stoga je jasno da oni koji su

sastavljali tekst Evropske konvencije nisu imali namjeru da dozvole bilo kakav opći izuzetak od pravila neretroaktivnosti, a Evropski sud je s tim u vezi u brojnim predmetima zaključio da su dva stava člana 7 uzajamno povezana i da se trebaju tumačiti na usklađen način (tačka 72).

48. Evropski sud nije prihvatio ni argument Vlade da je obaveza države prema međunarodnom humanitarnom pravu da se ratni zločini kažnjavaju na adekvatan način zahtijevala da se u predmetnom slučaju ne primijeni pravilo o zabrani retroaktivnosti. U vezi s tim je istaknuto da se pravilo neretroaktivnosti zločina i kazni također nalazi u Ženevskim konvencijama i njihovim dopunskim protokolima. Štaviše, s obzirom da su kazne izrečene aplikantima bile unutar raspona propisanog i zakonom iz 1976. i zakonom iz 2003. godine, Evropski sud je smatrao da je očigledno neosnovan argument da aplikanti ne bi bili adekvatno kažnjeni u slučaju da je primijenjen zakon iz 1976. godine (tačka 74).

49. Imajući u vidu sve navedeno Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede člana 7. Evropske konvencije u odnosu na oba aplikanta. Međutim, Evropski sud je jasno naglasio da to ne znači da su u njihovom slučaju trebale biti izrečene blaže kazne, nego samo da je trebao biti primijenjen KZ SFRJ iz 1976. godine.

50. Nakon ove odluke Evropskog suda Ustavni sud je, primjenjujući standarde iz navedene odluke, donio svoju Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine (vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba)). U toj odluci Ustavni sud je našao povredu člana 7. stav 1. Evropske konvencije jer je, uzimajući u obzir standarde zauzete u predmetu *Maktouf i Damjanović*, smatrao da i u konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne. U navedenoj odluci Ustavni sud je naveo da iz osporenih presuda proizlazi da se djela za koje je apelant proglašen krivim i kažnjen ne mogu svrstati u najteže oblike ratnih zločina (*gubitak života*) za koja je prema KZ SFRJ bilo moguće izreći smrtnu kaznu. Istaknuto je da je Sud BiH apelanta proglasio krivim i osudio zbog toga što je aktivno učestvovao u premlaćivanju grupe zarobljenih muškaraca bošnjačke nacionalnosti, iz čega proizlazi da se ne radi se o najtežim oblicima predmetnog krivičnog djela za koje je bilo moguće izreći apelantu maksimalnu zapriječenu kaznu za predmetno krivično djelo. Ukazano je da je apelantu izrečena kazna zatvora koja je tek malo viša od najniže kazne koju propisuje KZ BiH za ratne zločine (deset godina i šest mjeseci), iz čega se može zaključiti da je opredjeljenje suda bilo da se apelant blaže kazni. Zbog toga, po mišljenju Ustavnog suda, u konkretnom slučaju 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*, tačka 69). Prema tome, imajući u vidu da je minimum kazne zatvora prema KZ SFRJ pet godina, a prema KZ BiH 10 godina, po mišljenju Ustavnog suda nedvosmisleno proizlazi da je, u okolnostima konkretnog slučaja, blaži KZ SFRJ. Navedeno je da, bez obzira na propisani raspon kazne zatvora, ne znači da bi apelant i dobio manju kaznu zatvora da je u njegovom slučaju primijenjen KZ SFRJ. Ustavni sud je naglasio da je od ključnog značaja da je apelant *mogao* dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen (vidi *Maktouf i Damjanović*, tačka 70).

51. Imajući u vidu navedene standarde iz odluke Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović*, koje je Ustavni sud već primijenio i u svojoj Odluci broj AP 325/08, Ustavni sud će ispitati da li je u konkretnom slučaju došlo do kršenja člana 7. Evropske konvencije.

52. Ustavni sud nalazi da je apelantu za počinjeno krivično djelo genocida iz člana 171. tačka a) KZ BiH u vezi s članom 31. spomenutog zakona izrečena kazna zatvora u trajanju od 28 godina. Naime, rješavajući apelantovu žalbu Apelaciono vijeće Suda BiH je preinačilo prvostepenu presudu i apelanta proglasilo krivim kao pomagača u genocidu. Pri tome je Apelaciono vijeće navelo da se iz provedenih dokaza ne može izvesti zaključak da je apelant, preduzimajući radnje izvršenja za koje je proglašen krivim, postupao s genocidnom namjerom, ali da su istovremeno konkretne radnje pomaganja saizvršilačke radnje u ubijanju, što daleko premašuje uobičajene radnje pomaganja pri izvršenju krivičnih djela za koja se traži „specijalna namjera“. Apelaciono vijeće je, cijeneći sve okolnosti koje su bile od uticaja da apelantova kazna za počinjeno djelo bude manja ili veća, uzeo u obzir da je apelant u okviru svog doprinosa ubijanju zatvorenika uglavnom „čuvao stražu“ kao blaži vid kriminalne aktivnosti, što je ocijenjeno kao olakšavajuća okolnost ali ne u toj mjeri da opravda zakonsku mogućnost blažeg kažnjavanja ispod zapriječenog minimuma kazne.

53. Dakle, u konkretnom slučaju proizlazi da je opredjeljenje suda bilo da se apelant za počinjeno krivično djelo strože kazni, te da u konkretnom nije bilo potrebno utvrđivati koji zakon propisuje blažu minimalnu kaznu, već je bilo neophodno utvrditi koji je zakon blaži u pogledu maksimalne kazne. S tim u vezi Ustavni sud primjećuje da su i Prvostepeno i Drugostepeno vijeće Suda BiH prilikom utvrđivanja kazne smatrali da je KZ BiH blaži za apelanta nego KZ SFRJ. Naime, uspoređujući ova dva zakona utvrđeno je da preuzeti KZ SFRJ propisuje smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu, a KZ BiH je kao maksimalnu kaznu propisao kaznu dugotrajnog zatvora od 20 do 45 godina. Iz navedenoga, po mišljenju oba vijeća Suda BiH, proizlazi da je u konkretnom slučaju KZ BiH bio blaži za apelanta jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

54. Imajući u vidu razloge kojima su se rukovala oba vijeće Suda BiH, Ustavni sud zapaža da u vrijeme donošenja osporenih presuda (2008. i 2009. godine) nije postojala mogućnost da se apelantu izrekne smrtna kazna. Naime, Bosna i Hercegovina je uvođenjem Evropske konvencije i njenih protokola u svoj Ustav i svoje zakonodavstvo isključila mogućnost za izricanje smrtne kazne. S tim u vezi Ustavni sud napominje da je protokolima br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju (koje je Bosna i Hercegovina ratificirala 1. novembra 2003. godine), isključena mogućnost izricanja i izvršenja smrtne kazne na teritoriji Bosne i Hercegovine. Ustavni sud napominje da Protokol broj 13 uz Evropsku konvenciju, koji, za razliku od Protokola broj 6 uz Evropsku konvenciju (koji ne isključuje propisivanje smrtne kazne za krivična djela počinjena u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti), odredbama člana 1. bezuvjetno propisuje da se smrtna kazna ukida i da niko ne smije biti osuđen na takvu kaznu ili pogubljen.

55. Također, Ustavni sud napominje da je Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu (u daljnjem tekstu: Dom za ljudska prava) u svojoj odluci *Sretko Damjanović protiv Federacije BiH* (vidi odluku Doma za ljudska prava broj CH/96/30 od 5. septembra 1997. godine tačka 49) na koju se Dom za ljudska prava poziva i u svojoj odluci *Borislav Herak protiv Federacije BiH* (vidi odluku Doma za ljudska prava broj CH/97/69 od 12. juna 1998. godine), zaključio da bi izvršenje smrtne kazne nad podnosiocem prijave, koji je (presudom Okružnog vojnog suda u Sarajevu od 12. marta 1993. godine koja je potvrđena presudom Vrhovnog suda Republike Bosne i Hercegovine od 29. decembra 1993. godine) osuđen na smrtnu kaznu zbog krivičnog djela ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 142. KZ SFRJ, „...podrazumijevalo kršenje obaveza tužene Strane po članu 1. Protokola broj 6 uz Evropsku konvenciju...“.

56. Stoga, kada se ima u vidu da se smrtna kazna u Bosni i Hercegovini ne može izreći niti izvršiti nakon 14. decembra 1995. godine, nameće se zaključak da onda, u slučaju primjene odredaba KZ SFRJ (u konkretnom slučaju) za krivično djelo genocida, ostaje mogućnost izricanja druge vrste kazne prema tom zakonu. Naime, po mišljenju Ustavnog suda protokoli br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju su nametnuli obavezu državama članicama da iz svog zakonodavstva isključe odredbe koje propisuju mogućnost izricanja ili izvršenja smrtne kazne, ali da to ne znači da automatski treba staviti van svake primjene relevantne zakonske akte 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 KZ SFRJ, one istovremeno ne isključuju i mogućnost da se, prema drugim relevantnim odredbama tog zakona, izrekne maksimalna zatvorska kazna u trajanju od 20 godina zatvora (koja se prema odredbama tog zakona

dosuđivala kao zamjena za smrtnu kaznu) ili zatvorska kazna u trajanju od 15 godina (koju taj zakon predviđa kao maksimalnu zatvorsku kaznu).

57. Dakle, prema relevantnim odredbama KZ SFRJ (član 38) maksimalna zatvorska kazna za bilo koje krivično djelo propisano tim zakonom (koja bi se mogla izreći) iznosila bi 15 ili 20 godina zatvora. Kada se maksimalna moguća kazna od 15 ili 20 godina zatvora koja bi se, dakle, mogla izreći (i) za krivično djelo genocida iz člana 141. KZ SFRJ u vezi s članom 38. tog zakona, usporedi s maksimalnom kaznom dugotrajnog zatvora u trajanju od maksimalno 45 godina za krivično djelo genocida iz člana 171. KZ BiH u vezi sa članom 42. tog zakona, nameće se jednostavan zaključak da, u konkretnom slučaju, KZ SFRJ propisuje blažu maksimalnu kaznu u odnosu na KZ BiH za krivično djelo genocida, jer je maksimalna kazna od 15 ili 20 godina zatvora (prema odredbama KZ SFRJ) očigledno blaža od maksimalne kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od maksimalno 45 godina (prema odredbama KZ BiH).

58. Prema tome, iz navedenog proizlazi da, kada se isključi mogućnost izricanja smrtne kazne u konkretnom slučaju, usporedbom KZ SFRJ i KZ BiH u odnosu na maksimalnu propisanu kaznu koja se može izreći po tim zakonima za krivično djelo genocida proizlazi da je KZ SFRJ blaži za apelanta. Dakle, od ključnog je značaja da je apelant mogao dobiti nižu kaznu da je u konkretnom slučaju primijenjen KZ SFRJ (vidi *Maktouf i Damjanović*, tačka 70). Pri tome, Ustavni sud naglašava stav Evropskog suda prema kojem su države slobodne odlučivati o vlastitim politikama kažnjavanja, ali u tome se i dalje moraju pridržavati člana 7. Evropske konvencije (vidi *Maktouf i Damjanović*, tačka 75).

59. Stoga, imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju postoji mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

60. Na osnovu svega navedenog Ustavni sud zaključuje da je u konkretnim okolnostima došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, te smatra da je u cilju zaštite apelantovih ustavnih prava dovoljno ukinuti Presudu Suda BiH broj X-KRŽ-05/24-1 od 7. septembra 2009. godine i predmet vratiti tom sudu da donese novu odluku u skladu s članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

### **Ostali navodi**

61. Imajući u vidu zaključak u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije i nalog da redovni sud u ponovnom postupku donese novu odluku, Ustavni su smatra da nije neophodno da posebno

razmatra dio apelacije koji se odnosi na pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

### **VIII. Zaključak**

62. Ustavni sud zaključuje da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije zato što u konkretnom slučaju postoji mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne.

63. 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.

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

Predsjednica  
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić