

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Vijeću od pet sudija, u predmetu broj **AP 116/09**, rješavajući apelaciju **M.P.**, 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

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 22. oktobra 2013. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **M.P.**

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 29. septembra 2008. godine u dijelu koji se odnosi na apelanta **M.P.**

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

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da, u skladu sa članom 74. stav 5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, u roku od 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. M.P. (u daljnjem tekstu: apelant), trenutno na izdržavanju kazne zatvora u Kazнено-popravnom zavodu u Foči, kojeg zastupa Predrag Radulović, advokat iz Banje Luke, podnio je 13. januara 2009. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv presudā Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) br. X-KRŽ-05/96-1 od 29. septembra 2008. godine i X-KR-05/96-1 od 15. aprila 2008. 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 BiH) zatraženo je 6. maja 2009. godine da dostave odgovore na apelaciju.

3. Tužilaštvo BiH je 19. maja 2009. godine dostavilo odgovor na apelaciju, a Sud BiH 21. maja 2009. godine.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori Suda BiH i Tužilaštva BiH dostavljeni su apelantu 10. juna 2009. godine.

III. Činjenično stanje

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

6. Presudom Suda BiH broj X-KR-05/96-1 od 15. aprila 2008. godine apelant i još dvojica optuženih (M.P. i M.S.) proglašeni su krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) u vezi sa čl. 29. i 180. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZBiH). U izreci predmetne presude je navedeno da su apelant i optuženi M.P. i M.S. 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 lica za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, te postupajući suprotno članu 75. stav 2. Dodatnog protokola I uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, 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, zatim im oduzeli sve vrijedne stvari, te ih odveli do mjesta "Tisovac" i tom prilikom su usmrtili 23 lica, a četiri lica su preživjela strijeljanje (lica koja su zadobila tjelesne povrede), a jedno lice je ostalo nepovrijeđeno. Za navedeno krivično djelo apelant je osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 29 godina, a optuženi M.P. i M.S. osuđeni su na kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od po 21 godinu, te je određeno da će se vrijeme koje su svi optuženi proveli u pritvoru, počev od 1. novembra 2007. godine, uračunati u izrečene kazne zatvora.

7. U obrazloženju presude Sud BiH je, između ostalog, ukazao da je, nakon savjesne i sadržajne ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima koji su izvedeni na glavnom pretresu, te prethodno analizirajući navode optužbe i odbrane, utvrdio činjenično stanje kao u izreci presude. Naime, Sud BiH je naveo da je u toku postupka utvrdio da su apelant i ostali optuženi, kao saizvršiooci, učestvovali u udruženom zločinačkom poduhvatu ubijanja i pljačkanja stanovništva bošnjačke nacionalnosti iz sela Ljoljići i Čerkazovići. Pri tome Sud BiH je naveo da su svi optuženi u okviru udruženog zločinačkog plana bili svjesni njegove krajnje namjere ili cilja, a čak i da nisu u prvo vrijeme znali za stvarnu namjeru okupljanja civila, mogli su kasnije, prema svim okolnostima događaja, predvidjeti stvarni cilj, a to je ubijanje stanovništva bošnjačke nacionalnosti. Sud BiH je naveo da su optuženi prešutno pristali na krajnji ishod i posljedicu, te da su svaki svojom radnjom doprinijeli da se navedeni zločinački cilj provede u djelo. U vezi s tim Sud BiH je naveo da je u toku postupka utvrdio da je apelant aktivno učestvovao u ubijanju i pljačkanju civilnog stanovništva, što

nesumnjivo proizlazi iz iskaza preživjelih žrtava, dok su ostala dvojica optuženih svojim učešćem u prikupljanju stanovništva i njihovom odvođenju na mjesto strijeljanja na odlučujući način doprinijeli realizaciji tog zločinačkog plana.

8. U pogledu primjene materijalnog prava, Sud BiH je naveo da je prihvatio pravnu kvalifikaciju optužbe, te da je sve optužene osudio zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) KZBiH. U vezi s tim Sud BiH je, prije svega, naveo da je odredbama člana 3. KZBiH (načelo zakonitosti) propisano da 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 zakonom nije bila propisana kazna. Također, Sud BiH je naveo da je odredbama člana 4. KZBiH (vremensko važenje krivičnog zakona) propisano da se na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme njegovog učinjenja, a ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca. Imajući u vidu obavezu da se primijeni blaži zakon za učinioca, i to odredbe člana 142. Krivičnog zakona Socijalističke federativne republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: KZSFRJ), koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja krivičnog djela, Sud BiH je ukazao da je analizirao argumentaciju odbrane koja je tu obavezu obrazlagala činjenicom da se radi o blažem zakonu, jer se ukidanjem smrtne kazne (koja je bila predviđena kao najstrožija u KZSFRJ) sankcija iz člana 142. navedenog zakona pokazala kao blaža u odnosu na krivičnu sankciju propisanu za krivično djelo iz člana 173. stav 1. KZBiH za koje djelo su optuženi proglašeni krivim. Sud BiH je naveo da je odredbe čl. 3. i 4. KZBiH posmatrao i u odnosu na član 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija) koji propisuje da "niko ne može biti proglašen krivim za krivično djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po domaćem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao krivično djelo. Isto tako ne može se odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je krivično djelo počinjeno". Međutim, Sud BiH je naveo da je stavom 2. tog člana unesen izuzetak s ciljem da u svakom konkretnom slučaju omogući primjenu i nacionalnog i međunarodnog zakonodavstva koje je stupilo na snagu tokom i nakon II svjetskog rata. Sud BiH je ukazao da stav 2. člana 7. Evropske konvencije propisuje da "ovaj član ne sprečava suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao krivično djelo u skladu sa općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda". Također, Sud BiH je ukazao i na odredbe člana 4.a) KZBiH kojima je propisano da čl. 3. i 4. KZBiH ne sprečavaju suđenje i 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. U vezi s tim Sud BiH je naveo da je na taj način, zapravo, u krivičnopravni sistem Bosne i Hercegovine

preuzeta citirana odredba stava 2. člana 7. Evropske konvencije na koji način je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZBiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu. U pogledu odluke o kazni, Sud BiH je ukazao da je za predmetno krivično djelo za koje su apelant i ostali optuženi 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 kod svih optuženih ocijenio olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, te, slijedeći to, apelantu izrekao kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 29 godina, a optuženim M.P. i M.S. izrekao je kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od po 21 godinu.

9. Odlučujući o žalbama apelanta i optuženih M.P. i M.S. protiv prvostepene presude, Sud BiH je donio Presudu broj X-KRŽ-05/96-1 od 29. septembra 2008. godine kojom je apelantovu žalbu odbio kao neosnovanu i prvostepenu presudu u dijelu koji se odnosi na apelanta potvrdio, a žalbe optuženih M.P. i M.S. uvažio i prvostepenu presudu u dijelu koji se odnosi na njih ukinuo, te u tom dijelu odredio održavanje pretresa pred tim sudom. U obrazloženju presude Sud BiH je naveo da je na osnovu izvedenih dokaza van razumne sumnje utvrđeno da je apelant preduzeo radnje izvršenja predmetnog krivičnog djela, odnosno da je aktivno učestvovao kao saizvršilac u odvođenju, pljačkanju i ubijanju civila bošnjačke nacionalnosti u vrijeme, na mjestu i na način kako je to opisano u izreci prvostepene presude. Pri tome Sud BiH je naveo da je u prvostepenoj presudi na vrlo jasan i zadovoljavajući način izdiferenciran kako apelantov odnos prema onome što je učinjeno, tako i njegove radnje izvršenja u odnosu na ostale učesnike u tom događaju, među kojima i radnja ubijanja civila, što je predstavljalo osnov za primjenu člana 29. KZBiH (kojom se zahtijeva da se u izreci presude moraju navesti radnje izvršenja za svakog saizvršioca ponaosob). U pogledu apelantovih žalbenih navoda o pogrešnoj primjeni materijalnog prava, Sud BiH je naveo da je prvostepeni sud, prema ocjeni tog suda, pravilno primijenio odredbe važećeg KZBiH, odnosno da, suprotno žalbenim navodima, nije učinjena povreda principa zakonitosti i vremenskog važenja zakona propisanih odredbama čl. 3. i 4. KZBiH. Sud BiH je naveo da je načelo zakonitosti propisano kako članom 3. KZBiH, tako i članom 7. stav 1. Evropske konvencije, te članom 15. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljnjem tekstu: Međunarodni pakt). Pri tome Sud BiH je ukazao na odredbe člana 7. stav 2. Evropske konvencije kojima je propisano da "ovaj član ne sprečava suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao krivično djelo u skladu sa općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda". Također, Sud BiH je ukazao na odredbe člana 15. stav 2. Međunarodnog pakta kojima je propisano da "ništa u ovom slučaju ne sprečava suđenje i kažnjavanje bilo kojeg lica za neki čin ili propust koji je u vrijeme počinjenja predstavljao krivično djelo prema

općim načelima koja priznaje međunarodna zajednica". Sud BiH je naveo da, dakle, citirane odredbe predstavljaju izuzetke u odnosu na pravilo koje propisuju odredbe stava 1. člana 7. Evropske konvencije i stava 1. člana 15. Međunarodnog pakta. Sud BiH je naveo da je isti takav izuzetak predviđen i članom 4.a) KZBiH, kojim su preuzete odredbe člana 7. stav 2. Evropske konvencije i člana 15. stav 2. Međunarodnog pakta, te na taj način omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZBiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima za krivična djela prema međunarodnom pravu. S obzirom na navedeno, Sud BiH je ukazao da se predmetno krivično djelo u svakom slučaju može podvesti pod "opća načela međunarodnog prava" iz člana 4.a) KZBiH, te da je nesumnjivo da je ratni zločin protiv civilnog stanovništva predstavljao krivično djelo u inkriminiranom periodu, čime je zadovoljen princip zakonitosti. Konačno, Sud BiH je ukazao da primjenu člana 4.a) KZBiH dodatno opravdava činjenica da je izrečena kazna apelantu u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja djela, čime je zadovoljen i princip vremenskog važenja zakona.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

10. Apelant smatra da mu je osporenim odlukama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, te pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije kojem odgovara član 15. stav 1. Međunarodnog pakta (kako to proizlazi iz navoda apelacije). Apelant navodi da, zbog zdravstvenih problema (oštećenje sluha), nije mogao da shvati pouke o svojim pravima, čime je bio doveden u podređen položaj, odnosno da mu je time bilo onemogućeno da ravnopravno učestvuje u postupku. Također, apelant navodi da su redovni sudovi pogrešno ocijenili izvedene dokaze, te u vezi s tim pogrešno i nepotpuno utvrdili činjenično stanje. Dalje, apelant navodi da su redovni sudovi u konkretnom slučaju bili dužni primijeniti odredbe člana 4. stav 1. KZBiH (kojima je propisano da se na učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela), a da je nesporno da je u inkriminiranom periodu na području Bosne i Hercegovine važio KZSFRJ. Apelant, također, navodi da je odredbama člana 4. stav 2. KZBiH propisano da, ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca. U vezi s tim apelant navodi da je za predmetno krivično djelo iz člana 142. KZSFRJ bila propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna, ali da je potpisivanjem Dejtonskog sporazuma smrtna kazna eliminirana iz krivičnog sistema Bosne i Hercegovine. S obzirom na to da se za predmetno krivično djelo, prema KZSFRJ, mogla izreći kazna zatvora od pet do 20 godina, a KZBiH propisana je kazna zatvora od najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora, apelant

navodi da je onda jasno da je za njega blaži raniji zakon, tj. KZSFRJ. Apelant navodi da su redovni sudovi, prihvatanjem pravne kvalifikacije iz optužnice, postupili suprotno principu vremenskog važenja zakona i protivno principu zakonitosti. Prema apelantovom mišljenju, takvo postupanje redovnih sudova predstavlja školski primjer retroaktivne primjene krivičnog zakona koja je zabranjena članom 15. stav 1. Međunarodnog pakta.

b) Odgovor na apelaciju

11. Sud BiH je naveo, između ostalog, da apelant u svojoj apelaciji ukazuje na iste činjenice, okolnosti i razloge koji su ranije isticali u završnoj riječi i žalbi protiv prvostepene presude, a o kojima su vijeća tog suda već dala odgovore u svojim odlukama. U pogledu apelantovih navoda kojima ukazuje na pogrešnu primjenu materijalnog prava, Sud BiH je naveo da su takvi apelantovi navodi neosnovani, jer se radi o pitanju na koje je već odgovoreno u predmetnom postupku, te je u tom smislu ukazao na dio obrazloženja drugostepene presude u kojem su razmatrani identični apelantovi žalbeni navodi.

12. Tužilaštvo BiH je, između ostalog, navelo da je prvostepeni sud pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje u odnosu na radnje koje je preduzeo apelant, kao i u odnosu na njegovu krivičnu odgovornost, što je u potpunosti prihvatio i drugostepeni sud. Također, Tužilaštvo BiH je navelo da je prvostepeni sud savjesno i sadržajno ocijenio svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima koji su izvedeni na glavnom pretresu, te, slijedeći to, utvrdio činjenično stanje kao u izreci prvostepene presude, a da je identičan stav u vezi s tim zauzeo i drugostepeni sud.

V. Relevantni propisi

13. 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 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.

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava

Član 4.a)

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 načelima međunarodnog prava.

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 zločin 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 znanstvene 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.

14. 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

15. 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.

16. 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 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.

17. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-05/96-1 od 29. septembra 2008. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelantov opunomoćenik je primio 17. novembra 2008. godine, a apelacija je podnesena 13. januara 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, zato što nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

18. 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

19. Apelant pobija 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, te pravo iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije kojem odgovara član 15. stav 1. Međunarodnog pakta.

20. U konkretnom slučaju Ustavni sud će prvo ispitati apelantove navode u pogledu kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

21. Član 7. Evropske konvencije glasi:

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

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

22. Apelant smatra da su redovni sudovi bili dužni primijeniti relevantne odredbe KZSFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminiranom periodu, te da je, prema apelantovom mišljenju, blaži od KZBiH koji je primijenjen u konkretnom slučaju. S obzirom na to, Ustavni sud će ispitati da li su osporene odluke redovnih sudova u skladu sa standardima iz člana 7. Evropske konvencije.

23. 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, kršenju člana 7. Evropske konvencije.

24. 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 KZBiH 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 na to 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).

25. Ustavni sud podsjeća da je, nakon toga, Evropski sud u predmetu aplikanata 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 na to 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 zadatak tog suda 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 to 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. KZSFRJ (koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnih krivičnih djela) i u članu 173. stav 1. KZBiH (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 KZSFRJ, bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, budući da se pomagačima u izvršenju ratnih zločina kazna mogla umanjiti na kaznu zatvora do jedne godine, a aplikant Damjanović osuđen je na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina (dakle, malo iznad minimalne kazne u trajanju od 10 godina koju propisuje KZBiH), a da mu je, prema KZSFRJ, bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina. S obzirom na to da je aplikant Maktouf osuđen na najnižu moguću kaznu, a aplikant Damjanović na kaznu zatvora koja tek malo prelazi najniži nivo koji propisuje KZBiH 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 KZSFRJ (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 (KZSFRJ) i Zakonom iz 2003. godine (KZBiH), te da se, stoga, ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata dobio nižu kaznu da je primijenjen KZSFRJ. Međutim, ono što je od ključnog značaja, prema mišljenju

Evropskog suda, jeste da su aplikanti *mogli* dobiti niže kazne da je u njihovim predmetima primijenjen Zakon iz 1976. godine, tj. KZSFRJ (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 krivične odredbe Zakona iz 1976. godine (KZSFRJ).

26. 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 vezu okolnosti apelantovog slučaja sa stavovima Evropskog suda usvojenim u predmetu *Maktouf i Damjanović*, Ustavni sud je zaključio da 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.

27. U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da je apelant proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. c) i f) KZBiH, a koje je kao takvo egzistiralo i u članu 142. KZSFRJ. Iz navedenog, dakle, slijedi da je apelant proglašen krivim za krivično djelo koje je postojalo u domaćem pravu u vrijeme izvršenja, a ta činjenica, u smislu garancija druge rečenice člana 7. stav 1. Evropske konvencije, implicira obavezu Ustavnog suda da ispita da *izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela*. U kontekstu navedenog Ustavni sud konstatira da je apelant primjenom KZBiH osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 29 godina. U vezi s tim Ustavni sud, prvenstveno, ukazuje da je za predmetno krivično djelo relevantnim odredbama KZBiH propisana kazna zatvora najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora, a relevantnim odredbama KZSFRJ propisana je 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 apelantu 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 apelanta u pogledu maksimuma propisane kazne.

28. U tom kontekstu Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao kazna za predmetno krivično djelo propisana KZSFRJ, strožija od kazne dugotrajnog zatvora koja je kao

maksimalna kazna propisana KZBiH. 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 smrtno 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, u toku 2008. godine, nije postojala mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

29. S obzirom na to da, dakle, nije bilo moguće apelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to, onda, maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantu prema KZSFRJ. U vezi s tim Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38. stav 2. KZSFRJ propisano da "za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od dvadeset godina". Prema mišljenju Ustavnog suda, iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da maksimalna kazna za predmetno 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 predmetno krivično djelo prema KZSFRJ) sa kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno krivično djelo prema KZBiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZSFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZSFRJ, apelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju primjenom KZBiH izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 29 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

30. Na osnovu izloženog Ustavni sud smatra da je povrijeđeno apelantovo pravo iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da je dovoljno, radi zaštite apelantovih ustavnih prava, ukinuti Presudu Suda BiH broj X-KRŽ-05/96-1 od 29. septembra 2008. godine u dijelu koji se odnosi na apelanta, te predmet vratiti Sudu BiH kako bi taj sud donio novu odluku u skladu sa garancijama iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

31. 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. stav 1. Evropske konvencije.

VIII. Zaključak

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

33. 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.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić