

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj **AP 4378/10**, rješavajući apelaciju **Suada Kapića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 57. stav 2. tačka b), člana 59. st. 1, 2. i 3. i člana 62. stav 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 22/14), u sastavu:

Valerija Galić, predsjednica

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Mirsad Ćeman, sudija

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 24. aprila 2014. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Djelimično se usvaja apelacija **Suada Kapića**.

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

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽŽ-07/431 od 8. juna 2010. godine.

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

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

Odbija se kao neosnovana apelacija **Suada Kapića**, podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-KRŽŽ-07/431 od 8. juna 2010. godine u odnosu na član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Suad Kapić (u daljnjem tekstu: apelant) iz Cazina, kojeg zastupa Senad Kreho, advokat iz Sarajeva, podnio je 11. oktobra 2010. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) apelaciju protiv presuda Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) br. X-KRŽŽ-07/431 od 8. juna 2010. godine i br. X-KRŽ-06/431 od 11. septembra 2009. godine. Apelant

je, također, podnio zahtjev za donošenje privremene mjere kojom bi Ustavni sud naložio njegovo puštanje na slobodu do donošenja odluke o apelaciji.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Ustavni sud je donio Odluku AP 4378/10 od 13. novembra 2012. godine (dostupna na www.ustavnisud.ba) kojom je odbio apelantov zahtjev za donošenje privremene mjere.

3. Na osnovu člana 22. stav 1. Pravila Ustavnog suda (ranije važeća) od Suda BiH i Tužilaštva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo BiH) je 20. januara 2011. godine zatraženo da dostave odgovor na apelaciju.

4. Sud BiH i Tužilaštvo BiH su odgovor na apelaciju dostavili 11. februara 2011. godine.

5. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda (ranije važeća), odgovor na apelaciju je dostavljen apelantu 23. oktobra 2013. 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-07/431 od 29. aprila 2008. godine apelant je oslobođen optužbi da je počinio krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tačka a) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06 i 32/07, u daljnjem tekstu: KZ BiH), u vezi s članom 180. stav 1. tog zakona.

8. Rješenjem Apelacionog odjeljenja Odjela I za ratne zločine Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono odjeljenje) broj X-KRŽ-07/431 od 2. oktobra 2008. godine uvažena je žalba Tužilaštva BiH, ukinuta prvostepena presuda i određeno održavanje pretresa pred vijećem Apelacionog odjeljenja.

9. Presudom Apelacionog odjeljenja broj X-KRŽ-06/431 od 11. septembra 2009. godine apelant je proglašen krivim zato što je, u vrijeme i na način naveden u izreci presude, počinio krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. stav 1. tačka a) KZ BiH, u vezi s članom 180. stav 1. tog zakona. Apelaciono odjeljenje je osudilo apelanta na kaznu zatvora u trajanju od 17 godina, u koju je uračunato vrijeme koje je apelant proveo u pritvoru počevši od 21. septembra 2007. godine do 7. marta 2008. godine. U obrazloženju presude se navodi da je nakon ukidanja prvostepene presude pred vijećem Apelacionog odjeljenja, u skladu s odredbom člana 317. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ 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, 16/09, 93/09 i 72/13; u daljnjem tekstu: ZKP BiH), održan glavni pretres. Uvaženi su prijedlozi Tužilaštva BiH i odbrane da se ponovo izvedu već izvedeni dokazi, te su u tom smislu pregledani audio-video snimci iskaza svih svjedoka, kako Tužilaštva tako i odbrane. Kako se dalje navodi, Apelaciono vijeće je prihvatilo subjektivne

dokaze Tužilaštva - iskaze 16 svjedoka, uključujući i svjedočenja zaštićenih svjedoka S-1 i S-2, kao i materijalne dokaze koji su već izvedeni pred prvostepenim vijećem. Također, Apelaciono vijeće je prihvatilo i subjektivne dokaze odbrane izvedene i prihvaćene u toku prvostepenog postupka, te je preslušalo audio-video snimke iskaza pet svjedoka odbrane, a prihvaćeni su i materijalni dokazi odbrane izvedeni i prihvaćeni pred prvostepenim vijećem. Osim toga, Tužilaštvo BiH je imalo samo jedan novi dokazni prijedlog koji je prihvaćen, a koji se odnosi na ekshumaciju i forenzičko-antropološku analizu posmrtnih ostataka četiri ubijena pripadnika Vojske Republike Srpske (u daljnjem tekstu: VRS). Nakon što je u potpunosti razmotrilo okolnosti, Apelaciono odjeljenje je u pogledu ekshumacije utvrdilo da, iako dostava obavještenja o ekshumaciji faksom tehnički predstavlja povredu člana 168. ZKP BiH, taj proceduralni propust nije doveo do povrede apelantovog prava na odbranu, odnosno na pravično suđenje, niti je negativno uticao na donošenje zakonite i pravilne presude. Takav zaključak Apelaciono vijeće je izvelo imajući u vidu da ekshumacija, jednako kao pregled i obdukcija leša, predstavlja radnju dokazivanja koju u smislu člana 103. ZKP BiH u fazi istrage sprovodi Tužilaštvo BiH. Kako ovu procesnu radnju Tužilaštvo BiH nije obavilo za vrijeme trajanja istrage, kada se ekshumacije obično i obavljaju, već je to učinilo u fazi pretresa pred vijećem Apelacionog odjeljenja, a rezultati te dokazne radnje su prezentirani na pretresu, Apelaciono odjeljenje smatra da time nije došlo do povrede prava na odbranu, jer je odbrana bila u mogućnosti da o tim okolnostima ispita vještake. Dalje se navodi da se, prilikom ocjene dokaza izvedenih u toku glavnog pretresa, Apelaciono odjeljenje prije svega rukovodilo principom zakonitosti propisanim članom 3. ZKP BiH, a naročito vodeći računa da teret dokazivanja o postojanju krivičnog djela i apelantove krivične odgovornosti leži na tužiocu, te da tužilac mora dokazati njihovo postojanje van svake razumne sumnje. Apelaciono vijeće je zaključilo da se svi saslušani svjedoci mogu podijeliti u tri grupe: a) neposredni očevici događaja - oštećeni Dragan Stupar i Milovan Mastikosa; b) pripadnici Armije RBiH, apelantovi ratni drugovi u okviru kojih bi posebnu podgrupu činili zaštićeni svjedoci S-1 i S-2 i c) posredni svjedoci - dr. Mile Šolaja, te članovi porodica ubijenih ratnih zarobljenika. Apelaciono odjeljenje je na glavnom pretresu saslušalo i vještake – ljekara i balističara. Zatim, Apelaciono odjeljenje je u iskazima svjedoka-oštećenih utvrdilo određene razlike, ali kako su iskazi istovjetni u pogledu bitnih momenata kritičnog događaja, te je iskaz svakog od njih „isprepleten nizom detalja, slikovitih opisa i zapažanja“, Apelaciono vijeće je zaključilo da spomenute nedosljednosti u iskazima upravo doprinose povjerenju u njihovu iskrenost i tačnost, dok razlike omogućavaju da na osnovu različitih detalja koje je percipirao svaki od preživjelih svjedoka, Apelaciono odjeljenje stekne cjelovitu sliku o tim događajima. I konačno, u pogledu identifikacije apelanta kao počinioca krivičnog djela, dvojica preživjelih svjedoka Dragan Stupar i Milovan Mastikosa su opisali vojnika po nadimku

Hodža kojeg su kritičnog dana vidjeli na mjestu egzekucije četvorice ratnih zarobljenika, a na koje su i oni u toj grupi bili odvedeni. Po ocjeni Apelacionog odjeljenja, nijedan od ovih preživjelih svjedoka nije imao sumnji u pogledu identifikacije apelanta kao Hodže koji je izvršio ubistva. U odnosu na izvršena vještačenja, Apelaciono odjeljenje je ocijenilo da su nalaz i mišljenje vještaka na okolnosti ekshumacije leševa takve dokazne snage da se na njima, u vezi s drugim dokazima, može u velikoj mjeri zasnivati presuda. Navedeno je da se radi o dokazu objektivne prirode, na koji neke subjektivne okolnosti nemaju uticaj, za razliku od iskaza svjedoka kod kojih se taj ljudski faktor mora uvijek imati u vidu. Naime, vještaci nisu izvodili zaključke utemeljene na pretpostavkama, nego su svoj nalaz i mišljenje bazirali na činjenicama koje su se sa sigurnošću mogle utvrditi. I konačno, kako je Apelaciono odjeljenje zaključilo, odluka vijeća o apelantovoj odgovornosti za počinjeno krivično djelo se ne temelji isključivo na tome da su oštećeni prepoznali apelanta u sudnici, nego je vijeće kroz detaljnu i iscrpnu analizu iskaza dvojice neposrednih svjedoka, koji su učvrstili i doveli do stepena „van razumne sumnje“ uvjerenje suda da je upravo apelant počinio to krivično djelo. Nakon detaljne analize svih saslušanih svjedoka i dva vještaka, uvidom u sve materijalne dokaze, njihovom pojedinačnom ocjenom kao i njihovim dovodenjem u međusobnu vezu, Apelaciono odjeljenje je, izvan svake razumne sumnje, zaključilo da je apelant 20. septembra 1995. godine, nakon što mu je predata šest zarobljenih pripadnika VRS, četiri zarobljenika lišio života, istovremeno pokazujući namjeru da liši života i preostala dva zarobljenika, koji su stjecajem okolnosti ostali živi, čime je počinio ovo krivično djelo.

10. Apelaciono odjeljenje je utvrdilo da je krivično djelo za koje se optuženi tereti počinjeno 1995. godine, a u to vrijeme u Bosni i Hercegovini je bio na snazi KZ SFRJ kao preuzeti zakon. Krivično djelo „Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika“, koje je propisano članom 175. KZ BiH, odgovara istom krivičnom djelu propisanom u članu 144. KZ SFRJ, zakona koji je bio na snazi u vrijeme njegovog izvršenja.

11. Apelaciono odjeljenje se prilikom donošenja presude prije svega rukovalo jednim od osnovnih principa krivičnog zakona, propisanog u članu 3. KZ BiH koji glasi: „*Krivična djela i krivične sankcije se propisuju samo zakonom. 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.*“ Istaknuto je da je princip zakonitosti regulisan i članom 7. stav 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija) koja, u skladu s članom II/2. Ustava BiH, ima primat i prvenstvo primjene nad svim ostalim zakonima kao i da je u članu 4. KZ BiH propisan princip vremenskog važenja krivičnog zakona. Međutim, kako je dalje navelo

Apelaciono odjeljenje, KZ BiH je naknadno dodat član 4.a. koji odgovara članu 7. stav 2. Evropske konvencije koji omogućava da se učinocima krivičnih djela ratnih zločina, koji sasvim sigurno predstavljaju krivična djela u skladu s općim načelima međunarodnog prava, sudi po KZ BiH, iako on nije bio na snazi u vrijeme izvršenja spomenutih krivičnih djela, dakle iako bi primjena KZ BiH bila suprotna principu vremenskog važenja krivičnog zakona. Međutim, u konkretnom slučaju, kada je krivično djelo propisano i ranijim i novim zakonom, ovaj član, po ocjeni Apelacionog odjeljenja, nije primjenjiv. Zbog toga je stav Apelacionog odjeljenja da se primjena KZ BiH na ovaj predmet ne zasniva na spomenutom članu 4.a. KZ BiH, nego je vijeće utvrdilo da je u konkretnom slučaju ovaj zakon blaži za učinioca. Stoga se Apelaciono odjeljenje, pri ocjeni koji zakon se ima smatrati blažim, rukovalo drugim kriterijem, odnosno utvrđivanjem po kojem zakonu je apelantu moguće izreći strožu kaznu. Kako KZ BiH određuje da se za navedeno krivično djelo optuženom može izreći kazna zatvora u trajanju od najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora (u trajanju od najviše 45 godina dugotrajnog zatvora, što predstavlja opći zakonski maksimum kazne dugotrajnog zatvora), a KZ SFRJ propisuje mogućnost izricanja smrtne kazne, nesumnjivo je, kako je zaključilo Apelaciono odjeljenje, da je smrtna kazna stroža sankcija od bilo koje kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora, te je, stoga, vijeće smatralo da je blaži zakon za učinioca u konkretnom slučaju KZ BiH.

12. Presudom Apelacionog odjeljenja trećeg stepena Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono odjeljenje trećeg stepena) broj X-KRŽž-07/431 od 8. juna 2010. godine odbijena je kao neosnovana žalba Tužilaštva BiH, djelimično uvažena apelantova žalba i preinačena presuda Apelacionog odjeljenja u dijelu koji se odnosi na uračunavanje pritvora u izrečenu kaznu zatvora, tako što se pored vremena koje je apelant proveo u pritvoru počevši od 21. septembra 2007. godine do 7. marta 2008. godine, uračunava i vrijeme provedeno u pritvoru od 11. septembra 2009. godine pa dalje. U ostalom dijelu Apelaciono odjeljenje je potvrdilo drugostepenu presudu.

13. Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je prije svega razmotrilo osnovanost žalbenih navoda kojim se ukazuje na postojanje bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav (1) ZKP BiH, te našlo da oni nisu osnovani. U vezi s tim, u žalbi apelantov branilac ističe bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav (1) tačka d), i) i k) ZKP BiH, kao i člana 297. stav (2) ZKP BiH. Također, odbrana ističe da je povrijeđeno pravo na odbranu optuženog iz člana 297. stav (1) tačka d) ZKP BiH, s obzirom da ju Sud BiH i Tužilaštvo nisu obavijestili o detaljima provođenja ekshumacije i vještačenja posmrtnih ostataka oštećenih, a te prigovore je Apelaciono odjeljenje trećeg stepena ocijenilo kao neosnovane. Tumačeći član 177. stav (1) ZKP FBiH, sud je utvrdio da kada je branilac na svom pečatu naveo i broj faksa, dostavljanje izvršeno faks-mašinom se smatra adekvatnim,

jer se može smatrati da postoji pretpostavka da će pismeno upućeno na ovaj način primiti osoba kojoj je upućeno.

14. Kao poseban žalbeni navod odbrana je navela da se presuda zasniva na dokazu na kojem se ne može zasnivati (član 297. stav (1) tačka i) ZKP BiH. U tom smislu odbrana smatra da je izvedeni dokaz vještačenjem nezakonit, te da je na njemu, suprotno članu 10. stav (2) ZKP BiH, zasnovana pobijana presuda. Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je potvrdilo da je vještačenje provedeno u skladu s pravilima struke i nauke jer su zapisnike o forenzičkoj sudsko-medicinskoj, balističkoj i kriminalističko-tehničkoj obradi mrtvih tijela s pratećom fotodokumentacijom sastavili vještaci i prosljedili ih postupajućem tužiocu, te su uloženi kao dokaz Tužilaštva TA-1. Zbog svega navedenog Apelaciono odjeljenje trećeg stepena smatra da su ti žalbeni prigovori odbrane neosnovani.

15. Zatim, odbrana je dalje navela da je izreka presude nerazumljiva, proturječna sama sebi ili razlozima presude, a presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama (član 297. stav (1) tačka k) ZKP BiH. Apelaciono odjeljenje trećeg stepena smatra da je sasvim logičan i ispravan zaključak drugostepenog vijeća da je apelant izvršio četiri ubistva, pa je tako i ovaj žalbeni prigovor apelantovog branioca o navodnoj proturječnosti izreke presude s razlozima navedenim u njenom obrazloženju neosnovan. Dalje, u odnosu na slobodnu ocjenu dokaza, Apelaciono odjeljenje trećeg stepena nalazi da je u pobijanoj presudi drugostepeno vijeće ocijenilo svaki dokaz pojedinačno, te u povezanosti s ostalim dokazima, što je u smislu slobodne ocjene dokaza sud i dužan da učini. Suprotno žalbenim navodima, drugostepeno vijeće je opisalo kako je cijeno svaki pojedinačni dokaz tako što je prvo imenovalo svaki dokaz, zatim je iznesen njegov sadržaj (relevantni dio sadržaja dokaza), te je obrazložen zaključak drugostepenog vijeća u pogledu vjerodostojnosti i ocjene svakog dokaza u vezi sa zaključcima suda o bitnim obilježjima krivičnog djela.

16. U vezi s nepravilno i nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem navedeno je da sud nije dužan da obrazlaže svoje zaključke u vezi sa svim argumentima i mišljenjima iznesenim na glavnom pretresu, već je dužan da izvede zaključke o onim činjenicama koje su od suštinske važnosti za presuđenje, a što je drugostepeno vijeće i učinilo na ispravan način. Po ocjeni Apelacionog odjeljenja trećeg stepena, upravo dovodenjem u vezu navedenih materijalnih dokaza s iskazima svjedoka Dragana Stupara, Milovana Mastikose, zaštićenog svjedoka S-1, Safeta Begića i Firhata Porčića zv. Tičar, licima koja su vidjela apelanta na brdu Mrežnica, drugostepeno vijeće izvodi zaključak da je optuženi kritičnog dana bio prisutan na navedenom lokalitetu. Stoga Apelaciono odjeljenje trećeg stepena prigovore odbrane usmjerene u ovom pravcu smatra neosnovanim, te nedovoljno konkretizovanim, da bi kao takvi doveli u sumnju zaključak drugostepenog vijeća o ovoj bitnoj činjenici. Po ocjeni Apelacionog odjeljenja trećeg stepena, i druge okolnosti samog izvršenja krivičnog djela, koje se odnose na udaljenost

izvršioca od zarobljenika, njihov raspored, izjave pojedinih svjedoka, način ispaljivanja rafala, kasnije nađene košuljice metaka u tijelu oštećenog Dragana Šućura i dr., ukazuju na pravilnost zaključaka drugostepenog suda o okolnostima izvršenja navedenog krivičnog djela. U pogledu same identifikacije učinioca, Apelaciono odjeljenje trećeg stepena navodi da u potpunosti podržava stav i nalaz drugostepenog vijeća dat u pasusima (133) i (135) obrazloženja osporene presude.

17. U obrazloženju presude Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je, konačno, zaključilo da nisu osnovani apelantovi prigovori da mu je povrijeđeno pravo na odbranu, da nisu počinjene bitne povrede ZKP BiH, da nije povrijeđeno načelo slobodne ocjene dokaza, da presuda nije nerazumljiva, proturječna sama sebi, da sadrži razloge o odlučnim činjenicama, da nije pogrešno utvrđeno činjenično stanje, te da nije pogrešno primijenjeno materijalno pravo. Obrazlažući zašto je preinačilo drugostepenu kaznu u dijelu uračunavanja pritvora u kaznu zatvora, Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je navelo da je rješenjem od 11. septembra 2009. godine apelantu ponovo određen pritvor, te da drugostepeno vijeće ovaj pritvor nije uračunalo u izrečenu kaznu zatvora.

18. Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je nakon izvršene komparacije mogućih kazni utvrdilo da je drugostepeno vijeće zaključilo da je zapriječena kazna po važećem zakonu u svakom slučaju blaža od ranije propisane, bez obzira što je ranijim zakonom donja granica visine kazne bila pet godina. Naime, prema međunarodnom običajnom pravu je uspostavljeno da je smrtna kazna u svakom slučaju stroža kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog je da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona. Uz navedeno, Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je navelo i to da se kazna, koja je u konkretnom slučaju izrečena apelantu, nije kretala u okviru koji je bliže posebnom minimumu kazne propisane zakonom za predmetno krivično djelo, u kojem slučaju bi bio primijenjen preuzeti KZ SFRJ, kao zakon vremena izvršenja i istovremeno i povoljniji zakon. U prilog navedenom, Apelaciono odjeljenje ističe da se u konkretnom slučaju radi o težem vidu ovog krivičnog djela (ubijanja), te shodno načelu alternativnosti, pravac odmjeravanja kazne diktira izbor zakona, a ne zakon kao pravac odmjeravanja kazne. Shodno svemu navedenom, te imajući u vidu *ratio legis* odredbe iz stava 2. člana 4. KZ BiH, po kojoj se traži primjena zakona blažeg za učinioca, a ne blažeg zakona, Apelaciono odjeljenje trećeg stepena je našlo da je drugostepeno vijeće pravilno primijenilo KZ BiH, a imajući u vidu pravac odmjeravanja kazne (u smjeru posebnog maksimuma), u konkretnom kao blaži zakon, s obzirom da ima manji maksimum u odnosu na preuzeti KZ SFRJ, odnosno da propisuje blažu vrstu krivične sankcije.

IV. Apelacija

a) Navodi apelanta

19. Apelant navodi da mu je osporenim odlukama povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije, pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije, pravo na djelotvorni pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije i pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine, te člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju.

20. Apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje u suštini se svode na tvrdnje da je povrijeđen princip jednakosti stranaka u postupku kao i princip nepristranosti koje garantira član 6. Evropske konvencije, jer je sud, kako navodi apelant, „pobijanu presudu bazirao na dokaznim sredstvima koja je cijenio na takav način da je poklonio punu vjeru dokazima Tužilaštva BiH“; da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno jer sud uopće nije s istom pažnjom izvršio ocjenu svih dokaza koje je cijenio na apelantovu štetu, a prije svega iskaze svjedoka Stupara i Mastikose kao i zaštićenih svjedoka S-1 i S-2, materijalne dokaze kao što je identifikacija apelanta na mjestu događaja, ekshumacija, nađene košuljice metaka u tijelu oštećenih; zatim, prepoznavanje učinioca krivičnog djela nije izvršeno pravilno i u skladu sa standardima pravičnoga suđenja, te je time doveden u pitanje identitet samog učinioca ovog krivičnog djela; ocjena činjeničnog stanja je zasnovana na nezakonitim dokazima, odnosno činjenici da sud nije uopće vjerovao dokazima odbrane koji ukazuju da je vještačenje dr. Šolaje, na kojem se bazira prvostepena presuda, sasvim ispravno i tačno, a da vještačenje dr. Karana i balističara Marića nije izvršeno pravilno i u skladu sa standardima pravičnog suđenja. Apelant navodi da mu nije bilo omogućeno da prisustvuje ekshumaciji leševa, niti pravilnoj ocjeni nađene košuljice zrna metka u tijelu oštećenog Gorana Šućura što je dovelo i do toga da obrazloženje osporene presude bude nerazumljivo i protivno iznesenim razlozima i dokazima u toku postupka; zatim, u toku postupka su počinjene bitne povrede krivičnog postupka u vezi s pravom na odbranu, presuda se zasniva na dokazu na kojem se po odredbama ZKP BiH ne može zasnivati, a izreka presude je nerazumljiva, proturječna sama sebi ili razlozima presude i u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama. Apelant zaključuje da su osporene presude zasnovane isključivo na dokazima koji nisu neposredno izvedeni u ponovljenom suđenju nego samo reprodukovani. Iz tih razloga apelant zaključuje da je u konkretnom predmetu došlo do pogrešnog i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i pogrešne primjene zakona uz kršenje osnovnog principa presumpcije nevinosti (*in dubio pro reo*) i principa nepristranosti, koji su zajamčeni članom 6. Evropske konvencije.

21. U pogledu kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije apelant navodi da u konkretnom predmetu nije primijenjen KZ SFRJ, tj. zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, jer je Sud BiH propustio da primijeni blaži zakon, tj. zakon koji je povoljniji za učinioca. Apelant navodi da je uvijek blaža ona kazna koja je po vrsti blaža, pa je tako kazna zatvora uvijek blaža od

smrtne kazne koja je ukinuta u oba entiteta i na državnom nivou u BiH, ali Sud BiH u svojoj praksi često obrazlaže da je blaži KZ BiH od ranije preuzetog KZ SFRJ upravo zbog toga što ne predviđa smrtnu kaznu za krivična djela koja su u pitanju. Ako je u oba zakona predviđena ista vrsta kazne, onda je blaži onaj zakon koji predviđa tu vrstu kazne u kraćem trajanju odnosno u manjoj mjeri. Blažim će se smatrati onaj zakon koji u konkretnom slučaju za konkretnog učinioca predviđa blažu kaznu u odnosu na drugi zakon. Apelant zaključuje da treba primijeniti zakon koji ima niži posebni minimum ako se pri odmjeravanju kazne sud kreće ka nižoj kazni, a da treba primijeniti zakon koji predviđa niži maksimum ako se sud kreće ka višoj kazni.

22. Apelant se, također, žalio na povredu prava na djelotvorni pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije jer je Sud BiH navodno sam donosio odluke „u jednom, drugom i trećem stepenu“, za razliku od drugih sudova u BiH koji imaju zagwarantirani princip dvostepenosti i nespojivosti. Apelant se žalio i na pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju, koju vidi u činjenici što je Međunarodni sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u sličnim situacijama kod drugih učinilaca izricao puno blaže kazne.

Odgovori na apelaciju

23. U odgovoru na apelaciju Sud BiH navodi da apelant samo paušalno ističe povredu načela neposrednosti i slobodne ocjene dokaza, s obzirom da je članom 317. stav (2) ZKP BiH predviđena mogućnost reproduciranja dokaza izvedenih u prvostepenom postupku pred vijećem Apelacionog odjeljenja po ispunjenju propisanih uvjeta. Kada su u pitanju apelantovi prigovori koji se tiču navodne povrede krivičnog zakona, Sud BiH ističe da su oba vijeća zaključila da je u konkretnom slučaju KZ BiH blaži za učinioca, u odnosu na preuzeti KZ SFRJ, s obzirom da je preuzeti KZ SFRJ propisao smrtnu kaznu kao maksimalnu kaznu, dok je za isto krivično djelo, prema važećem Zakonu, zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Iz navedenog proizlazi da je u ovoj konkretnoj situaciji KZ BiH bio blaži za osuđenog jer propisuje zatvorsku kaznu koja je u svakom slučaju blaža od smrtne kazne.

24. U odgovoru na apelaciju Tužilaštvo BiH navodi da je Apelaciono vijeće izvršilo uvid u svaki dokument i cijenilo iskaz svih svjedoka, dakle razmatralo sve dokaze, na osnovu čega je donijelo odluku o njihovoj pouzdanosti i snazi, te odluku u meritumu. Navodi u pogledu povrede člana 7. Evropske konvencije su također očigledno neosnovani, s obzirom na obrazloženje koje daje i presuda trećestepenog vijeća. Nakon izvršene komparacije spomenutih kazni, drugostepeno vijeće je došlo do zaključka da je zapriječena kazna, po važećem Zakonu, u svakom slučaju blaža od ranije propisane, bez obzira što je ranijim zakonom donja granica visine kazne bila pet godina, zbog toga što je prema međunarodnom običajnom pravu uspostavljeno da je smrtna kazna u svakom slučaju stroža kazna od

dugotrajnog zatvora, a isto tako prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog je da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona.

V. Relevantni propisi

25. **Krivični zakon Bosne i Hercegovine** («Službeni glasnik BiH» br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06 i 55/06) 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 učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme činjenja krivičnog djela.*
- (2) *Ako se poslije činjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca.*

Član 4.a.

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim principima međunarodnog prava

Čl. 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.

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 dvadesetjednu godinu života.*

(5) *Pod uvjetima propisanim glavom X (Pravila o odgojnim preporukama, odgojnim mjerama i o kažnjavanju maloljetnika) ovog zakona može se izreći kazna maloljetničkog zatvora. Kazna maloljetničkog zatvora je po svojoj svrsi, prirodi, trajanju i načinu izvršenja posebna kazna lišenja slobode.*

(6) *Kazna zatvora se izriče na pune godine i mjesece, a do šest mjeseci i na pune dane. Kazna dugotrajnog zatvora se izriče samo na pune godine.*

(7) *Ako je izrečena kazna dugotrajnog zatvora, amnestija i pomilovanje mogu se dati tek nakon izdržanih tri petine te kazne.*

Glava XVII - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom

Član 175.

Ratni zločini protiv ratnih zarobljenika

Ko kršeći pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima naredi ili učini koje od ovih djela

a) lišenje drugih osoba života (ubistva), namjerna nanošenja osobama snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenje), nečovječno postupanje, biološke medicinske ili druge naučne eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije; (...)

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:

Smrtna kazna

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 uvjetom 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

Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

Član 144.

Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vreme rata ili oružanog sukoba naredi da se prema ranjenicima, bolesnicima, brodolomcima ili sanitetskom ili verskom osoblju vrše ubistva, mučenja, nečovečna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, ili nanošenje velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja, ili protivzakonito i samovoljno uništavanje ili prisvajanje u velikim razmerama materijala sredstava sanitetskog transporta i zaliha sanitetskih ustanova ili jedinica koje nije opravdano vojnim potrebama, ili ko izvrši neko od navedenih djela,

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

27. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ 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, 16/09, 93/09 i 72/13) u relevantnom dijelu glasi:

Član 3.

Pretpostavka nevinosti i in dubio pro reo

Svako se smatra nevinim za krivično djelo dok se pravomoćnom presudom ne utvrdi njegova krivnja.

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

(1) Sud je dužan da stranke i branioca tretira na jednak način i da svakoj od strana pruži jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu.

(2) Sud, Tužitelj i drugi organi koji učestvuju u postupku dužni su s jednakom pažnjom da ispituju i utvrđuju 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.

(4) Sudija, sudija za prethodno saslušanje, sudija, odnosno vijeće kao i Tužitelj dužni su, kada dođu u posjed novog dokaza ili bilo koje informacije ili činjenice koja može poslužiti kao dokaz na suđenju, staviti ih na uvid branitelju, osumnjičenom, odnosno optuženom.

Član 85. stav 3 i 4

(3) Ako je potrebno da se utvrdi poznaje li svjedok osobu ili predmet, tražit će se od njega prvo da ih opiše ili navede znakove po kojima se razlikuju, pa će mu se tek poslije pokazati radi prepoznavanja i to zajedno s drugim njemu nepoznatim osobama, odnosno ako je to moguće - zajedno s predmetima iste vrste.

(4) Ako prepoznavanje nije moguće u skladu sa stavom (3) ovog člana, prepoznavanje će se izvršiti na osnovu prepoznavanja fotografija tog lica ili predmeta postavljenih među fotografijama svjedoku nepoznatih lica ili predmeta iste vrste.

Član 95.

Određivanje vještačenja

Vještačenje se određuje kada za utvrđivanje ili ocjenu neke važne činjenice treba pribaviti nalaz i mišljenje osoba koje raspolažu potrebnim stručnim znanjem. Ako naučno, tehničko, ili druga stručna znanja mogu pomoći Sudu da ocijeni dokaze ili razjasni sporne činjenice, vještak kao posebna vrsta svjedoka može svjedočiti davanjem nalaza o činjenicama i mišljenja koje sadrži ocjenu o činjenicama.

Član 177.

Obavještanje telegramom ili telefonom

(1) Osobe koje učestvuju u postupku, osim optuženog, mogu se o pozivu za glavni pretres ili drugom pozivu, kao i o odluci o odlaganju glavnog pretresa ili drugih zakazanih radnji, obavijestiti telegramom ili telefonom, ako se prema okolnostima može pretpostaviti da će obavijest izvršenu na taj način primiti osoba kojoj je upućena.

Član 290.

Sadržaj presude

(...) (6) U obrazloženju presude Sud će iznijeti razloge za svaku tačku presude.

(7) Sud će određeno i potpuno iznijeti koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, dajući naročito ocjenu vjerodostojnosti proturječnih dokaza, iz kojih razloga nije uvažio pojedine prijedloge stranaka, iz kojih razloga je odlučio da se ne sasluša neposredno svjedok ili vještak čiji je iskaz pročitao, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično djelo i krivična odgovornost optuženog i pri primjenjivanju određenih odredaba krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo. (...)

VI. Dopustivost

28. 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.

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

30. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽŽ-/431 od 8. juna 2010. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 11. septembra 2010. godine, a apelaciju je podnio 12. oktobra 2010. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 18. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 18. st. 3. i 4. Pravila Ustavnog suda jer ne postoji neki formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva, niti je očigledno (*prima facie*) neosnovana.

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

VII. Meritum

32. Apelant je osporio presude Suda BiH ističući 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 prekršeno pravo iz člana 7. Evropske konvencije, te pravo na djelotvorni pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije, kao i pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju.

Pravo na pravično suđenje

33. Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

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

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

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

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

35. U konkretnom slučaju postupak se odnosi na utvrđivanje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta u vezi s izvršenjem krivičnog djela zločina protiv ratnih zarobljenika, te je član 6. Evropske konvencije primjenjiv na konkretan slučaj. Prema tome, Ustavni sud treba ispitati da li je postupak pred redovnim sudom bio pravičan onako kako to zahtijeva član 6. Evropske konvencije.

36. Prema vlastitoj jurisprudenciji Ustavni sud nije, općenito, nadležan vršiti provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji su redovni sudovi protumačili pozitivno-pravne propise, osim ukoliko odluke tih sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka redovnog suda krši ustavna prava, tj. ukoliko je redovni sud pogrešno protumačio ili primijenio neko ustavno pravo, ili je zanemario to pravo, ako je primjena zakona bila proizvoljna ili diskriminacijska, ukoliko je došlo do povrede procesnih prava (pravično suđenje, pristup sudu, djelotvorni pravni lijekovi i u drugim slučajevima), ili ukoliko utvrđeno činjenično stanje ukazuje na povredu Ustava Bosne i Hercegovine (vidi Ustavni sud, Odluka broj *U 39/01* od 5. aprila 2002. godine, objavljena u «Službenom glasniku Bosne i Hercegovine» broj 25/02 i Odluka broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine, objavljena u «Službenom glasniku Bosne i Hercegovine» broj 31/03). Također, Ustavni sud naglašava da je van njegove nadležnosti da procjenjuje kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom.

37. Apelant najprije tvrdi da je povrijeđen princip jednakosti stranaka u postupku i s tim u vezi garancije adversarnog postupka. U prilog ove tvrdnje apelant je istakao da je sud favorizovao dokaze Tužilaštva BiH tako što im je u potpunosti vjerovao kada su oni išli apelantu na teret, da je osuđujuća presuda zasnovana isključivo na dokazima koji nisu neposredno izvedeni nego reprodukovani uz kršenje načela neposrednosti izvođenja dokaza, da apelantu nije omogućeno da utiče na izbor vještaka i da je sud zanemario apelantove procesne prigovore u pogledu i drugih pobrojanih svjedoka. Ustavni sud podsjeća da, prema stanovištu Evropskog suda, princip jednakosti oružja zahtijeva da svakoj strani bude data razumna mogućnost da predstavi svoj slučaj pod uvjetima koji ga ne stavljaju u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na suprotnu stranu (vidi Evropski sud, pored ostalih, *G. B. protiv Francuske*, aplikacija broj 44069/98, stav 58, ECHR 2001-X). Zatim, princip jednakosti oružja je samo jedna karakteristika prava na pravično suđenje, kao šireg koncepta, koje također uključuje i fundamentalno pravo da krivični postupak treba biti adversarni. Ustavni sud primjećuje da u obrazloženju osporenih presuda nisu izostali iscrpni razlozi i obrazloženja kojim dokazima je vjerovano, te da su zaključci suda zasnovani na brižljivoj i savjesnoj ocjeni dokaza pojedinačno i u vezi s drugim provedenim dokazima.

38. Ustavni sud primjećuje da dokazni postupak nije rezultat proizvoljne ocjene dokaza, jer je sud izvodio i procjenjivao dokaze u skladu s principom slobodne ocjene dokaza. Prilikom ocjene dokaza izvedenih u toku glavnog pretresa, Ustavni sud dalje zapaža da se Apelaciono odjeljenje prije svega rukovodilo osnovnim načelima ZKP BiH, cijeneći sve dokaze u skladu s odredbama propisanim ovim zakonom, na prvom mjestu principom iz člana 3. ZKP BiH. Kada su u pitanju iskazi dvojice direktnih svjedoka, Stupara i Mastikose, neposrednih očevidaca predmetnog događaja, Ustavni sud zapaža da je Apelaciono odjeljenje imalo u vidu da je činjenica da su preživjeli strijeljanje na njih zasigurno ostavila neizbrisiv trag, te da su kroz davanje iskaza oni bili primorani još jednom preživjeti traumatični događaj iz septembra 1995. godine. Iako su se u momentu dešavanja na brdu Mrežnica nalazili jedan do drugog, svaki od njih je sporne događaje percipirao na sebi svojstven način, te zapamtio i naknadno bio u mogućnosti reprodukovati za njega najupečatljivije činjenice. Zbog navedenog su u njihovim iskazima prisutne određene razlike, ali kako su iskazi istovjetni u pogledu bitnih momenata kritičnog događaja, te je iskaz svakog od njih isprepleten nizom detalja, slikovitih opisa i zapažanja, Apelaciono odjeljenje je zaključilo da gorepomenute nedosljednosti u iskazima upravo doprinose povjerenju u njihovu iskrenost i tačnost, dok razlike omogućavaju da na osnovu različitih detalja koje je percipirao svaki od preživjelih svjedoka Apelaciono odjeljenje stekne cjelovitu sliku o svim događajima. Što se tiče iskaza ostale grupe svjedoka - apelantovih ratnih drugova Ustavni sud smatra da ih je Apelaciono odjeljenje cijeno s obzirom da se to svjedočenje odnosi na okolnosti koje nisu direktno vezane za taj

dogadaj, da su ti iskazi veoma oskudni i siromašni u verbalnom kazivanju, te su kod suda stvorili utisak da ovi svjedoci nastoje izbjeći istinu. Posebnu podgrupu su predstavljala dva zaštićena svjedoka koji su, posebno svjedok S-1, odstupili od iskaza datih u fazi istrage. Međutim, kako zapaža Ustavni sud, Apelaciono odjeljenje je cijeno iskaze ovih svjedoka i s psihološkog aspekta imajući u vidu teškoće s kojima su se neki od njih morali suočiti kod davanja svog iskaza, misleći pri tome kako na njihovu unutrašnju borbu prilikom svjedočenja, između onoga što im nalaže savjest (posebno prisutno kod svjedoka S-1), da govore i istinu, i s druge strane strah od osude okoline ukoliko svojim iskazima budu inkriminirali osobu sa kojom su se u ratu borili rame uz rame. Iskazi treće grupe svjedoka, kojoj pripadaju dr. Šolaja i predstavnici porodica oštećenih (svjedoci Ljiljana Mudrinić, Rajko Čuković i Mirko Sućur), kao posrednih svjedoka, su izvedeni s ciljem upotpunjavanja kompletne slike događaja i utvrđivanja da li su neposredni svjedoci, očevici spomenutih događaja, govorili istinu i može li se njihovim iskazima i koliko vjerovati. Na kraju, iskazi vještaka, kao i njihov nalaz i mišljenje su za Apelaciono odjeljenje imali svojstvo kontrolnog dokaza. Kroz nalaze vještaka dobijen je, po mišljenju Ustavnog suda, jedan objektivni dokaz, oslobođen dejstva ljudskog faktora koji se nesumnjivo mora imati u vidu pri ocjeni iskaza bilo kojeg svjedoka, a koji je mogao potvrditi ili negirati iskaze svjedoka Stupara i Mastikose i čiji ekspertski nalaz u odnosu na svjedočenje ovih preživjelih svjedoka ima pomoćni i u ovom slučaju kontrolni karakter. Polazeći od načela da je sud izvodio i procjenjivao dokaze u skladu s principom slobodne ocjene dokaza, Ustavni sud smatra da je Apelaciono vijeće detaljnom analizom iskaza svih saslušanih svjedoka i dvojice vještaka, te uvidom u sve izvedene materijalne dokaze, njihovom ocjenom kako pojedinačno tako i njihovim dovođenjem u međusobnu vezu, utvrdilo jedan kompleks činjenica koji ga je opredijelio da van svake razumne sumnje zaključi da je apelant 20. septembra 1995. godine počinio krivično djelo zločina protiv ratnih zarobljenika. Cijeneći iskaze svih svjedoka kao i druge izvedene dokaze, pojedinačno i u vezi s drugim provedenim dokazima, Ustavni sud nalazi da je Sud BiH zaključio da su oni saglasni u pogledu odlučnih činjenica tj. apelantovog prisustva i učešća u inkriminiranim radnjama koje su mu stavljane na teret. Činjenica da su iskazi pojedinih svjedoka „šturi i oskudni“ ne umanjuje dokaznu vrijednost drugih svjedoka niti drugih dokaznih sredstava koji su izvedeni u toku postupka, jer su i oni cijenjani pojedinačno i u odnosu na druge dokaze. U pogledu cjeline dokaznog postupka, Ustavni sud nalazi da je Sud BiH za svaki dokaz koji je prihvatio dao potpuno, jasno i konkretno obrazloženje, u skladu s pravilima ZKP BiH. I konačno, u pogledu ovih apelantovih navoda, Ustavni sud smatra da osporenim odlukama sudova apelantovo procesno pravo u pogledu jednakopravnosti stranaka nije tumačeno na njegovu štetu, te da mu je dana mogućnost da iznosi svoja zapažanja i dokaze u skladu s krivično-pravnim pravilima i načelima krivičnog postupka.

39. Apelant navodi da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno jer sud uopće nije s istom pažnjom izvršio ocjenu svih prihvaćenih dokaza koje je cijenio na apelantovu štetu, a prije svega iskaze svjedoka Stupara i Mastikose kao i zaštićenih svjedoka S-1 i S-2, materijalne dokaze kao što je identifikacija apelanta na mjestu događaja, ekshumacija, nađene košuljice metaka u tijelima oštećenih. Ustavni sud zapaža da iz niza materijalnih dokaza, koje je uložilo Tužilaštvo, nesporno proizlazi da je apelant bio pripadnik 517. oslobodilačke brigade 3. bataljona. Oba neposredna svjedoka, Stupar i Masnikosa, su na gotovo istovjetan način opisali način zarobljavanja, sprovođenje na vrh brda Mrežnica i predaju apelantu kojeg su svi opisivali kao Hodžu. U pogledu apelantovog prisustva mjestu događaja, Sud BiH je naveo da je iskazima svjedoka Dragana Stupara, Milovana Mastikose, zaštićenog svjedoka S-1, Safeta Begića i Firhata Porčića zv. Tičar, lica koja su vidjela apelanta na mjestu izvršenja krivičnog djela, Ustavni sud smatra da je zaključak Apelacionog odjeljenja o apelantovom prisustvu kritičnog dana na navedenom lokalitetu nesporan i dokazan. U pogledu okolnosti, mjesta i vremena izvršenja krivičnog djela, Ustavni sud smatra da je Apelaciono odjeljenje temeljito i jasno opisalo izvođenje svakog dokaza i izvelo zaključak u pogledu apelantovog položaja i njegove udaljenosti prilikom ispaljenja rafala u odnosu na zarobljena lica, te mjesta i vremena izvršenja djela. Naime, nakon što je drugostepeno vijeće utvrdilo raspored zarobljenika, te dalo valjano obrazloženje zašto u tom dijelu iskaza vjeruje iskazu svjedoka Mastikose, pristupilo je utvrđivanju okolnosti apelantovog položaja u odnosu na zarobljenike. S tim u vezi drugostepeno vijeće je utvrdilo da se optuženi nalazio na mjestu negdje između prvog i drugog para zarobljenika, nekoliko metara iza njih (pamus 106 pobijane presude). Stoga, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane apelantove navode u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje činjeničnog stanja.

40. U pogledu identifikacije apelanta, kako Ustavni sud zapaža, Apelaciono odjeljenje je utvrdilo da su dvojica preživjelih svjedoka, Dragan Stupar i Milovan Mastikosa, opisali vojnika po nadimku Hodža kojeg su kritičnog dana vidjeli na mjestu egzekucije četvorice ratnih zarobljenika, a na koje su i oni u toj grupi bili odvedeni. Pred Tužilaštvom su se, kao i na glavnom pretresu, izjasnili da je počinitelj predmetnih krivičnih djela apelant kojeg su tom prilikom u glavnim crtama opisali istovjetno, potvrdivši svoj iskaz u pogledu identiteta počinioca krivičnog djela, te prepoznavši apelanta u liku tog počinioca. Po mišljenju Ustavnog suda, odluka Apelacionog vijeća o odgovornosti optuženog za počinjeno krivično djelo ne temelji se isključivo na prepoznavanju apelanta u sudnici od oštećenih, nego je sud kroz detaljnu i iscrpnu analizu iskaza svih svjedoka našao one dijelove koji potkrepljuju uvjerenje suda da je upravo apelant počinitelj krivičnog djela. U svemu navedenom Ustavni sud ne nalazi proizvoljnosti u odlučivanju, pa stoga i prigovore o identifikaciji učinioca krivičnog djela odbacuje kao neosnovane.

41. Vežano za navode o vještačenju i ekshumaciji, apelant navodi da je ocjena činjeničnog stanja zasnovana na nezakonitim dokazima, odnosno činjenici da sud nije uopće vjerovao dokazima odbrane koji ukazuju da je vještačenje dr. Šolaje (vještačenje iz ukinute presude) na kojem se bazira prvostepena presuda sasvim ispravno i tačno, a da vještačenje dr. Karana i balističara Marića nije izvršeno pravilno i u skladu sa standardima pravičnog suđenja. Svjedočenje dr. Šolaje je također osporeno činjenicom da nigdje među posmrtnim ostacima ubijenih nisu nađeni tragovi metaka malokalibarskog oružja iako je dr. Šolaja istakao da je na tjemeno-potiljačnom dijelu svih ubijenih našao „ovjeru malokalibarskim metkom“, i to samo ulaznu ranu, dok izlazne nije bilo. Iz navedenog se nameće zaključak da bi metak malokalibarskog oružja morao ostati u tijelu ubijenih, međutim on, nakon obavljene ekshumacije, u okviru forenzičko-antropološke analize, nije pronađen. Iz ove analize Ustavni sud zapaža da je pred vijećem Apelacionog odjeljenja izveden dokaz saslušanjem vještaka sudsko-medicinske i balističke struke, koji su nakon obavljene ekshumacije i forenzičke antropološko-balističke analize skeletnih ostataka nastradalih lica, izradili pismeni nalaz i mišljenje koji su uloženi u sudski spis, koji bi se mogli definisati kao kontrolni dokaz. Vijeće je cijeniło da je nalaz vještaka takve dokazne snage da se na njemu, cijjenjenom u vezi s drugim dokazima, može u velikoj mjeri zasnivati presuda, jer se radi o dokazu objektivne prirode. Ustavni sud smatra da okolnost da vještaci nisu na mnoga pitanja dali odgovor, jer im stanje skeletnih ostataka nakon obavljene ekshumacije to nije dozvoljavalo, ne umanjuje dokaznu vrijednost i povjerenje u njihov iskaz i u izrađeni nalaz i mišljenje.

42. U pogledu materijalnog dokaza ekshumacije, po ocjeni Ustavnog suda, nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje zbog činjenice da je Tužilaštvo BiH obavijest o ekshumaciji i vještačenju odbrani prosljediło faksom, što proizlazi iz kopije obavještenja predočenog drugostepenom sudu, a što je u skladu s odredbom člana 177. stav (1) ZKP BiH, kojom se kao način dostave uvodi „Obavješćavanje putem telegrama ili telefona“, ako se prema okolnostima može pretpostaviti da će obavijest izvršenu na taj način primiti osoba kojoj je upućena. Analogno navedenom, kada je branilac na svom pečatu naveo i broj faksa, dostavljanje izvršeno faks-mašinom se smatra adekvatnim, Ustavni sud smatra da se može smatrati da postoji pretpostavka da će pismeno upućeno na ovaj način primiti osoba kojoj je upućeno. Kako ovu procesnu radnju Tužilaštvo BiH nije obavilo za vrijeme postupka istrage, već na glavnom pretresu, kada su rezultati te dokazne radnje prezentirani na pretresu, Ustavni sud smatra da načinom dostave kao i samim rezultatima ekshumacije nije došlo do povrede prava na odbranu, niti prava na pravično suđenje.

43. U vezi s apelantovim navodima o kršenju principa *in dubio pro reo*, Ustavni sud zapaža da apelant smatra da je u konkretnom slučaju došlo do povrede principa *in dubio pro reo*, jer su sudovi

sve proturječnosti i dileme trebali tumačiti u apelantovu korist, a ne suprotno od toga. Ustavni sud naglašava da je princip *in dubio pro reo* garantiran članom 6. stav 2. Evropske konvencije. Prema tom principu svako se smatra nevinim dok se njegova krivica ne dokaže prema zakonu. U tom pogledu, ukoliko postoji određena sumnja da je određena osoba izvršila krivično djelo koje joj se stavlja na teret, takva sumnja treba ići u korist optuženom. Međutim, prema mišljenju Ustavnog suda, pozivanje na princip *in dubio pro reo* može biti dovedeno u pitanje ukoliko izostane cjelovita analiza svih provedenih dokaza u obrazloženju sudske odluke koja takvu eventualnu sumnju otklanja. U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da obrazloženje analize svih provedenih dokaza ne ostavlja nikakvu sumnju u zaključak suda o apelantovoj krivici. Stoga, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije povrijeđen princip *in dubio pro reo* iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, pa je i u ovom dijelu apelacija neosnovana.

44. Ustavni sud smatra da je Apelaciono odjeljenje u obrazloženju svoje presude jasno navelo da su prihvaćene činjenice značajne za utvrđivanje postojanja bitnih elemenata krivičnog djela za koje se apelant tereti. Osim toga, iz obrazloženja navedene presude proizlazi da je Apelaciono odjeljenje zaključak o počinjenom krivičnom dijelu zločina protiv ratnih zarobljenika zasnovalo ne samo na saslušanju svjedoka Stupara i Masnikose već i na ostalim provedenim dokazima, prvenstveno na iskazima drugih svjedoka i vještaka, koji su neposredno saslušani na glavnom pretresu i drugim materijalnim dokazima. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da princip ravnopravnosti strana u postupku nije na bilo koji način narušen na apelantovu štetu niti je apelantu onemogućeno da ravnopravno raspravlja u konkretnom predmetu. Ustavni sud, također, zapaža da je apelant imao mogućnost da iznese svoju odbranu lično i uz pomoć branioca, zatim da predlaže izvođenje dokaza, između ostalog i saslušanje svjedoka, što je i učinio, kao i priliku da ispita sve dokaze optužbe i da ih ospori, te da osporava i način na koji su sudovi ocijenili dokaze. Shodno navedenom, Ustavni sud smatra da su i ostali apelantovi navodi koji su se ticali prava na pravično suđenje detaljno ispitani i da je zaključeno da su neosnovani, te da na temelju predloženih dokumenta nije moguće utvrditi da postoji bilo šta što bi uputilo na povredu ovog apelantovog prava. Stoga, Ustavni sud smatra da apelantovi navodi o povredi jednakosti stranaka u postupku, kao i provedenih dokaza i njihove ocjene, te shodno tome utvrđenog činjeničnog stanja, kao i obrazloženja i razloga koji su ponuđeni u osporenoj presudi, te navodno počinjenih bitnih povreda krivičnog postupka nisu osnovani, odnosno da u okolnostima konkretnog slučaja ne postoji ništa što bi uputilo na zaključak da krivični postupak protiv apelanta, sagledan u cjelini, nije bio pravičan.

45. Najzad, apelantovi navodi da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje jer je u osporenim presudama pogrešno primijenjeno materijalno pravo, biće razmotreni u okviru apelantovih navoda o povredi člana 7. Evropske konvencije.

46. Ustavni sud zaključuje da su apelantovi navodi o povredi prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije neosnovani.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

47. Apelant tvrdi da mu je osporenom presudom povrijeđeno pravo iz člana 7. Evropske konvencije.

48. Član II/2. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

Prava i slobode predviđeni Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

49. Član 7. Evropske konvencije glasi:

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

2. Ovaj član ne utiče 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 načelima priznatim kod civiliziranih naroda .

50. Iz navoda apelacije proizlazi apelantova tvrdnja da je u konkretnom krivičnom postupku koji je protiv njega vođen kažnjen na osnovu odredaba KZ BiH koji je za njega nepovoljniji i stroži, umjesto prema odredbama KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je za njega blaži i povoljniji.

51. U vezi s apelacionim navodima Ustavni sud, prije svega, ukazuje da se radi o krivičnom djelu protiv ratnih zarobljenika koje je u odredbama KZ BiH propisano u članu 175. stav 1. tačka a) - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (Glava XVII), odnosno koje je u odredbama KZ SFRJ propisano u članu 144. - Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava (Glava XVI). Dakle, radi se o krivičnom djelu iz grupe tzv. ratnih zločina. Također, Ustavni sud zapaža da je u konkretnom predmetu, u pogledu kršenja člana 7. Evropske konvencije, pokrenuto pitanje koje je neophodno sagledati s više aspekata i odgovoriti na osnovni apelacioni navod u pogledu primjene „blažeg“ zakona.

52. Ustavni sud ukazuje da je Evropski sud u predmetu *Scoppola protiv Italije* (vidi Evropski sud, *Scoppola protiv Italije*, broj 10249/03, od 17. septembra 2009. godine) zauzeo stav da je neophodno da napusti praksu koju je ustanovila Komisija u predmetu *X protiv Njemačke* i utvrdio da član 7. stav 1. Evropske konvencije ne garantira samo princip zabrane retroaktivne primjene strožeg krivičnog zakona, već također, implicitno, garantira princip retroaktivne primjene blažeg krivičnog zakona. Taj princip je sadržan u pravilu da kada postoji razlika između krivičnog zakona koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i krivičnih zakona koji su doneseni i stupili na snagu nakon toga, a prije donošenja pravosnažne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije odredbe su najpovoljnije za optuženog.

53. S tim u vezi Ustavni sud ističe da je u svojoj najnovijoj praksi (vidi, pored ostalih, Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine, u daljnjem tekstu: predmet *Damjanović* i Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 5161/10 od 23. januara 2014. godine, u daljnjem tekstu: predmet *Dukić*, dostupne na www.ustavnisud.ba), koja slijedi praksu Evropskog suda razrađenu u predmetu *Maktouf i Damjanović*, koji su također, kao i apelanti u citiranim predmetima Ustavnog suda, proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZ BiH, utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZ BiH, u situaciji kad je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZ SFRJ, bila na štetu aplikanta/apelanata u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

54. Pri tome, Ustavni sud naglašava da je u citiranim odlukama konstatirano da zadatak Evropskog suda [kao što je to i Ustavnog suda] nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena KZ BiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s članom 7. Evropske konvencije, te da se ovo pitanje mora procjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta, a posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

55. U citiranim odlukama je dalje istaknuto da je definicija ratnih zločina za koje su aplikanti proglašeni krivim ista i u KZ SFRJ i u KZ BiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Međutim, ukazano je da ova dva zakona pružaju različit raspon kazni za ratne zločine. Dalje je navedeno da Evropski sud nije prihvatio argumentaciju da je KZ BiH blaži za aplikante od KZ SFRJ jer ne propisuje smrtnu kaznu. Slijedom izvršene analize visine kazni na koje su aplikanti osuđeni i kazni koje bi oni mogli eventualno dobiti, zavisno od toga koji zakon bi bio primijenjen u njihovim slučajevima, Evropski sud je zaključio da je, s obzirom na mogućnost izricanja kazne zatvora u kraćem trajanju, povoljniji KZ SFRJ. U predmetnoj odluci Evropski sud je dalje naveo da su kazne

koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i KZ SFRJ i KZ BiH i da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanata bio blaže kažnjen da je primijenjen KZ SFRJ. Međutim, i pored toga, Evropski sud je ukazao: „*Ono što je od ključnog značaja, međutim, je da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon (napomena: KZ SFRJ) primijenjen u njihovim predmetima*“ (tačka 70).

56. Ustavni sud smatra da se ne može zauzeti općenit (apstraktan) stav koji od dva krivična zakona (misli se na KZ SFRJ i KZ BiH) predviđa „blažu“ ili „težu“ kaznu za ovo krivično djelo, te s tim u vezi, dalje, apstraktno zaključiti koji bi od navedena dva zakona trebalo primjenjivati (u slučajevima kada oba zakona propisuju konkretna krivična djela iz oblasti ratnih zločina koja se optužnicom stavljaju na teret) zbog toga što taj zakon propisuje „blažu kaznu“. Takvi zaključci moći će se izvoditi samo u konkretnim slučajevima, te je sasvim moguće da će dolaziti i do različite primjene navedenih zakona (KZ SFRJ i KZ BiH) jer se, kako je već rečeno, jedan te isti zakon može pokazati, u zavisnosti od konkretnih okolnosti svakog pojedinog slučaja, u jednoj situaciji kao blaži a u drugoj kao teži u odnosu na kaznu koja će se izreći. Ustavni sud je mišljenja da se može zaključiti da u slučaju kada je krivično djelo bilo inkriminirano u oba zakona (u zakonu koji je važio u vrijeme izvršenja kao i u zakonu koji je naknadno donesen) da tada, u skladu s drugom rečenicom stava 1. člana 7. Evropske konvencije, obavezno treba ispitati koji od dva ili više sukcesivno donesenih zakona predviđa blažu kaznu te primijeniti taj zakon, tj. zakon koji predviđa blažu kaznu (princip *favor rei*). Pri tome treba voditi računa o svim relevantnim pitanjima kao što je minimum i maksimum propisane kazne, uvjeti za ublažavanje kazne i drugo.

57. Ustavni sud zapaža da je apelant na osnovu presude Suda BiH proglašen krivim za krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika i da mu je na osnovu odredaba KZ BiH [član 175. stav 1. tačka a)] izrečena kazna zatvora u trajanju od 17 godina. Prema ovom zakonu, zapriječena kazna za krivično djelo za koje je apelant osuđen jeste kazna zatvora u trajanju od 10 do 20 godina ili, u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina. Isto krivično djelo je, kako je već konstatirano, bilo propisano i u članu 144. KZ SFRJ koji je primjenjivan u vrijeme izvršenja krivičnog djela, te u kojem je za navedeno djelo bila zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna umjesto koje se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od 20 godina. S tim u vezi Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH ispitao i dao obrazloženje zbog čega smatra da je KZ BiH povoljniji za apelanta. Naime, Sud BiH je s aspekta propisane kazne zaključio da je KZ BiH blaži za apelanta jer KZ SFRJ za isto djelo propisuje kaznu zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili smrtnu kaznu, dok je prema KZ BiH najmanja zapriječena kazna 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Nakon kompariranja kazni Sud BiH je zaključio da je zapriječena kazna

prema KZ BiH u svakom slučaju povoljnija, jer ne propisuje smrtnu kaznu koja je, prema međunarodnom običajnom pravu, svakako stroža od kazne dugotrajnog zatvora.

58. Ustavni sud, međutim, u vezi s obrazloženjem osporene presude Suda BiH u pogledu primjene KZ BiH kao „blažeg“ zakona smatra da apelantu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora kao najstroža kazna već kazna zatvora u trajanju od 17 godina. To, dalje, znači da apelantu nije izrečena kazna za teži oblik krivičnog djela ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika, što bi daljnjim kompariranjem s odredbama KZ SFRJ, kojim je za takav oblik krivičnog djela zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina, značilo da je postojala mogućnost da se apelantu izrekne kazna u kraćem trajanju u okviru propisanog raspona.

59. U vezi s argumentima Suda BiH koji se tiču primjene KZ BiH kao „blažeg zakona“ koji je kompariran s KZ SFRJ i propisanom smrtnom kaznom, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembra 1995. godine), kroz čl. II/1. i II/2. Ustava Bosne i Hercegovine, stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju koji u odredbi člana 1. propisuje ukidanje smrtne kazne, ali ostavlja mogućnost da se smrtna kazna može propisati za krivična djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti. Protokolom broj 13 uz Evropsku konvenciju (BiH ga je ratificirala 28. maja 2003. godine) propisano je bezuvjetno ukidanje smrtne kazne. Stoga, kada se ima u vidu da se smrtna kazna u Bosni i Hercegovini nakon 14. decembra 1995. godine ne može izreći niti izvršiti, i da je mogla biti zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od 20 godina (KZ SFRJ) za najteže oblike ovog krivičnog djela (što kod apelanta nije slučaj, jer mu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora prema KZ BiH), ostaje mogućnost da je prema KZ SFRJ apelantu mogla biti izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju, odnosno u trajanju od 15 godina.

60. Ustavni sud podsjeća da je pitanje statusa smrtne kazne već ranije razmatrano u Odluci Doma za ljudska prava za BiH *Sretko Damjanović protiv BiH broj CH/96/30* od 5. septembra 1997. godine. U ovoj odluci je, između ostalog, navedeno: “U razmatranju da li bi smaknuće kojim se prijeti podnosiocu prijave bilo predviđeno u domaćem zakonu i u skladu sa odredbama u svrhu člana 2. Protokola br. 6 na Konvenciju, Dom mora uzeti u obzir relevantne odredbe Ustava izloženog u Aneksu 4 na Opći okvirni sporazum. U tom pogledu Dom zapaža da je po članu 2. Aneks 2 na Ustav, koji se bavi prelaznim aranžmanima, predviđeno da će važeći zakoni na dan stupanja na snagu Ustava *ostati na snazi do mjere koja nije proturječna Ustavu*“. Primjena smrtne kazne bi se stoga mogla samo smatrati propisanom u domaćem zakonu u obliku čl. 141. ili 142. Krivičnog zakona ukoliko odredbe tih članova same „ne bi bile u neskladu sa Ustavom“ (stav 34). Dalje, „Tamo gdje jedan od sporazuma o ljudskim pravima nameće jasnu, preciznu i apsolutnu zabranu nekog pravca djelovanja, jedini način na koji se može sprovesti obaveza da se osobama osiguraju spomenuta prava bez diskriminacije je

davanje snage zabrani. Stoga se zakoni koji idu suprotno od takve zabrane ne mogu smatrati u skladu sa Ustavom i stoga se ne mogu posmatrati kao ispravna osnova u domaćem zakonu za bilo kakvu akciju koja po Evropskoj konvenciji mora biti legalna u domaćem zakonu. Stoga Dom smatra da članovi 141. i 142. Krivičnog zakona, utoliko što ovlašćuju primjenu smrtne kazne u doba mira, nisu u skladu sa Ustavom i da pogubljenje kojim se prijeti podnosiocu prijave zato ne bi bilo propisano domaćim zakonom u svrhu Protokola 6 na Evropsku konvenciju. Stoga bi to kršilo član 2. Protokola br. 6 iz istog razloga“ (stav 37).

61. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za 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 nakon toga 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 ratifikovala 28. maja 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporene odluke 8. juna 2010. godine nije postojala niti teorijska niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

62. Imajući u vidu navedeno, kao i činjenicu da se u Bosni i Hercegovini, prema odredbama Ustava Bosne i Hercegovine i odredbama protokola br. 6 i 13 uz Evropsku konvenciju, ne može izreći, niti izvršiti smrtna kazna i da odredbe člana 144. KZ SFRJ propisuju blažu maksimalnu kaznu od odredaba člana 175. KZ BiH za krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika, Ustavni sud smatra da je osporenim presudom Suda BiH došlo do povrede apelantovog prava iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

63. Ustavni sud smatra da je s ciljem da se zaštite apelantova ustavna prava dovoljno ukinuti osporenu presudu Apelacionog odjeljenja trećeg stepena broj X-KRŽž-07/431 od 8. juna 2010. godine i vratiti predmet tom sudu da donese novu odluku u pogledu izricanja kazne u skladu s članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

64. Ustavni sud ukazuje da ni u ovom slučaju, kao i u nizu predmeta iz novije prakse u kojim je utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. stav 1. Evropske konvencije i ukinuo presude Suda BiH s nalogom da se donese nova odluka kojom će biti otklonjena utvrđena povreda, nije odlučivao o prekidu izdržavanja kazne zatvora i puštanju na slobodu apelanta, niti o proceduri po kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku. S obzirom da je u konkretnom slučaju osporena presuda ukinuta, da je apelant lišen slobode i upućen na izdržavanje kazne zatvora na temelju osporene presude koja je sada ukinuta ovom odlukom Ustavnog suda samo u odnosu na primjenu člana 7. Evropske konvencije, o lišavanju slobode apelanta odlučivat će Tužilaštvo BiH i Sud BiH, u skladu sa svojim nadležnostima i relevantnim odredbama ZKP BiH.

Pravo na djelotvoran pravni lijek

65. Apelant se, također, žalio na povredu prava na djelotvorni pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije jer je navodno Sud BiH sam donosio odluke u jednom, drugom i trećem stepenu, za razliku od nižih sudova u sistemu sudskih organa Bosne i Hercegovine koji imaju zagarantirani princip dvostepenosti i nespojivosti. U vezi s apelantovim navodima o kršenju prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije, Ustavni sud podsjeća da se radi o pravu koje ima supsidijarni karakter u smislu da uživa zaštitu samo u odnosu na neko od prava zaštićenih Evropskom konvencijom, te da to podrazumijeva «pravo na pravni lijek pred nacionalnim vlastima».

66. U kontekstu navedenog, Ustavni sud zapaža da su ovi apelacioni navodi neosnovani, budući da iz stanja spisa kao nesporno proizlazi da je apelantu na raspolaganju bila mogućnost da izjavi žalbu protiv Presude Apelacionog odjeljenja broj X-krž-06/431 od 11. septembra 2009. godine koju je apelant i iskoristio. Naime, apelant je, kako je već rečeno, izjavio žalbu protiv presude kojom je proglašen krivim u kojoj je osporavao presudu iz svih osnova predviđenih ZKP BiH. Ustavni sud zapaža da je Apelaciono odjeljenje trećeg stepena u žalbenom postupku razmotrilo sve apelantove navode i dalo razloge zašto je odluka kojom su proglašeni krivim pravilna, odnosno zašto apelantovi navodi istaknuti u žalbi nisu mogli dovesti do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari. Imajući u vidu navedeno, činjenica da korišteni pravni lijekovi nisu rezultirali uspjehom apelanta, u smislu u kojem je on smatrao da treba da bude, budući da su u pogledu sankcije bili nesporno djelotvorni, ne može voditi zaključku o nepostojanju ili nedjelotvornosti pravnih lijekova.

67. Imajući u vidu navedeno, kao i činjenicu da je Ustavni sud u prethodnim tačkama ove odluke već obrazložio zašto smatra da nije došlo do povrede apelantovog prava na pravično suđenje, Ustavni sud i navode o povredi apelantovog prava na djelotvoran pravni lijek smatra neosnovanim.

Zabrana diskriminacije

68. Apelant se žalio i na pravo na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju, koju vidi u činjenici što je Međunarodni sud za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u sličnim situacijama kod drugih učinilaca izricao puno blaže kazne.

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

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

Član 14. Evropske konvencije glasi:

Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

Protokol broj 12 uz Evropsku konvenciju glasi:

1. Uživanje svih prava određenih zakonom osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status.

2. Nikog ne smiju diskriminirati javna tijela na bilo kojoj osnovi, kako je i navedeno u stavu 1.

70. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća na to da postoji diskriminacija ako rezultira različitim tretmanom pojedinaca u sličnim pozicijama i ako taj tretman nema objektivno ili razumno opravdanje. Da bi bio opravdan, tretman mora težiti zakonitom cilju, te mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između korištenih sredstava i cilja koji se treba ostvariti (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Marckx protiv Belgije*, stav 33). Stoga je potrebno u svakom konkretnom slučaju ustanoviti da li se prema apelantu postupalo drukčije nego prema drugima u istim ili sličnim situacijama. Svako različito postupanje se ima smatrati diskriminacijskim ako nema razumno i objektivno opravdanje, tj. ako ne stremi legitimnom cilju ili ako nema razumnog odnosa.

71. U konkretnom slučaju apelant smatra da je diskriminiran zbog toga što drugim licima koja su navodno počinila slična krivična djela nisu uopće procesuirana ili je takvim licima izricana manja kazna nego njemu. Budući da je Ustavni sud, razmatrajući kršenja ovih navoda u okviru prava na

pravično suđenje utvrdio da nije bilo proizvoljnosti u primjeni materijalnog prava te kako apelant ne nudi nikakav drugi argument iz kojeg bi proizlazilo da je tretiran drugačije u odnosu na lica u istoj ili sličnoj situaciji niti je nešto tako vidljivo iz činjenica predmeta, Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o kršenju prava na nediskriminaciju iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine, člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju u vezi s pravom na pravično suđenje neosnovani.

VII. Zaključak

72. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantovo ustavno pravo iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena KZ BiH u pogledu izricanja kazne bila na apelantovu štetu.

73. Ustavni sud zaključuje da nije prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije jer u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi uputilo na zaključak da je dovedena u pitanje jednakost stranaka u postupku, da je sud svoju odluku zasnovao na dokazima na kojim je nije mogao zasnovati, kao i da je izostala brižljiva i savjesna ocjena dokaza na način koji bi doveo u pitanje utvrđeno činjenično stanje, te najzad da je sud propustio da obrazloži svoju odluku, odnosno da postupak sagledan u cjelini nije bio pravičan.

74. Ustavni sud zaključuje da ne postoji ni povreda prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Evropske konvencije, imajući u vidu da je apelant izjavio žalbu Apelacionom odjeljenju koje je ispitalo osporenu presudu u odnosu na njihove žalbene navode, odnosno kada apelantu nije uskraćeno pravo na žalbu u smislu navedenog člana.

75. Nema kršenja ni zabrane diskriminacije iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije i Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju u vezi s pravom na pravično suđenje kada je Ustavni sud utvrdio da nije bilo proizvoljnosti u primjeni materijalnog prava, te kada apelant ne nudi nikakav drugi argument iz kojeg bi proizlazilo da je tretiran drugačije u odnosu na lica u istoj ili sličnoj situaciji niti je nešto tako vidljivo iz činjenica predmeta.

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

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić

