

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 2948/09**, rješavajući apelacije **Milorada Savića i Mirka Pekeza**, 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

Usvajaju se apelacije **Milorada Savića i Mirka Pekeza**.

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-05/96-1 od 5. maja 2009. godine.

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

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

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Milorad Savić (u daljnjem tekstu: prvoapelant), trenutno na izdržavanju kazne zatvora u Kazнено-popravnom zavodu "Kula" u Istočnom Sarajevu, kojeg zastupa Nebojša Pantić, advokat iz Banjaluke, podnio je 14. septembra 2009. 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-05/96-1 od 5. maja 2009. godine. Apelacija je zavedena pod brojem AP 2948/09.

2. Mirko Pekez (u daljnjem tekstu: drugoapelant), trenutno na izdržavanju kazne zatvora u Kazneno-popravnim zavodu u Foči, kojeg zastupa Janko Nikolić, advokat iz Zvornika, podnio je 28. oktobra 2009. godine apelaciju Ustavnom sudu protiv Presude Suda BiH X-KRŽ-05/96-1 od 5. maja 2009. godine. Apelacija je zavedena pod brojem AP 3382/09.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

3. S obzirom da se ove apelacije tiču istog činjeničnog i pravnog osnova, Ustavni sud je, u skladu s članom 31. stav 1. Pravila Ustavnog suda, donio odluku o spajanju predmeta br. AP 2948/09 i AP 3382/09 u kojima će voditi jedan postupak i donijeti jednu odluku pod brojem AP 2948/09.

4. Na osnovu člana 22. st. 1. i 2. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) je zatraženo 25. februara i 26. maja 2010. godine da dostave odgovore na apelacije.

5. Sud BiH je 8. marta i 11. juna 2010. godine dostavio odgovore na apelacije, a Tužilaštvo BiH 11. marta i 15. juna 2010. godine.

6. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori Suda BiH i Tužilaštva BiH dostavljeni su apelantima 14. marta odnosno 24. juna 2010. godine.

III. Činjenično stanje

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

8. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/96-1 od 15. aprila 2008. godine prvoapelant, drugoapelant i optuženi M.P. proglašeni su krivim za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) u vezi s čl. 29. i 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ BiH). Za navedeno krivično djelo prvoapelant i drugoapelant su osuđeni na kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od po 21 godinu, dok je optuženi M.P. osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 29 godina.

9. Odlučujući o žalbama apelanata i optuženog M.P. protiv prvostepene presude, Sud BiH je donio Presudu broj X-KRŽ-05/96-1 od 29. septembra 2008. godine kojom je žalbu optuženog M.P. odbio kao neosnovanu i prvostepenu presudu u dijelu koji se odnosi na tog optuženog potvrdio, dok je žalbe apelanata uvažio i prvostepenu presudu u dijelu koji se odnosi na njih ukinuo, te u tom dijelu odredio održavanje pretresa pred tim sudom.

10. Sud BiH je, nakon pretresa održanog pred tim sudom, donio Presudu broj X-KRŽ-05/96-1 od 5. maja 2009. godine kojom je prvoapelant proglašen krivim za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) u vezi s članom 29. KZ BiH, a drugoapelant za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi s članom 31. KZ BiH. U izreci presude je navedeno da su apelanti krivi što su zajedno, za vrijeme ratnog stanja u Bosni i Hercegovini i oružanog sukoba na području općine Jajce, kao pripadnici Vojske Republike Srpske (u daljnjem tekstu: Vojska RS) i rezervnog sastava milicije, kršeći odredbe čl. 3. i 147. Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, 10. septembra 1992. godine, poslije sahrane poginulog vojnika Vojske RS, kao organizirana grupa naoružanih ljudi koju je organizirao J.J., nakon zajedničkog dogovorenog plana, u selima Ljoljići i Čerkazovići nezakonito lišili slobode i nasilno iz kuća izveli civilno stanovništvo bošnjačke nacionalnosti, u izvršenju kojih radnji im je drugoapelant pomagao, a nakon toga napustio grupu, dok su ostali pripadnici grupe, među kojima i prvoapelant, sve civile povelili prema mjestu Draganovac, pri čemu su J.J. i M.P. upućivali civilima prijetnje, vrijeđali ih i fizički zlostavljali, da bi zatim kada su stigli u mjesto Draganovac J.J. naredio civilima da sve vrijedne stvari odlože na određeno mjesto (te stvari su prisvojili J.J. i M.P.), te nakon toga odveli civile do mjesta Tisovac gdje je J.J. naredio da otpočne paljba, što je većina pripadnika naoružane grupe i učinila, kojom prilikom su usmrtili 23 osobe, dok su četiri osobe preživjele strijeljanje (osobe koje su zadobile tjelesne povrede), a jedna osoba je ostala nepovrijeđena. Za navedeno krivično djelo prvoapelant je osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 godinu, dok je drugoapelant osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, te je određeno da će im se vrijeme koje su proveli u pritvoru, počevši od 1. novembra 2007. godine, uračunati u izrečene kazne zatvora.

11. U obrazloženju presude Sud BiH je u odnosu na prvoapelanta naveo, između ostalog, da iz svih dokaza izvedenih u toku prvostepenog postupka, proizlazi da je prvoapelant, znajući za zločinački plan, te dijeleći zločinačku namjeru s ostalim pripadnicima grupe, svojim radnjama na odlučujući način doprinio realizaciji krivičnog djela koje mu je optužnim aktom stavljeno na teret. Naime, Sud BiH je naveo da je u toku postupka utvrdio da je prvoapelant, kao

pripadnik naoružane grupe, bio prisutan u svim fazama realizacije zločinačkog plana, što ni sam apelant nije sporio. Sud BiH je naveo da je, dakle, prvoapelant bio prisutan i pri izvršenju radnji fizičkog zlostavljanja i pljačkanja civila, tako što je zajedno s ostalim pripadnicima grupe držao puške uperene u civile i time omogućio J.J. i M.P. direktno izvršenje tih radnji. Pri tome, Sud BiH je ukazao da se prvoapelantovo činjenje predmetne inkriminacije sastoji u odlučujućem doprinosu njene realizacije, odnosno da je samim svojim prisustvom omogućio glavnim izvršiocima direktno činjenje radnje pljačkanja, te da je u predmetnoj inkriminaciji učestvovao u svojstvu saizvršioca, postupajući s direktnim umišljajem. Dalje, Sud BiH je naveo da u konkretnom slučaju prvoapelant nije morao fizički učiniti djelo ubistva da bi snosio odgovornost, već da je dovoljno da je voljno učestvovao u aspektu zajedničkog plana i da je namjeravao takav ishod. U vezi s tim, Sud BiH je ukazao da je u tom postupku van razumne sumnje dokazano prvoapelantovo prisustvo radnji ubijanja civila, tako što je držao pušku uperenu u civile, time omogućavajući ostalim pripadnicima grupe direktno izvršenje te krivično-pravne radnje. Sud BiH je naveo da je sasvim dovoljno što je prvoapelant stajao naoružan dok su ostali pripadnici grupe pucali u civile, da se njegova radnja okvalificira kao radnja izvršenja predmetnog krivičnog djela u svojstvu saizvršioca.

12. U odnosu na drugoapelanta Sud BiH je naveo, između ostalog, da je na osnovu izvedenih dokaza van razumne sumnje utvrdio da je drugoapelant kritične večeri, zajedno s ostalim naoružanim licima, učestvovao u sakupljanju civila, odnosno njihovom nasilnom izvođenju iz kuća, te da je na taj način svojim činjenjem pomogao izvršiocima da učine djelo, odnosno da u konačnici izvrše strijeljanje lica lišenih slobode. Sud BiH je naveo da je drugoapelant, znajući za zločinački plan, krenuo u realizaciju tog plana, pri čemu je bio svjestan da svojim radnjama pomaže izvršiocima u izvršenju zabranjene radnje. Sud BiH je naveo da je drugoapelant znao ili da mu u najmanju ruku nije moglo ostati nepoznato da će civili koji su lišeni slobode biti pogubljeni. Pri tome, Sud BiH je ukazao da, iako drugoapelant nije učestvovao u radnji ubijanja civila, budući da je odustao nakon prve faze realizacije zajedničkog plana, ipak je pomogao ostalim izvršiocima u realizaciji zajedničkog zločinačkog plana, te je na taj način svojim radnjama ušao u kriminogenu zonu predmetnog krivičnog djela u svojstvu pomagača.

13. Dalje, Sud BiH je naveo da je, kada je u pitanju materijalni zakon koji je trebalo primijeniti na predmetno krivično djelo, donio odluku kao u izreci presude, uz poštovanje principa zakonitosti i vremenskog važenja zakona propisanih čl. 3. i 4. KZ BiH. Sud BiH je naveo da je načelo zakonitosti propisano, kako domaćim zakonom (član 3. KZ BiH), tako i članom 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska

konvencija). Sud BiH je naveo da je, ispitujući zakonske kriterije za utvrđivanje blažeg zakona za učinioce *in concreto*, utvrdio da KZ BiH blaži za apelanta u odnosu na Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: KZ SFRJ) koji je, također, propisivao krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, te koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Naime, Sud BiH je ukazao da je odredbama člana 142. KZ SFRJ za predmetno krivično djelo bila je zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili smrtna kazna, dok je za to krivično djelo, prema važećem KZ BiH zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora. U vezi s tim, Sud BiH je naveo da je nakon izvršene komparacije spomenutih kazni, došao do zaključka da je zapriječena kazna po važećem KZ BiH u svakom slučaju blaža od ranije propisane. Naime, Sud BiH je naveo da je prema međunarodnom običajnom pravu smrtna kazna u svakom slučaju stroža kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako da je prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona. Shodno navedenom, te imajući u vidu *ratio legis* odredbe člana 4. stav 2. KZ BiH po kojoj se traži *primjena zakona blažeg za učinioca*, a ne *blažeg zakona*, kao i imajući u vidu pravac odmjeravanja kazne apelantu (u smjeru posebnog maksimuma), Sud BiH je zaključio da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži zakon (jer propisuje niži maksimum) u odnosu na KZ SFRJ. Pored toga, Sud BiH je naveo da je u odnosu na prvoapelanta utvrdio da je ispunjen još jedan kriterij koji ukazuje da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži u odnosu na KZ SFRJ. Naime, Sud BiH je naveo da je, ocjenjujući u tom smislu oba zakona, utvrdio da je u odnosu na saizvršilaštvo, odnosno saizvršilačke radnje prvoapelanta povoljniji KZ BiH (član 29), koji taj institut restriktivnije definiše. U pogledu odluke o kazni, Sud BiH je ukazao da je za krivično djelo za koje su apelanti proglašeni krivim predviđena kazna zatvora u trajanju od najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora. U vezi s tim, Sud BiH je naveo da je prilikom odmjeravanja vrste i visine kazne cijenio sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, te slijedom toga prvoapelantu izrekao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 godinu, dok je drugoapelantu izrekao kaznu zatvora u trajanju od 14 godina.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

14. Prvoapelant smatra da mu je osporenom odlukom povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine kojem odgovara član 6. Evropske konvencije, pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine kojem odgovara član 14. Evropske konvencije, te pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. stav 1. Evropske

konvencije. Prvoapelant navodi da je Sud BiH u konkretnom slučaju, primjenjujući KZ BiH, počinio povredu čl. 3. i 4. KZ BiH. Prvoapelant navodi da princip vremenskog važenja zakona koji osigurava poštovanje načela zakonitosti, zato što osigurava da se na učinioca krivičnog djela ima primijeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a da je samo izuzetno dozvoljena primjena kasnije donesenog zakona pod uvjetom da je taj zakon blaži za učinioca krivičnog djela. Prvoapelant navodi da se pitanje vremenskog važenja krivičnog zakona posebno aktuelizira u slučaju pojave vremenskog sukoba krivičnih zakona, a što je slučaj u konkretnom predmetu. Prvoapelant navodi da je to upravo situacija koja je predviđena odredbama člana 4. stav 2. KZ BiH, koje obavezuju sud da primijeni najblaži zakon za učinioca krivičnog djela. U vezi s tim, prvoapelant navodi da je potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, te direktnom primjenom Evropske konvencije i njenih protokola, uključujući Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju, uklonjena smrtna kazna iz sistema sankcija u Bosni i Hercegovini. Prvoapelant navodi da tako okružni sudovi u Republici Srpskoj i kantonalni sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine za krivična djela "ratni zločini" izriču kaznu zatvora od 20 godina kao najstrožu kaznu. S obzirom na navedeno, prvoapelant smatra da je van svake sumnje da je KZ SFRJ blaži od KZ BiH (prema kojem je kazna dugotrajnog zatvora najstroža kazna).

15. Drugoapelant smatra da mu je osporenim odlukom povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije (kako to proizlazi iz navoda apelacije). Drugoapelant navodi da je osporena presuda zasnovana na nezakonitim dokazima, kao i da je Sud BiH pogrešno ocijenio izvedene dokaze, te u vezi s tim pogrešno utvrdio činjenično stanje, što je za posljedicu imalo donošenje osuđujuće presude. Drugoapelant dalje navodi da se prema odredbama člana 4. KZ BiH (vremensko važenje zakona) na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. U vezi s tim, drugoapelant navodi da je za sve učinioce krivičnih djela, pa i za krivično djelo koje je njemu stavljeno na teret, važeći zakon prema vremenu izvršenja, a da je to KZ SFRJ. Naime, drugoapelant navodi da se prema odredbama člana 142. KZ SFRJ predmetno krivično djelo moglo sankcionirati kao krivično djelo, kao i da se ne može reći da je KZ BiH blaži od KZ SFRJ.

b) Odgovor na apelaciju

16. U odgovoru na apelaciju prvoapelanta Sud BiH je naveo, između ostalog, da su neosnovani apelantovi navodi o pogrešnoj primjeni materijalnog prava, budući da se radi o pitanju na koje je već odgovoreno u predmetnom postupku. U odgovoru na apelaciju drugoapelanta, Sud

BiH je naveo, između ostalog, da se pitanje koji je zakon blaži za učinioca rješava *in concreto*, odnosno upoređivanjem starog i novog zakona. U vezi s tim, Sud BiH je naveo da je ukonkretnom slučaju utvrdio da je važeći zakon, tj. KZ BiH, blaži za drugoapelanta u odnosu na KZ SFRJ koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a kako je to detaljno elaborirao u osporenoj presudi. Stoga, Sud BiH je naveo da su neosnovani drugoapelantovi navodi o nezakonitoj retroaktivnosti.

17. U odgovorima na apelacije Tužilaštvo BiH je, između ostalog, navelo da je Sud BiH, pri donošenju svoje odluke, pravilno primijenio materijalno pravo. Naime, Tužilaštvo BiH je navelo da je jasno da se princip zabrane retroaktivne primjene krivičnog zakonodavstva ne ogleda kroz latinsku izreku *nullum crimen sine lege*, budući da član 4.a) KZ BiH u određenoj mjeri ograničava čl. 3. i 4. KZ BiH.

V. Relevantni propisi

18. 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.

[...]

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;

f) prisiljavanje na prinudni rad, izgladnjivanje stanovništva, konfiskaciju imovine, pljačkanje imovine stanovništva, [...],

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

19. 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.

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

20. 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.

21. 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 osporava, 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 koji je koristio.

22. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijama je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-05/96-1 od 5. maja 2009. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelanti su primili 31. augusta 2009. godine, a apelacije su podnesene 14. septembra i 28. oktobra 2009. godine, tj. u roku od 60 dana kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacije ispunjavaju i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda zato što nisu očigledno (*prima facie*) neosnovani, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacije nisu dopustive.

23. 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 apelacije ispunjavaju uvjete u pogledu dopustivosti.

VII. Meritum

24. Prvoapelant pobija navedenu presudu, tvrdeći da mu je tom presudom povrijeđeno pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, kao i pravo iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije, te pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

25. Drugoapelant pobija navedenu presudu, tvrdeći da mu je tom presudom povrijeđeno pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

26. U konkretnom slučaju, Ustavni sud će prvo ispitati navode apelanata u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

27. 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.

28. Apelanti smatraju da je Sud BiH bio dužan da primijeni relevantne odredbe KZ SFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminiranom periodu, te da je, po mišljenju apelanata, blaži od KZ BiH 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.

29. Ustavni sud, prije svega, podsjeća na dva relevantna predmeta Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) u kojima je razmatrao navode o retroaktivnoj

primjeni zakona u predmetima "ratnih zločina", te u vezi s tim kršenjem člana 7. Evropske konvencije.

30. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu aplikanta Bobana Šimšića donio odluku o dopustivosti kojom je odbacio kao očigledno neosnovanu aplikaciju u odnosu na član 7. Evropske konvencije (vidi Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10). Naime, u navedenoj odluci Evropski sud je ukazao da je aplikant osuđen za progon kao zločin protiv čovječnosti u odnosu na djela počinjena 1992. godine, koja nisu predstavljala zločin protiv čovječnosti prema domaćem pravu, sve do stupanja na snagu KZ BiH iz 2003. godine, ali da je evidentno da su ta djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu (tačka 23). S obzirom da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu, Evropski sud je zaključio da su aplikantovi navodi u odnosu na član 7. Evropske konvencije očigledni neosnovani (tačka 25).

31. Ustavni sud podsjeća da je, nakon toga, Evropski sud u predmetu aplikantata Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića donio presudu kojom je utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije (vidi Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 18. jula 2013. godine, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08). Naime, u navedenoj odluci Evropski sud je, prije svega, ukazao da predmetne aplikacije pokreću potpuno različita pitanja od onih u predmetu *Šimšić*, s obzirom da su ratni zločini, koje su počinili aplikanti, predstavljali krivična djela prema domaćem pravu u vrijeme kada su počinjeni (tačka 55). U navedenoj odluci Evropski sud je istakao da nije zadatak tog suda 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). U vezi s tim, Evropski sud je ukazao da je definicija ratnih zločina ista u članu 142. stav 1. KZ SFRJ (koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela) i u članu 173. stav 1. KZ BiH (koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno), ali da ta dva zakona predviđaju različit raspon kazni za ratne zločine. Naime, Evropski sud je ukazao da je aplikant Maktouf osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina (dakle, najnižu moguću kaznu), a da mu je prema KZ SFRJ bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od jedne godine (jer se pomagačima u izvršenju ratnih

zločina kazna mogla umanjiti do jedne godine), dok je aplikant Damjanović osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina (dakle, malo iznad minimalne kazne u trajanju od 10 godina koju propisuje KZ BiH), a da mu je prema KZ SFRJ bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od samo pet godinu. S obzirom da je aplikant Maktouf osuđen na najnižu moguću kaznu, a aplikant Damjanović na kaznu zatvora koja tek malo prelazi najniži nivo koji propisuje KZ BiH za ratne zločine, Evropski sud je ukazao da je u tom predmetu bilo potrebno ustanoviti koji je zakon blaži u pogledu minimalne kazne, te zaključio da je to bez ikakve sumnje KZ SFRJ (tač. 67. do 69). Pri tome, Evropski sud je naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona koji je propisan i zakonom iz 1976. godine (KZ SFRJ) i zakonom iz 2003. godine (KZ BiH), te da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata dobio nižu kaznu da je primijenjen KZ SFRJ. Međutim, ono što je od ključnog značaja, prema mišljenju Evropskog suda, jeste da su aplikanti *moгли* dobiti niže kazne da je u njihovim predmetima primijenjen zakon iz 1976. godine tj. KZ SFRJ (tačka 70). Na osnovu izloženog, Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede člana 7. Evropske konvencije u odnosu na oba aplikanta, te, pri tome, naglasio da to ne znači da su aplikantima trebale biti izrečene niže kazne, već samo da su u njihovim predmetima trebale biti primijenjene kaznene odredbe zakona iz 1976. godine (KZ SFRJ).

32. Ustavni sud ukazuje da je, slijedeći praksu Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović*, u predmetu apelanta Zorana Damjanovića donio Odluku o dopustivosti i meritumu kojom je utvrdio povredu člana 7. stav 1. Evropske konvencije (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). Naime, u navedenoj odluci Ustavni sud je ukazao da se apelantov predmet, kako u pogledu činjeničnog supstrata, tako i u pogledu pravnog pitanja, ne razlikuje od predmeta *Maktouf i Damjanović*. Stoga, dovodeći u vezi okolnosti apelantovog slučaja sa stavovima Evropskog suda zauzetim u predmetu *Maktouf i Damjanović*, Ustavni sud je zaključio da postoji realna 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.

33. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da je prvoapelant proglašen krivim za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) KZ BiH, a drugoapelant za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 31. KZ BiH, a koje je kao takvo egzistiralo i u članu 142. KZ SFRJ. Iz navedenog, dakle, proizlazi da su apelanti proglašeni krivim za krivično djelo koje je postojalo u domaćem pravu u vrijeme izvršenja, a ta činjenica, u smislu garancija druge rečenice iz člana 7.

stav 1. Evropske konvencije, implicira obavezu Ustavnog suda da ispita *da li je izrečena kazna teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela*.

34. U kontekstu navedenog, u odnosu na prvoapelanta, Ustavni sud ukazuje da je prvoapelant osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 godinu. U vezi s tim Ustavni sud, prvenstveno, ukazuje da je za predmetno krivično djelo relevantnim odredbama KZ BiH propisana kazna zatvora najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina), dok je relevantnim odredbama KZ SFRJ propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna. Ustavni sud ukazuje da iz navedenog proizlazi da je u konkretnom predmetu, za razliku od predmeta Evropskog suda *Maktouf i Damjanović* i predmeta Ustavnog suda *Damjanović*, kazna zatvora koja je izrečena prvoapelantu bliža maksimumu propisane kazne. S obzirom na to, Ustavni sud ukazuje da je, za razliku od tih predmeta u kojima se utvrđivalo koji je zakon blaži u pogledu minimuma kazne, u konkretnom slučaju potrebno utvrditi koji je zakon blaži za prvoapelanta u pogledu maksimuma propisane kazne.

35. U tom kontekstu Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za predmetno krivično djelo propisana KZ SFRJ, stroža od kazne dugotrajnog zatvora, koja je kao maksimalna kazna propisana KZ BiH. Međutim, Ustavni sud podsjeća da je članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembar 1995. godine) stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju kojim je propisano da se smrtna kazna ukida (član 1), te da država može u svom zakonodavstvu da predvidi smrtnu kaznu za djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti (član 2). Pri tome, Ustavni sud ukazuje da je 3. maja 2002. godine na nivou Vijeća Evrope usvojen Protokol broj 13 uz Evropsku konvenciju o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, koji je Bosna i Hercegovina ratificirala 1. novembra 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka, koje su donesene u toku 2008. godine, prvoapelantu ni u kojem slučaju nije mogla biti izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

36. S obzirom da, dakle, nije bilo moguće prvoapelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to onda maksimalna kazna mogla biti izrečena prvoapelantu prema KZ SFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38. stav 2. KZ SFRJ propisano da "za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina". Po mišljenju

Ustavnog suda, iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da maksimalna kazna za ovo krivično djelo, u situaciji kada više nije moguće izreći smrtnu kaznu, jeste kazna zatvora od 20 godina. Upoređujući kaznu zatvora od 20 godina (kao maksimalnu kaznu za ovakvo krivično djelo prema KZ SFRJ) s kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za ovakvo krivično djelo prema KZ BiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZ SFRJ predstavlja blaži zakon za prvoapelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZ SFRJ prvoapelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZ BiH, izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 godinu, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu prvoapelanta u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

37. U odnosu na drugoapelanta, Ustavni sud ukazuje da je drugoapelant osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, dakle na kaznu zatvora koja je bliža minimumu propisane kazne. S obzirom na to, Ustavni sud ukazuje da je u konkretnom predmetu, kao u predmetu Evropskog suda *Maktouf i Damjanović* i predmetu Ustavnog suda *Damjanović*, potrebno utvrditi koji je zakon blaži u pogledu minimuma kazne. S obzirom da je za ovakvo krivično djelo relevantnim odredbama KZ SFRJ kao minimalna kazna propisana kazna zatvora od pet godina, dok je relevantnim odredbama KZ BiH kao minimalna kazna propisana kazna zatvora u trajanju od 10 godina, Ustavni sud smatra da je nesumnjivo da KZ SFRJ predstavlja blaži zakon za drugoapelanta. Pri tome, Ustavni sud ukazuje da, s obzirom da je drugoapelantu izrečena kazna zatvora unutar raspona koji propisuje i KZ SFRJ i KZ BiH, ne može se sa sigurnošću tvrditi da bi drugoapelantu bila izrečena niža kazna zatvora da je u njegovom slučaju primijenjen KZ SFRJ. Međutim, nezavisno od toga, Ustavni sud naglašava da je u konkretnom slučaju od ključnog značaja to da je drugoapelant *mogao* dobiti nižu kaznu da je primijenjen KZ SFRJ. Dovodeći u vezu drugoapelantov predmet s predmetom Evropskog suda *Maktouf i Damjanović* i predmetom Ustavnog suda *Damjanović*, Ustavni sud smatra da i u konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu drugoapelanta u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

38. Na osnovu izloženog, Ustavni sud smatra da je povrijeđeno pravo apelanata iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da je bilo potrebno, s ciljem zaštite prava apelanata, ukinuti osporenu odluku, te predmet vratiti Sudu BiH kako bi taj sud donio novu odluku u skladu s garancijama iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

39. S obzirom na zaključak u pogledu povrede člana 7. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da nije potrebno posebno razmatrati navodne povrede člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, te člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije.

VIII. Zaključak

40. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno pravo apelanata iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu prvoapelanta u pogledu izricanja kazne, odnosno postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH bila na štetu drugoapelanta u pogledu izricanja kazne, a što je protivno tom članu.

41. 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.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić