

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj **AP 325/08**, rješavajući apelaciju **Zorana Damjanovića**, 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

Mato Tadić, sudija

Constance Grewe, sudija

Mirsad Ćeman, sudija

Margarita Caca-Nikolovska, sutkinja

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 27. septembra 2013. godine donio je

## **ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU**

Usvaja se apelacija **Zorana Damjanovića**.

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

Ukidaju se presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-05/107 od 19. novembra 2007. godine i broj X-KR-05/107 od 18. juna 2007. 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 sa 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 sa 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 u „Službenom glasniku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine“.

### **OBRAZLOŽENJE**

#### **I. Uvod**

1. Zoran Damjanović (u daljnjem tekstu: apelant), kojeg zastupa Fahrija Karkin, advokat iz Sarajeva, podnio je 29. januara 2008. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) apelaciju protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj X-KRŽ-05/107 od 19. novembra 2007. godine i Presude Suda BiH broj X-KR-05/107 od 18. juna

2007. godine. Apelant je u apelaciji podnio i zahtjev za donošenje privremene mjere kojom bi Ustavni sud odgodio izvršenje kazne zatvora do donošenja konačne odluke o podnesenoj apelaciji.

## **II. Postupak pred Ustavnim sudom**

2. Ustavni sud je donio Odluku o privremenoj mjeri broj AP 325/08 od 14. februara 2008. godine kojom je odbio apelantov zahtjev za donošenje privremene mjere.

3. Na osnovu člana 22. stav 1. Pravila Ustavnog suda, od Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo) zatraženo je 2. aprila 2010. godine da dostave odgovore na apelaciju.

4. Sud BiH i Tužilaštvo dostavili su odgovore na apelaciju 13. aprila i 8. aprila 2010. godine

5. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovor na apelaciju dostavljen je apelantu 17. juna 2010. godine.

## **III. Činjenično stanje**

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

7. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/107 od 18. juna 2007. godine apelant je proglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 10 godina i šest mjeseci zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZBiH). Sud BiH je, nakon provedenog postupka, utvrdio da je apelant, zajedno sa Goranom Damjanovićem, 2. juna 1992. godine u naselju Bojnik, kao pripadnik Vojske Srpske republike Bosne i Hercegovine, naoružan i u vojnoj uniformi, aktivno učestvovao u prelaćivanju grupe od 20 do 30 zarobljenih muškaraca bošnjačke nacionalnosti, koji su se predali, ili bili zarobljeni. Tom prilikom apelant je pretukao Elvira Jahića, svjedoka D. i druga neidentificirana lica, tukući ih puškom, zato što su pružali otpor prilikom napada srpskih snaga na mjesto Ahatovići. Nakon prelaćivanja žrtava apelant je, zajedno sa drugim licima, žrtve ukrcavao u autobuse kojima su odvezeni u logor «Rajlovac».

8. Iz obrazloženja prvostepene presude vidljivo je da je sud tokom dokaznog postupka proveo brojne dokaze na prijedlog Tužilaštva i apelantove odbrane. Ocjenom svih provedenih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj povezanosti Sud BiH je utvrdio da je apelant, zajedno sa Goranom Damjanovićem, počinio krivična djela bliže opisana u dispozitivu presude. U obrazloženju presude je navedeno da je Sud BiH saslušanim svjedocima u cijelosti poklonio vjeru, jer su iskazi svjedoka dati pred Tužilaštvom i na glavnom pretresu bili jasni i uvjerljivi, kao i međusobno konzistentni i saglasni. Sud BiH je, dalje, naveo da je utvrđeno da su svjedoke «C» i «D» 2. juna 1992. godine zarobile srpske vojne snage za vrijeme napada na naselje Ahatovići i da su bili onesposobljeni

za borbu zbog toga što su se predali ili bili zarobljeni. Neki od njih su bili ranjeni, kao što je slučaj sa svjedokom Elvirom Jahićem, te svjedocima «C» i «D». Sud BiH je, također, istakao da se iskazi navedenih svjedoka nisu mogli u potpunosti podudarati, što je u potpunosti normalno i prihvatljivo zbog psiholoških mehanizama perspektive ljudskog opažanja. Prema tome, sud je, u okviru svog diskrecionog prava da ocjenjuje dokaze, razmotrio neke nedosljednosti ili odstupanja u iskazima u njihovoj suštinskoj i smisaonoj cjelini. Ukupni kredibilitet svjedoka je, također, ocijenjen na sveobuhvatan i sistematičan način. Neki iskazi svjedoka nisu isti, ali su dosljedni i podudarni u svojim osnovnim i važnim elementima, odnosno u pogledu suštine predmetnog krivičnog djela. Sud BiH je smatrao da su iskazi bili pouzdani, dokazi vjerodostojni, te da mala odstupanja ne mogu biti dovoljna da se cijeli iskaz ocijeni kao nepouzdan. Ustvari, navedene razlike, prema ocjeni Suda BiH, nisu odlučujuće, jer neka odstupanja u njihovim iskazima u potpunosti predstavljaju očekivane i normalne razlike u zapažanjima lica sa različitom sposobnošću da uoče, upamte i prisjete se informacija, posebno s obzirom na činjenicu da su svi oni preživjeli veoma stresne i traumatične događaje tokom kojih nisu mogli istovjetno zapaziti sve važne i dosljedne detalje, niti bi bilo razumno takvu preciznost očekivati od svjedoka.

9. Dalje, Sud BiH je konstatirao i to da su apelant i njegov brat Goran Damjanović veoma dobro poznati žrtvama, odnosno svjedocima, jer su bili komšije i išli zajedno u školu. Iz svega navedenog Sud BiH je došao do zaključka da su svjedoci pouzdani i da govore istinu kada kažu da su apelant i njegov brat Goran Damjanović bili na mjestu zločina i da su počinili krivična djela u vezi sa inkriminiranim događajem.

10. U vezi sa apelantovim alibijem, Sud BiH je utvrdio da se apelant nije mogao nalaziti u okruženju u Potkraju, kako je on rekao u svojoj odbrani, jer nema dokaza o tome da su bosanski Srbi morali da napuštaju svoje domove i da se kriju. Dokazi koje je dao svjedok Zoran jasno ukazuju na to da su Srbi kontrolirali Rakovicu i područje oko Rakovice u aprilu, maju i junu 1992. godine, a što proizlazi i iz izjava svjedoka optužbe Ibrahima Baberovića, Abdulaha Koldže i Elze Livančić. Svi su izjavili da nije moguće da je ijedna srpska porodica na području cijele Mjesne zajednice Rakovica u periodu od 6. aprila do jula 1992. godine mogla biti zarobljena, a niti blokirana, i da su se Srbi mogli u to vrijeme slobodno kretati. Činjenica o povredi Luke Damjanovića ne odražava apelantov alibi, jer na osnovu izjava svjedoka odbrane, priče o tome kako je apelant saznao za ranjavanje svog oca kada je otišao iz Potkraja u Bojnik da ga posjeti su veoma nejasne, konfuzne i nedosljedne. S obzirom na navedeno, Sud BiH je odlučio kao u dispozitivu presude.

11. U pogledu pitanja primjene materijalnog zakona, Sud BiH je smatrao relevantnim dva zakonska principa - princip zakonitosti (član 3. KZBiH) i princip vremenskog važenja krivičnog zakona (član 4.

KZBiH). Princip zakonitosti je propisan članom 7. stav 1. Evropske konvencije i članom 15. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljnjem tekstu: MPGPP). Ova odredba, ukazao je Sud BiH, propisuje zabranu izricanja teže kazne ne utvrđujući obavezno primjenu blažeg zakona za učinioca u odnosu na kaznu koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Međutim, član 7. stav 2. i član 15. stav 2. MPGPP sadrže odredbe koje su izuzeci u odnosu na pravilo utvrđeno članom 7. stav 1. Evropske konvencije i članom 15. stav 1. MPGPP. Također, isti izuzetak je sadržan u članu 4.a) KZBiH, kojim je propisano da čl. 3. i 4. KZBiH ne sprečavaju suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činj enje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa ostalim principima međunarodnog prava. Time su faktički preuzete odredbe člana 7. stav 2. Evropske konvencije i člana 15. stav 2. MPGPP i omogućeno je izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZBiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima koji predstavljaju krivično djelo prema međunarodnom pravu. To je slučaj u ovom postupku, zaključio je Sud BiH, jer se upravo radi o inkriminaciji koja uključuje kršenje pravila međunarodnog prava.

12. Sud BiH je, dalje, pojasnio da je članom 173. KZBiH propisano kao krivično djelo «ratni zločin protiv civilnog stanovništva» (teške povrede Ženevske konvencije iz 1949. godine) isto kao i članom 2. Statuta MKSJ. Ratni zločin protiv civilnog stanovništva je u kritičnom periodu bio striktno propisan i Krivičnim zakonom SFRJ, koji je tada bio na snazi u Bosni i Hercegovini. Činjenica da se krivična djela propisana članom 173. KZBiH mogu naći i u članu 142. stav 1. Krivičnog zakona SFRJ (u daljnjem tekstu: KZSFRJ) dozvoljava zaključak da je krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva bilo propisano zakonom. Međutim, kako se vidi iz ovih odredaba, izrečena kazna koju predviđa član 173. KZBiH je definitivno blaža od smrtne kazne koju predviđa član 142. KZSFRJ i koja je bila na snazi u vrijeme kada je krivično djelo počinjeno. Na kraju, a u vezi sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije, Sud BiH je konstatirao da je primjena člana 4.a) KZBiH i dalje opravdana, te da zadovoljava načelo vremenskog važenja krivičnog zakona, odnosno primjenu zakona koji je blaži za počinioca.

13. Sud BiH je, također, istakao da je, u vrijeme kada su počinjena krivična djela, Bosna i Hercegovina kao nasljednica države SFRJ bila strana potpisnica svih relevantnih međunarodnih konvencija o ljudskim pravima i međunarodnom humanitarnom, odnosno krivičnom pravu. Isto tako, običajni status kažnjivosti zločina protiv čovječnosti i pripisivanje individualne krivične odgovornosti za njegovo počinjenje u periodu od 1992. godine potvrdili su generalni sekretar UN, Komisija za međunarodno pravo i jurisprudencija MKSJ. Ove institucije ocijenile su da kažnjivost zločina protiv čovječnosti predstavlja imperativnu normu međunarodnog prava ili *jus cogens*. Zbog toga je nesporno

da je 1992. godine zločin protiv čovječnosti bio dio običajnog međunarodnog prava. Prema tome, zaključio je Sud BiH, krivično djelo zločin protiv čovječnosti može se u svakom slučaju podvesti pod «opći principi međunarodnog prava» iz čl. 3. i 4.a) KZBiH. Dakle, bez obzira na to da li je posmatrano sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta «principa međunarodnog prava», nedvojbeno je da zločin protiv čovječnosti predstavlja krivično djelo u inkriminiranom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta.

14. Prilikom odmjeravanja kazne sud je apelantu od olakšavajućih okolnosti prihvatio činjenicu da se korektno držao pred sudom i primjerno ponašao, da je porodičan čovjek koji do sada nije krivično gonjen, te da je otac malodobnog djeteta. Sud nije ustanovio osobito olakšavajuće okolnosti koje bi, u smislu člana 49. stav 1. tačka b), ukazivale da se svrha kažnjavanja može postići blažom kaznom. Otežavajuće okolnosti u odnosu na apelanta sud nije našao.

15. Protiv navedene presude apelant je izjavio žalbu Apelacionom odjelu Odjela I za ratne zločine Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono vijeće). Apelaciono vijeće je Presudom broj X-KRŽ-05/107 od 19. novembra 2007. godine žalbu odbilo kao neosnovanu i potvrdilo prvostepenu presudu kojom je apelantu, zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH, izrečena kazna zatvora u trajanju od 10 godina i šest mjeseci, a zakon (tj. KZBiH) za ovo krivično djelo (ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173) propisuje da počinitelj *...kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora....* Apelaciono vijeće je utvrdilo da pobijana prvostepena presuda sadrži valjanu analizu svih odlučnih činjenica i da su izvedeni dokazi ocijenjeni na način propisan Zakonom o krivičnom postupku BiH. Apelaciono vijeće je istaklo da činjenica da prvostepeno vijeće nije ocijenilo dokaze na način na koji je to odbrana htjela, te da nije posebno analiziralo svaku rečenicu iskaza koje su svjedoci dali bilo u toku mnogobrojnih saslušanja različitih lica u fazi istrage, bilo na glavnom pretresu, ne čini presudu manjkavom i nepotpunom, već jasnom i koncentriranom na bitne elemente krivičnog djela za koje se sudi. Ocjena dokaza, kao bitan element sadržaja presude, treba da sadrži obrazloženje zbog čega i na osnovu čega je sud utvrdio (ili nije utvrdio) postojanje bitnih elemenata krivičnog djela, te na koji je način ocijenio protivrječne dokaze koji su u tom kontekstu izvedeni, ali to ne znači da je sud obavezan da pojedinačno razjasni apsolutno svaku, pa i najmanju razliku u iskazima svjedoka. Ono što je bitno jeste to da se njihovi iskazi poklapaju u svim bitnim elementima vezanim za predmetni događaj, što je i prvostepeno vijeće ispravno zaključilo, dok određene razlike samo potkrepljuju zaključak da oni svjedoče o proživljenom, a ne naknadno naučenom događaju. U konkretnom slučaju svjedoci su saglasno potvrdili da su po zarobljavanju odvedeni pred samoposlugu u Bojniku, gdje su ih vojnici, a među kojima su bili apelant i Goran Damjanović, udarali automatskim puškama i palicama, razbijali im

flaše o glavu i sl. Apelaciono vijeće, također, smatra da nedosljednosti u iskazima svjedoka nisu takve prirode da bi dovele u pitanje vjerodostojnost i pouzdanost iskaza svjedoka, te dijeli zaključak prvostepenog vijeća da su iskazi u dovoljnoj mjeri precizni povodom svih ključnih momenata i bitnih elemenata krivičnog djela, a manja odstupanja samo učvršćuju stav suda da se radi o iskrenim svjedocima koji su pred sudom ponovili one činjenice i detalje koje su objektivno mogli upamtiti.

16. Dalje, navodi drugostepeni sud, apelantova odbrana u pogledu alibija na koji se poziva nije uvjerljiva, a, sa druge strane, sve odlučne činjenice o njegovoj krivici uvjerljivo su utvrđene i jasno obrazložene. Naime, upoređujući ih sa svjedocima Tužilaštva, svjedoci odbrane koji su saslušani na ove okolnosti djeluju sasvim neuvjerljivo, te evidentno prilagođavaju svoje izjave potrebama apelantovog alibija. U njihovim izjavama postoji mnogo neslaganja kako u pogledu navodnog okruženja Potkrajja, tako i u pogledu apelantovog boravka u tom mjestu u vrijeme koje je obuhvaćeno optužnicom. Teza odbrane je bila da je apelant bio u okruženju u Potkrajju, te da usljed toga nije mogao ni posjetiti ranjenog oca, a kamoli kritične prilike biti pred samoposlugom u Bojniku. Međutim, svjedoci koje je sud na ove okolnosti saslušao, uključujući i samog apelanta, ozbiljno su doveli u pitanje održivost takve teze. Ovo se, prije svega, odnosi na činjenicu da je sâm apelant na pitanje kako su stanovnici Potkrajja, usljed navodnog okruženja, dolazili do hrane, priznao da su mogli slobodno odlaziti u Rakovicu. Dalje, izjava apelantovog punca da je apelant u vrijeme inkriminiranog događaja živio sa njim u kući, s obzirom na porodične veze, u poređenju sa preciznim navodima svjedoka Tužilaštva, ni u kojem slučaju nije dovoljno pouzdana da bi joj sud bezuvjetno poklonio vjeru. Osim toga, svjedok odbrane Salem Koldžo, koji je boravio u kući apelantovog punca upravo u vrijeme koje je obuhvaćeno optužnicom, u svojoj izjavi je rekao da apelanta nije vidio u kući. S obzirom na navedeno, Apelaciono vijeće je zaključilo da dokazi na kojima odbrana temelji alibije optuženih nisu pouzdani, pa su i žalbeni prigovori kojima se ukazuje na suprotno neosnovani, te su kao takvi i odbijeni.

#### **IV. Apelacija**

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

17. Apelant tvrdi da mu je 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) i pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. Evropske konvencije.

18. Povredu prava na pravično suđenje apelant vidi u proizvoljnoj ocjeni dokaza, povredi odredaba Zakona o krivičnom postupku. U apelaciji, detaljno analizirajući presude prvostepenog i drugostepenog suda, navodi da su Pretresno vijeće i Apelaciono vijeće Suda BiH proizvoljno ocijenili

provedene dokaze i na osnovu tako provedenog dokaznog postupka proizvoljno i netačno utvrdili činjenično stanje. Smatra da sudovi nisu smjeli odbiti provođenje dokaza saslušanjem svjedoka odbrane, koji bi doprinijeli utvrđivanju stvarne istine o događaju zbog kojeg je apelant proglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora. Stoga, apelant smatra da je Sud BiH povrijedio i odredbe Zakona o krivičnom postupku, jer nije potpuno i istinito ocijenio činjenice koje ga terete i koje idu u njegovu korist.

19. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, apelant ističe da je pravosnažno osuđen zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka c) u vezi sa članom 180. stav 1. KZBiH. Apelant smatra da su sudovi pogrešnim tumačenjem obavezne primjene blažeg zakona primijenili krivični zakon koji je strožiji za apelanta i koji je donesen 10 godina nakon izvršenja krivičnog djela za koje je apelant osuđen. Ističe da član 7. Evropske konvencije, kao i član 4. stav 1. KZBiH jasno propisuju da krivična optužba i presuda mogu biti zasnovane na normi koja je važila u vrijeme kada se dogodio inkriminirani čin, te da se ne može nametnuti teža kazna od one koja je bila primjenjivana u vrijeme kada je djelo počinjeno, a da je članom 4. stav 2. KZBiH propisano *ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primjenjivat će se zakon blaži za učinioca*. Apelant, dalje, ističe da je osuđen zbog krivičnog djela koje je počinjeno 2. juna 1992. godine, dakle, u vrijeme kada su radnje koje mu se stavljaju na teret bile inkriminirane članom 142. KZSFRJ, koji je BiH preuzela 1992. godine, te da je nakon završetka rata došlo do nekoliko izmjena krivičnog zakonodavstva, tako da je materija «ratnih zločina» bila izvjesno vrijeme (1998-2003. godine) normirana entitetskim zakonima, a nakon toga KZBiH. Međutim, istovrsno krivično djelo, zbog kojeg je apelant osuđen, postojalo je u domaćem zakonodavstvu i u vrijeme izvršenja i u vrijeme suđenja, te stoga je, prema apelantovom mišljenju, trebalo primijeniti sve institute krivičnog prava i garantirana ustavna prava, kao i prava garantirana Evropskom konvencijom.

20. Apelant smatra da pozivanje Suda BiH na član 7. stav 2. Evropske konvencije u konkretnom slučaju nije relevantno. Ističe da stav 2. člana 7. Evropske konvencije ima funkciju da, prije svega, „pokrije“ krivični progon za kršenje Ženevskih konvencija pred međunarodnim organima ustanovljenim za ovakve slučajeve, kao što je Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, i da „pokrije“ slučajeve pred domaćim sudovima kada domaće zakonodavstvo nije propisalo ove inkriminacije kao krivična djela, odnosno nije obuhvatilo sve elemente obilježja ovih djela prema Ženevskim konvencijama, što u ovom predmetu nije slučaj. Apelant, dalje, ističe da je osnovno pitanje koji je zakon blaži pošto je u ranijem krivičnom zakonodavstvu *ex* Jugoslavije, koje je Bosna i Hercegovina preuzela svojom uredbom 1992. godine, postojalo istovjetno krivično djelo (član 142.



preuzetog KZSFRJ, sa zaprijećenom kaznom zatvora od pet godina ili smrtnom kaznom), a u novom krivičnom zakonodavstvu koje je primijenjeno u konkretnom slučaju (član 173. KZBiH, kazna zatvora od 10 godina ili dugotrajni zatvor). Na prvi pogled blaži je zakon iz 2003. godine, jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već od stupanja na snagu Ustava Federacije BiH 1994. godine ukinuta smrtna kazna, što je samo potvrđeno i u Ustavu BiH iz 1995. godine, a imajući u vidu zauzeta stanovišta redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, u entitetima i Distriktu Brčko (Vrhovni sud Federacije BiH, Vrhovni sud Republike Srpske i Apelacioni sud Distrikta Brčko) da se ne može izreći smrtna kazna (ovakav stav je zauzeo i Dom za ljudska prava u slučaju *Damjanović i Herak protiv Federacije Bosne i Hercegovine*), proizlazi da je blaži zakon iz 1992. godine. S obzirom na navedeno, apelant smatra da mu je povrijeđeno pravo zagarantirano članom 7. stav 1. Evropske konvencije, jer je osuđen po strožijem zakonu.

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

21. Sud BiH u odgovoru na apelaciju istakao je da su apelantovi navodi o povredi njegovih prava iz čl. 6. i 7. Evropske konvencije neosnovani. U vezi sa apelantovim navodima o povredi prava na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije, Sud BiH je ocijenio da je, suprotno apelantovim navodima, u obje presude dao jasne i razumljive razloge kojim se rukovodio u donošenju svoje odluke. Prvostepena presuda, koja je potvrđena u dijelu koji se odnosi na apelanta, rezultat je logičke i psihološke ocjene dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi pri čemu je Pretresno vijeće vodilo računa o njihovoj zakonitosti, kao i o načelu slobodne ocjene dokaza, rukovodivši se pritom samo ocjenom relevantnih dokaza koji su nužni za donošenje presude, uz napomenu da to što se nije bavilo pojedinačno nekim dokazom za koji je ustanovilo da ima periferni značaj, ne znači da je on zanemaren ili proizvoljno ocijenjen, a što je saglasno praksi MKSJ. Stoga, Sud BiH apelantove navode u vezi sa povredom prava na pravično osuđenje smatra neosnovanim.

22. U vezi sa apelantovim navodima o povredi prava iz člana 7. Evropske konvencije, Sud BiH je istakao da je u konkretnom slučaju, imajući u vidu da je djelo za koje je apelant proglašen krivim predstavljalo dio općih načela međunarodnog prava. Pretresno vijeće, a potom i Apelaciono vijeće, primijenilo KZBiH. Naime, članom 4a. KZBiH je propisano da članovi 3. (načelo zakonitosti) i 4. (načelo vremenskog važenja krivičnog zakona) KZBiH 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 načelima međunarodnog prava. Sud BiH se u tom smislu pozvao na Odluku Ustavnog suda u predmetu broj *AP 1785/06*.

23. Sud BiH je, također, istakao da nije tačan apelantov navod da je smrtna kazna kao kazna prestala važiti donošenjem Ustava FBiH 1994. godine, imajući u vidu da je smrtna kazna tek članom 1.

Protokola broj 13 uz Evropsku konvenciju iz 2002. godine ukinuta, a i prema zakonu iz vremena izvršenja krivičnog djela i dalje je bila na snazi. Međutim, sve i da je smrtna kazna bila uklonjena, nije moguće jednostavnim odstranjivanjem jedne sankcije (u konkretnom slučaju, smrtne kazne) primijeniti druge blaže sankcije i time ostaviti neadekvatno sankcioniranje najtežih krivičnih djela, što je u konkretnoj situaciji slučaj. Takvim postupanjem bi, prema mišljenju Suda BiH, bio narušen princip pravičnosti i vladavine prava.

24. Tužilaštvo BiH smatra da je Sud BiH pravilno primijenio KZBiH i u potpunosti odgovorio na pitanje primjene «blažeg zakona». Ove tvrdnje potkrijepljene su zaključkom Ustavnog suda iz predmeta broj *AP 1785/06* u vezi sa primjenom člana 7. Evropske konvencije. Naime, nesumnjivo je, a ni apelant ne tvrdi suprotno, da ratni zločin protiv civila iz člana 173. KZBiH predstavlja međunarodno običajno pravo, odnosno opća načela međunarodnog prava. Stoga je jasno da je član 4a. KZBiH u konkretnom slučaju primjenjiv i da su međunarodna krivična djela izuzeta od odredbe o blažoj kazni sadržane u članu 4. KZBiH, pa su apelantovi navodi irelevantni. Stoga je Tužilaštvo BiH zaključilo da su navodi apelacije u tom smislu u cijelosti neosnovani.

## V. Relevantni propisi

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

### *Član 3.*

#### *Princip zakonitosti*

- (1) Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.*
- (2) Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna.*

### *Član 4.*

#### *Vremensko važenje krivičnog zakona*

- (1) Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.*
- (2) Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinitelja.*

### *Član 4a.*

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

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 načelima međunarodnog prava.

#### Član 42.

##### Kazna zatvora

- (1) Kazna zatvora ne može biti kraća od trideset dana ni duža od dvadeset godina.
- (2) Za najteže oblike teških krivičnih djela učinjenih s umišljajem, može se propisati kazna zatvora u trajanju od dvadeset do četrdesetpet godina (dugotrajni zatvor).
- (3) Kazna dugotrajnog zatvora nikada se ne može propisati kao jedina glavna kazna za pojedino krivično djelo.
- (4) Kazna dugotrajnog zatvora ne može se izreći učinitelju koji u vrijeme učinjenja krivičnog djela nije navršio dvadesetijednu 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.

#### Član 173.

##### Ratni zločini protiv civilnog stanovništva

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

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

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

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

#### Član 37.

- (1) Smrtna kazna ne može se propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo.
- (2) Smrtna kazna može se izreći samo za najteže slučajeve teških krivičnih djela za koje je zakonom propisana.
- (3) Smrtna kazna ne može se izreći licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo osamnaest godina, niti bremenitoj ženi.

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

*Član 38. st. 1, 2. i 3.*

- (1) *Zatvor ne može biti kraći od petnaest dana ni duži od petnaest godina.*
- (2) *Za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina.*
- (3) *Ako je za krivično djelo učinjeno sa umišljajem propisan zatvor u trajanju od petnaest godina, može se za teške oblike tog djela propisati i zatvor od dvadeset godina.*

*Glava XVI - Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava*

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

*Član 142.*

*Ratni zločin protiv civilnog stanovništva*

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

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

*kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.*

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

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

*kaznit će se zatvorom najmanje pet godina.*

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

### *Član 3.*

#### *Pretpostavka nevinosti i in dubio pro reo*

*(1) Svako se smatra nevinim za krivično djelo dok se pravomoćnom presudom suda ne utvrdi njegova krivnja.*

*(2) Sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog.*

### *Član 14.*

#### *Jednakost u postupanju*

---

*Sud, tužitelj i drugi organi koji učestvuju u postupku dužni su s jednakom pažnjom ispitivati i utvrđivati, kako činjenice koje terete osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koje im idu u korist.*

#### *Član 15.*

##### *Slobodna ocjena dokaza*

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

### **VI. Dopustivost**

28. 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.

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

30. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽ-05/107 od 19. novembra 2007. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 3. decembra 2007. godine, a apelacija je podnesena 29. januara 2008. 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.

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

### **VII. Meritum**

32. Apelant je osporio navedene presude, tvrdeći da mu je tim presudama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije i da je na njegovu štetu prekršen član 7. Evropske konvencije.

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

Član 7. Evropske konvencije

34. 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.*

35. Prema navodima iz apelacije, osporene odluke Suda BiH nisu u skladu sa članom 7. Evropske konvencije s obzirom na to da je apelant osuđen prema odredbama KZBiH, a on (apelant) smatra da je trebalo da bude osuđen prema odredbama KZSFRJ, jer je taj zakon bio na snazi u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) i jer taj zakon, navodno, propisuje blažnu kaznu za predmetno krivično djelo, te je povoljniji, odnosno blaži za apelanta. Stoga će Ustavni sud osporene odluke ispitati sa aspekta njihove usklađenosti sa članom 7. Evropske konvencije.

36. 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*).

37. Ustavni sud, dalje, primjećuje da je Evropski sud 18. jula 2013. godine donio presudu u predmetu aplikanta Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića (vidi, Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine) u kojoj je utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije.

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

39. Evropski sud je istakao da 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, 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).

40. U citiranoj odluci je, dalje, istaknuto da je definicija ratnih zločina ista u članu 142. stav 1. KZSFRJ iz 1976. godine, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela, i u članu 173. stav 1. KZBiH, 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 na to da je aplikant Damjanović osuđen na kaznu zatvora od 11 godina, što je malo iznad minimalne kazne zatvora u trajanju od deset godina koju propisuje KZBiH, a prema KZSFRJ bilo mu je moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina. (tač. 67- 68).

41. 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 pošto 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 KZBiH 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, KZSFRJ (tačka 69).

42. Evropski sud je, dalje, naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i KZSFRJ i KZBiH i da se, stoga, ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata bio blaže kažnjen da je primijenjen KZSFRJ iz 1976. godine. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao da: *Ono što je od ključnog značaja, međutim, jeste da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj zakon (napomena: KZSFRJ) primijenjen u njihovim predmetima* (tačka 70). U tom smislu Evropski sud je ukazao i na praksu Suda BiH u novijim predmetima ratnih zločina u kojim se primjenjuje KZSFRJ umjesto KZBiH posebno s ciljem primjene najblažih pravila kažnjavanja (napomena: Kurtović). Evropski sud je, ocjenjujući navedeno, zaključio da (...) *s obzirom na to 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).

43. Dalje, Evropski sud nije prihvatio argument 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 sa *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 treba da se tumače na usklađen način (tačka 72).

44. Evropski sud nije prihvatio ni argument 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 na to 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).

45. 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 trebalo da bude primijenjen KZSFRJ iz 1976. godine.

46. Ustavni sud, najprije, ukazuje na to da se predmet apelanta Zorana Damjanovića kako u pogledu činjeničnog supstrata, tako i u pogledu pravnog pitanja ne razlikuju od predmeta *Maktouf i Damjanović*, koji je razmatrao Evropski sud u citiranoj odluci. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje i da je apelant Zoran Damjanović proglašen krivim i osuđen za isti krivičnopравни događaj istom presudom Suda BiH kao i aplikant Goran Damjanović. Dalje, apelant Zoran Damjanović je osuđen za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva u skladu sa članom 173. KZBiH iako se radi o djelu koje je počinjeno 2. juna 1992. godine, odnosno u vrijeme kada je bio na snazi KZSFRJ, koji je u članu 142. propisivao na identičan način isto krivično djelo. Dakle, i u apelantovom slučaju KZBiH je primijenjen retroaktivno (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 67) .

47. Ustavni sud, dalje, primjećuje da iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da je Sud BiH primjenu materijalnog prava, konkretno KZBiH, te ocjenu da je ovaj zakon blaži po apelanta zasnovao na argumentaciji koja se može sumirati na sljedeći način: da član 7. stav 2. Evropske konvencije dozvoljava izuzetak od općeg pravila o zabrani retroaktivnosti sadržanog u stavu 1. istog člana; da je, s obzirom na zapriječenu kaznu, blaži zakon po apelanta KZBIH, jer odredbe člana 173. tog zakona ne

propisuju smrtnu kaznu za predmetno krivično djelo za razliku od odredaba člana 142. KZSFRJ koji je bio na snazi i koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela, te 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.

48. Dakle, radi se o identičnim argumentima koji su bili razmatrani i pred Evropskim sudom u predmetu *Maktouf i Damjanović* (tač. 69-74). Shodno navedenom, Ustavni sud smatra da nema razloga da u ovom dijelu ne prihvati razloge i obrazloženja Evropskog suda i u konkretnom predmetu.

49. Naime, apelantu Zoranu Damjanoviću izrečena je kazna zatvora u trajanju od deset godina i šest mjeseci prema odredbama člana 173. stav 1. tačka c) KZBiH. Ustavni sud primjećuje da izrečena kazna ulazi u raspon kazne za navedeno krivično djelo kako je ona propisana i KZBiH i KZSFRJ. Prema KZSFRJ, zapriječena kazna je bila kazna zatvora od pet do petnaest godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna umjesto koje se mogla izreći i kazna zatvora od dvadeset godina. Prema KZBiH, zapriječena kazna je kazna zatvora u trajanju od deset do dvadeset godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora od dvadeset do četrdeset pet godina. Dalje, Ustavni sud primjećuje da iz osporenih presuda proizlazi da se djela za koja je apelant Zoran Damjanović proglašen krivim i kažnjen ne mogu svrstati u najteže oblike ratnih zločina (*gubitak života*) za koje je, prema KZSFRJ, bilo moguće izreći smrtnu kaznu. Naime, Sud BiH je apelanta proglasio krivim i osudio zbog toga što je aktivno učestvovao u premlaćivanju grupe zarobljenih muškaraca bošnjačke nacionalnosti, Dakle, ne radi se o najtežim oblicima predmetnog krivičnog djela za koje je bilo moguće izreći apelantu maksimalnu zapriječenu kaznu za predmetno krivično djelo. Štaviše, apelantu je izrečena kazna zatvora koja je tek malo viša od najniže kazne koju propisuje KZBiH 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, 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). Imajući u vidu da je minimum kazne zatvora prema KZSFRJ pet godina, a prema KZBiH deset godina, 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 apelant i dobio manju kaznu zatvora da je u njegovom slučaju primijenjen KZSFRJ. Naime, od ključnog značaja je to da je apelant *mogao* dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen (vidi, *Maktouf i Damjanović*, tačka 70).

50. Ustavni sud podsjeća da garancije sadržane u članu 7. Evropske konvencije predstavljaju jedan od osnovnih činilaca vladavine prava i da zauzimaju istaknuto mjesto u sistemu ostvarivanja prava zaštićenih Evropskom konvencijom. Značaj člana 7. Evropske konvencije ogleda se i u činjenici da, u

skladu sa članom 15. Evropske konvencije, nije dopušteno odstupanje od primjene garancija ustanovljenih članom 7. Evropske konvencije ni u vrijeme rata ili druge javne opasnosti. Član 7. Evropske konvencije se mora tumačiti i primjenjivati na način kojim se osigurava uspješna zaštita od arbitrarnog gonjenja, osude i kazne. Dalje, Ustavni sud podsjeća 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).

51. Dovodeći u vezu okolnosti konkretnog slučaja sa citiranim stavovima Evropskog suda, te stavovima zauzetim u predmetu *Maktouf i Damjanović*, Ustavni sud smatra da i u konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

52. Ustavni sud zaključuje da je osporenim presudama Suda BiH došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije zbog pogrešne primjene zakona u odnosu na krivicu i kaznu, te se osporene presude moraju ukinuti u cijelosti.

Ostali navodi

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

54. Ustavni sud zaključuje da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, zato što u konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije, bez obzira na činjenicu što, prema propisanom rasponu kazne zatvora, ne znači da bi apelant i dobio manju kaznu zatvora da je u njegovom slučaju primijenjen KZSFRJ. Naime, od ključnog značaja je da je apelant mogao dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen.

55. 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.

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

Predsjednica  
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić