

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu, u predmetu broj **AP 5161/10**, rješavajući apelaciju **Novaka Đukića**, 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

Tudor Pantiru, potpredsjednik

Miodrag Simović, potpredsjednik

Seada Palavrić, potpredsjednica

Mato Tadić, sudija

Constance Grewe, sutkinja

Mirsad Ćeman, sudija

Margarita Caca-Nikolovska, sutkinja

Zlatko M. Knežević, sudija

na sjednici održanoj 23. januara 2014. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **Novaka Đukića**.

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-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine.

Predmet se vraća Sudu Bosne i Hercegovine, koji je dužan da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu sa 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 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 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. Novak Đukić (u daljnjem tekstu: apelant) iz Banje Luke, kojeg zastupa Dušan Tomić, advokat iz Sarajeva, podnio je 22. novembra 2010. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv presuda Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) br. X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine i X-KR-07/394 od 12. juna 2009. godine. Apelant je dopunio apelaciju 5. januara 2011. godine, 25. aprila 2011. godine, 9. oktobra 2013. godine i 4. decembra 2013. godine. Apelant je 9. oktobra 2013. godine podnio zahtjev za donošenje privremene mjere.

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. novembra 2013. godine da dostave odgovor na apelaciju.
3. Sud BiH i Tužilaštvo su 21. novembra 2013. godine dostavili odgovore na apelaciju.
4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori na apelaciju dostavljeni su podnosiocu apelacije 27. novembra 2013. 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 prvostepenog vijeća Suda BiH (u daljnjem tekstu: prvostepeno vijeće) broj X-KR-07/394 od 12. juna 2009. godine, koja je potvrđena Presudom Apelacionog vijeća Suda BiH (u daljnjem tekstu: Apelaciono vijeće) broj X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine, apelant je proglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. a) i b) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZBiH). Prvostepeno vijeće je provelo krivični postupak i utvrdilo da je apelant za vrijeme ratnog stanja i oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini, suprotno pravilima međunarodnog humanitarnog prava (odredbe Ženevske konvencije o zaštiti civilnih lica za vrijeme rata, kao i Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba), te kršeći pravila međunarodnog prava, naredio artiljerijski napad na naseljeno mjesto Tuzla usljed čije eksplozije je smrtno stradalo 71 lice, a više od 130 lica lakše ili teže ranjeno. Za navedeno krivično djelo apelant je osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora od 25 godina.
7. U obrazloženju presude prvostepeno vijeće je, između ostalog, navelo da je, nakon savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima izvedenim na glavnom pretresu, utvrdilo činjenično stanje kao u izreci presude. Naime, prvostepeno vijeće je utvrdilo da je apelant u svojstvu komandanta Taktičke grupe Ozren Vojske Republike Srpske (TG Ozren VRS) 25. maja 1995. godine naredio artiljerijskom vodu koji mu je bio potčinjen, a koji je bio lociran na planini Ozren, općina Petrovo - širi rejon sela Panjik, da iz topova M 46 - kalibra 130 mm granatira grad Tuzlu, koja je Rezolucijom Ujedinjenih naroda broj 824 od 6. maja 1993. godine proglašena zaštićenom zonom. Navodi se da su pripadnici artiljerijskog voda i izvršili tu naredbu ispalivši više artiljerijskih projektila na grad Tuzlu, od kojih je jedan artiljerijski projektil tipa OF-482 u 20.55 sati pogodio uži lokalitet centra grada zvani Kapija, usljed čije eksplozije je smrtno stradalo 71 lice, a više od 130 teže i lakše ranjeno.

8. Prvostepeno vijeće je utvrdilo da je apelant, kao komandant Taktičke grupe Ozren, bio na svom komandnom mjestu 25. maja 1995. godine. Zahvaljujući sistemu izvještavanja koji je primjenjivan u okviru VRS, a koji je funkcionirao i 25. maja 1995. godine, optuženi je bio svjestan situacije na terenu, koja se intenzivirala nekoliko dana prije 25. maja 1995. godine. On je komandovao jedinicama koje su mu bile potčinjene 25. maja 1995. godine i bio je, kao i obično, na položaju sa kojeg je izdavao naređenja potčinjenima. Kako je dalje navelo prvostepeno vijeće, ne postoji nijedan dokaz koji bi upućivao da je apelant toga dana bio spriječen da izda naređenja, niti je na nekoga prenio ovlaštenja da izdaje naređenja, jer ovakav zaključak potvrđuju dvije naredbe koje je apelant izdao sa svog komandnog mjesta. Prvostepeno vijeće je došlo do neoborivog zaključka da je ovo djelo rezultat direktne naredbe koju je izdao komandant Taktičke grupe Ozren, odnosno sam apelant. Vijeće je u obrazloženju presude navelo na osnovu kojih dokaza je utvrdilo relevantne činjenice na osnovu kojih može van svake razumne sumnje zaključiti ko je odgovoran za počinjenje krivičnog djela iz tačke 1. optužnice. U spisu se nalaze dvije naredbe koje je potpisao apelant na svom komandnom mjestu 25. maja 1995. godine: T-131 (Naredba za referiranje komandanata, Komanda TG Ozren, komandant Novak Đukić str. pov. br. 01/231-1 od 25.5. 1995. godine) i T-132 (Naredba jedinicama za obavještenje, Komanda TG Ozren, komandant Novak Đukić, str. pov. br. 01/232-3 od 24.5.1995. godine).

9. Sumirajući ove nalaze, prvostepeno vijeće je navelo da je naređenje za upotrebu topa 130 mm M46 bilo u isključivoj nadležnosti komandanta Taktičke grupe Ozren. Dalje, načelnici artiljerije su mogli predlagati komandantu upotrebu ovog topa, ali nisu mogli izdati naređenje za otvaranje vatre, naredba se mogla izdati pismeno i usmeno, posada topa 130 mm M46 imala je direktnu žičanu telefonsku vezu jedino sa Komandom TG Ozren, a Komanda TG Ozren se nalazila na Panjiku. U lancu komandovanja apelant je bio posljednje lice koje je moglo izdati naredbe za upotrebu topa M46 130 mm. Samovoljno ili neovlašteno otvaranje vatre nije nikada zabilježeno, a 25. maja 1995. godine apelant se nalazio na svom komandnom mjestu. Na osnovu svega navedenog, prvostepeno vijeće je van razumne sumnje zaključilo da je apelant počinio krivičnopravnu radnju opisanu u tački 1. optužnice.

10. Osnovna obilježja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kako je zaključilo prvostepeno vijeće, sastoje se u postojanju rata i kršenju pravila međunarodnog prava i u sklopu takvog ponašanja specifičnih apelantovih radnji. U pogledu primjene materijalnog prava, za Sud BiH su relevantna dva zakonska načela. Prvo je načelo zakonitosti prema kojem 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 (član 3. KZBiH). Drugo je načelo vremenskog važenja krivičnog zakona prema kojem se na

učinioca krivičnog djela primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a ako se poslije učinjenja djela zakon promijenio jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca (član 4. KZBiH). Načelo zakonitosti je propisano i odredbom člana 7. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija).

11. Prvostepeno vijeće, dalje, smatra da krivično djelo za koje se apelant tereti predstavlja krivično djelo u skladu sa međunarodnim običajnim pravom i da se stoga na njega odnose opća načela međunarodnog prava, kako je to definirano članom 4.a) KZBiH, međunarodno pravo definirano članom 7. stav 1. Evropske konvencije i opća pravna načela priznata kod civiliziranih naroda iz člana 7. stav 2. Evropske konvencije, pa stoga prvostepeno vijeće smatra da je na osnovu ovih odredaba KZBiH primjenjiv u konkretnom slučaju. Pored navedenog, u vrijeme kada su počinjena predmetna krivična djela, Bosna i Hercegovina, kao država nastala sukcesijom SFRJ, bila je potpisnica svih relevantnih međunarodnih konvencija o ljudskim pravima i o međunarodnom humanitarnom i krivičnom pravu. Isto tako, običajni status krivične odgovornosti za ratne zločine protiv civilnog stanovništva i individualna odgovornost za ratne zločine počinjene tokom 1995. godine potvrdili su generalni sekretar Ujedinjenih naroda (u daljnjem tekstu: UN), Međunarodna pravna komisija i praksa Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljnjem tekstu: MKSJ). Konkretno, MKSJ je potvrdio da su krivična djela „direktnih napada na civilno stanovništvo“ i „neselektivnih napada“ bila sastavni dio međunarodnog običajnog prava u vrijeme počinjenja krivičnog djela. Ovi sudovi su utvrdili da krivična odgovornost za zločine protiv čovječnosti i ratne zločine protiv civilnog stanovništva predstavlja imperativnu normu međunarodnog prava, odnosno da se radi o normama koje imaju prinudni karakter (*ius cogens*). Dakle, prema mišljenju prvostepenog vijeća, krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, u skladu sa odredbama Ženevske konvencije, mora se u svakom slučaju podvesti pod opće principe međunarodnog prava u svjetlu čl. 3. i 4.a) KZBiH. Na osnovu svega navedenog, zaključeno je da su ratni zločini protiv civilnog stanovništva predstavljali krivična djela u odgovarajućem periodu kako sa aspekta međunarodnog običajnog prava, tako i sa aspekta međunarodnog ugovornog prava ili načela međunarodnog prava, čime je zadovoljeno načelo zakonitosti, kao i načela *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*. Prvostepeno vijeće je, pored toga, konstatiralo da su krivična djela iz člana 173. KZBiH bila definirana i zakonom koji je bio na snazi u relevantno vrijeme - odnosno u vrijeme kada je izvršeno krivično djelo, odnosno članom 142. stav 1. Krivičnog zakona SFRJ (u daljnjem tekstu: KZSFRJ), što znači da je predmetno krivično djelo bilo kažnjivo i po krivičnom zakonu koji je bio na snazi u to vrijeme, što čini osnovanim zaključke do kojih je prvostepeno vijeće došlo u pogledu načela zakonitosti.

12. S tim u vezi, prvostepeno vijeće je utvrdilo da krivično djelo za koje je apelant proglašen krivim predstavlja krivično djelo prema međunarodnom običajnom pravu i stoga potpada pod opće principe međunarodnog prava propisane članom 4a. Zakona o izmjenama i dopunama KZBiH, odnosno pod opća pravna načela koja priznaju civilizirani narodi propisana stavom 2. člana 7. Evropske konvencije, te da se stoga KZBiH može primijeniti u konkretnom slučaju. Imajući u vidu navedena načela, prvostepeno vijeće je primjenu KZBiH opravdalo činjenicom da je zapriječena kazna za navedeno krivično djelo u svakom slučaju blaža nego smrtna kazna koja je bila propisana u KZSFRJ, dakle, zakona koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Takav stav je, kako je dalje navedeno, u skladu sa presudom koju je donijelo Apelaciono vijeće u predmetu protiv Abduladhima Maktoufa broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine i u predmetu protiv Dragana Paunovića broj KPŽ 05/16 od 27. oktobra 2006. godine.

13. Prilikom odmjeravanja kazne prvostepeno vijeće je, prije svega, ocijenilo težinu krivičnog djela i stepen apelantove krivične odgovornosti, pa ga je proglasilo krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tač. a) i b) KZBiH, polazeći od stepena odgovornosti, apelantovog držanja, kao i njegovih ličnih prilika, karaktera optuženog, odvrtačanja i društvene rehabilitacije, te s obzirom na utvrđeno činjenično stanje i pravne zaključke. Prvostepeno vijeće je pri tome zaključilo da, s obzirom na težinu djela i nastale posljedice, samo kaznom dugotrajnog zatvora interesi pravde mogu biti zadovoljeni. Zbog toga ga je prvostepeno vijeće za navedenu krivičnopravnu radnju osudilo na kaznu dugotrajnog zatvora od 25 godina, smatrajući pri tome da je vrsta krivične sankcije srazmjerna težini djela s obzirom na postojeće otežavajuće i olakšavajuće okolnosti i učešće i apelantovu ulogu u počinjenju ovog djela, te da će se njome postići opća svrha krivičnih sankcija i svrha kažnjavanja u smislu odredaba iz člana 39. KZBiH.

14. Presudom Apelacionog vijeća broj X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine žalbe Tužilaštva BiH i apelantovog branioca su odbijene i prvostepena presuda od 12. juna 2009. godine u cijelosti potvrđena. Apelaciono vijeće smatra da je u pobijanoj presudi pravilno utvrđeno postojanje subjektivnih elemenata napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i neselektivnog napada iz člana 173. stav 1. tač. a) i b) KZBiH, odnosno oblika odgovornosti naređivanja iz člana 180. stav 1. KZBiH, što ukazuje da žalbeni prigovori upućeni u ovom pravcu nisu osnovani. Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće je, ispitujući žalbene navode u pogledu pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, zaključilo da je prvostepeno vijeće, na osnovu provedenih dokaza, na pouzdan način utvrdilo sve odlučne činjenice na osnovu kojih je došlo do pravilnog zaključka da je apelant svojim djelovanjem, na način opisan u dijelu I izreke pobijane presude, ostvario sva zakonska obilježja

krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz kog razloga ne nalazi osnovanim žalbene navode odbrane.

15. U pogledu primjene materijalnog zakona, Apelaciono vijeće je utvrdilo da u predmetnom slučaju i zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuje krivičnopravne radnje za koje je apelant proglašen krivim kao krivična djela. Naime, radi se o radnjama koje su sadržane u odredbi iz člana 142. stav 1. preuzetog KZSFRJ. Za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH propisana je kazna zatvora najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor. S druge strane, za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZSFRJ propisana je kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna. Nakon izvršene komparacije spomenutih kazni, sud je došao do zaključka da je zaprijećena kazna, po važećem Zakonu, u svakom slučaju blaža od ranije propisane, bez obzira na to što je ranijim zakonom donja granica visine kazne bila pet godina, a iz razloga što je prema međunarodnom običajnom pravu uspostavljeno da je smrtna kazna u svakom slučaju strožija kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako, prema običajnom pravu, apsolutno apelantovo pravo je da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona. Uz navedeno, Apelaciono vijeće smatra da se kazna koja je u konkretnom slučaju izrečena apelantu nije kretala u okviru koji je bliži donjoj granici kazne propisane zakonom za predmetno krivično djelo u kom slučaju bi, izuzetno, kao blaži zakon, mogao biti primijenjen KZSFRJ. Dakle, Apelaciono vijeće je utvrdilo da je prvostepeno vijeće prilikom primjene materijalnog zakona i pravne kvalifikacije djela pravilno primijenilo odredbe važećeg KZBiH, koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, odnosno da, suprotno žalbenim navodima, nije učinjena povreda principa legaliteta i vremenskog važenja zakona propisanih čl. 3. i 4. KZBiH.

16. Ispitujući odluku o kazni u okviru istaknutih žalbenih navoda Tužilaštva BiH i u smislu odredbe člana 308. ZKPBiH, Apelaciono vijeće smatra da je prvostepeno vijeće pravilno odmjerilo kaznu, imajući u vidu sve subjektivne i objektivne okolnosti koje se odnose na krivično djelo i njegovog učinioca, a koje izrečenu kaznu čine adekvatnom s obzirom na stepen krivice optuženog, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu povrede zaštićenog dobra, kao i lične prilike optuženog. Stoga, Apelaciono vijeće smatra da je apelantu izrečena kazna dugotrajnog zatvora od 25 godina pravilno odmjerena i da će se izrečenom kaznom postići svrha kažnjavanja predviđena odredbom člana 39. KZBiH. Apelaciono vijeće podsjeća da je smisao ovog člana KZBiH da se izrazi osuda učinjenog krivičnog djela, da se na učinitelja utječe da ubuduće ne čini krivična djela, da se utječe na ostale da ne čine krivična djela (individualna i generalna prevencija), a posebno da se utječe na svijest građana o štetnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja.

17. Apelaciono vijeće navodi da je prvostepeno vijeće od otežavajućih okolnosti na apelantovoj strani našlo da mu je kao vojnom licu bilo poznato da je zaštita civila jedna od osnovnih odgovornosti lica kojima su povjerene komandne dužnosti, bez obzira na to kojoj zaraćenoj strani pripadaju; da je njegovo direktno naređenje prouzrokovalo jedno od najstrašnijih granatiranja u ovom ratu uopće, što je kao posljedicu imalo smrt 71 lica i više od 130 teže i lakše ranjenih. Navodi se da je prvostepeno vijeće ocijenilo i porodične prilike optuženog, imajući u vidu da ima dvoje odrasle djece, te da mu se jedno dijete liječi u Beogradu. Zatim, kao olakšavajuću okolnost, prvostepeno vijeće je ocijenilo činjenicu da je optuženi saradivao sa organima gonjenja. Sve navedeno u pogledu olakšavajućih i otežavajućih okolnosti Apelaciono vijeće je prihvatilo kao i svoje zaključke, te smatra da u konkretnom slučaju, s obzirom na težinu krivičnog djela i nastale posljedice, isključivo kazna dugotrajnog zatvora može ispuniti svrhu kažnjavanja, predviđenu odredbom člana 39. KZBiH. Osim toga, Apelaciono vijeće je zaključilo da prijedlog Tužilaštva BiH da se apelantu izrekne kazna dugotrajnog zatvora u dužem trajanju od prethodno utvrđene nije osnovan iz razloga što je apelant predmetno krivično djelo počinio sa eventualnim umišljajem, te nije mogao znati da će projektil pogoditi trg Kapija u Tuzli. Stoga, a imajući u vidu da je Apelaciono vijeće našlo da je prvostepenom presudom pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje u odnosu na apelantove radnje, kao i njegovu krivicu, Apelaciono vijeće je zaključilo da je izrečena kazna dugotrajnog zatvora od 25 godina pravilno odmjerena.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

18. Apelant smatra da je osporenim odlukama povrijeđen član 7. Evropske konvencije i član 2. stav 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, pravo na pravično suđenje iz člana II/3. e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, član 14. st. 1. i 2. i član 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 11. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima. Smatra da su navedene presude utemeljene na pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju koje je rezultat pogrešne ocjene dokaza iz čega je, kako tvrdi, „proizišla i proizvoljna primjena prava“ .

19. U odnosu na povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, apelant ističe da je pravosnažno osuđen zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH koje je bilo propisano i članom 142. KZSFRJ. Apelant smatra da su sudovi pogrešnim tumačenjem obavezne primjene blažeg zakona primijenili krivični zakon koji je strožiji za njega. On smatra da je trebalo da bude osuđen prema odredbama KZSFRJ, jer je taj zakon bio na snazi u vrijeme izvršenja predmetnog

krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva i jer taj zakon, navodno, propisuje blažu kaznu za predmetno krivično djelo, te je povoljniji, odnosno blaži za apelanta.

20. Apelant smatra da je u konkretnom predmetu povrijeđena odredba člana 14. ZKPBiH (jednakost strana u postupanju - načelo istine) i odredba člana 15. ZKPBiH (slobodna ocjena dokaza). Naime, članom 14. ZKPBiH garantirana je jednakost strana u postupku kao jedan od osnovnih uvjeta za pravično suđenje. Ovom odredbom zapravo je definirano i utvrđeno načelo istine kao vrhovno načelo krivičnog postupka. Ovaj princip nalaže sudu, tužilaštvu i drugim organima koji učestvuju u postupku da istinito i potpuno utvrde činjenice kako one koje terete osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koji mu idu u korist. Sud BiH je, po apelantovoj ocjeni, svoju odluku, odnosno osuđujuću presudu donio isključivo na bazi jednog izvedenog dokaza - nalaza i mišljenja vještaka kojeg je izvelo Tužilaštvo BiH, prof. dr. Berka Zečevića, ocjenjujući da sve što stoji u vezi sa ovim dokazom je sporno i da je u suprotnosti sa pravilima krivičnog postupka. Apelant opširno obrazlaže da se prvenstveno ne može složiti sa procedurom provođenja dokaza i utvrđivanja činjenica, široko obrazlažući da sud nije mogao prihvatiti vještačenje prof. dr. Berka Zečevića. On smatra da je na osnovu dokumentacije spisa više nego vidljivo da se u njima tvrdi da je granata ispaljena sa položaja na Ozrenu, u selu Vrbak, sa mjesta Cerovo Brdo, a da se u navedenim materijalnim dokazima i dokumentima koji su na osnovu njih sačinjeni uopće ne spominje položaj topa u selu Panjik. Apelant navodi da je selo Panjik udaljeno više od 27.000 m od mjesta eksplozije, a mješovita komisija našla je da je udaljenost oko 21.000 m i o tom svom nalazu oni su odmah izvijestili istražnog sudiju. On smatra da rekonstrukciju događaja nije odredilo Tužilaštvo BiH, pa je i ova radnja nezakonita, jer je ona osnov nalaza vještaka iz kojeg izvodi mišljenje i da je napravljena u suprotnosti sa odredbama člana 93. stav 1. ZKPBiH. Iz svega navedenog nameće se jedini moguć, smislen i razuman zaključak da su, po apelantovom mišljenju, nalaz i mišljenje vještaka Zečevića u potpunoj suprotnosti sa činjenicama i nalazima navedenim u uviđajnoj dokumentaciji mješovite komisije. S obzirom na osnovanu sumnju da na licu mjesta postoje dva kratera, kao i negaciju nalaza mješovite komisije od vještaka Zečevića, apelant smatra da je vještak Berko Zečević dao lažan nalaz, čime je vijeće Suda BiH doveo u zabludu. Uzimajući presudu kao cjelinu, apelant posebno naglašava da je išla mimo zahtjeva optužbe, preuzimajući vlastitu akuzatorsku ulogu, čime je optužba prekoračena, pa to čini bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka j) ZKPBiH. Da je zapovijest bila ugrađena u optužnicu, apelant bi se od takve tvrdnje branio, a ovako je, kako navodi apelant, lišen prava na odbranu, a osim toga, između izreke presude i razloga postoji protivrječje, jer se u izreci spominje Kapija, a u zapovijesti toga nema. Zbog te protivrječnosti, učinjena je bitna povreda iz tačke k) (Ic) navedene procesne odredbe, jer

nije bilo naređeno gađanje bilo kakvog civilnog cilja, pogotovo na neselektivan način, kako to izlaže presuda.

21. Iz svega izloženog može se zaključiti da su u toku postupka koji je pred Sudom BiH vođen protiv apelanta prekršene mnoge odredbe kojima su regulirana osnovna ljudska prava, kako je to već izloženo. U pogledu primjene člana 7. Evropske konvencije, kao i člana 4. stav 1. KZBiH, apelant smatra da je jasno propisano da krivična optužba i presuda mogu biti zasnovane na normi koja je važila u vrijeme kada se dogodio inkriminirani čin, te da se ne može nametnuti teža kazna od one koja je bila primjenjivana u vrijeme kada je djelo počinjeno, navodeći za to nekoliko odluka iz sudske prakse Evropskog suda u Strazburu i Ustavnog suda. U pogledu prava na pravično suđenje, apelant kao najbitnije ističe da je u ovom predmetu pogrešno primijenjeno materijalno krivično pravo, činjenično stanje je nepotpuno i pogrešno utvrđeno, izreka presude je protivrječna sama sebi i obrazloženju, optužnica je prekoračena, prekršeno je načelo presumpcije nevinosti, kao i načelo *in dubio pro reo*, povrijeđeno je pravilo da je teret dokazivanja na optužbi i prekršeno je pravo na obrazloženu presudu. Apelant zaključuje da je izostala savjesna i brižljiva ocjena svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima, te je Sud BiH svoju pažnju fokusirao na dokaze Tužilaštva BiH, propuštajući da sa jednakom pažnjom ili uopće ocijeni dokaze odbrane, odnosno prihvatajući ih fragmentarno samo u mjeri koliko i kada je to bilo potrebno da bi se potkrijepio neki dokaz optužbe. Apelant navodi da Sud BiH, umjesto da pitanje dokazanosti počinioca inkriminiranog djela rješava produbljenom analizom, kako je to imperativno predviđeno odredbom člana 290. stav 7. ZKPBH, zadovoljava se ocjenom da poklanja vjeru nalazu i iskazu vještaka Tužilaštva BiH.

22. Apelant predlaže da se usvoji apelacija i utvrdi povreda prava iz člana 7. Evropske konvencije, te na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava BiH u vezi sa članom 6. Evropske konvencije, da se po podnesku postupa hitno, kako to predviđa član 24. stav 4. Pravila Ustavnog suda, da se održi javna rasprava, kako to predviđa član 46. st. 1. i 2. Pravila, da se ukinu obje pobijane presude Suda BiH i predmet vrati tom sudu na ponovni postupak, te da Ustavni sud, zbog svih povreda koje je učinio Sud BiH, dosudi odgovarajući novčani iznos na ime naknade materijalne i nematerijalne štete.

b) Odgovori na apelaciju

23. U odgovoru Suda BiH se navodi da su navodi iz apelacije u pogledu povrede člana 6. Evropske konvencije neosnovani, jer pobijane presude, prema mišljenju Suda BiH, sadrže potpunu i valjanu argumentaciju za svaki pojedini zaključak, te su u tom smislu netačni apelantovi navodi da se radi o proizvoljnoj ocjeni suda kojom je navodno došlo do narušavanja principa utvrđivanja istine i slobodne ocjene dokaza. Naime, prvostepena presuda sadrži detaljno obrazloženje o svakoj pravno relevantnoj činjenici koja je bila predmet optužbe, te obrazloženje u pogledu toga na osnovu kojih dokaza je

utvrđena određena činjenica, navodeći zašto je neke dokaze Sud BiH prihvatio, a neke odbacio. Po ocjeni Suda BiH, prvostepena presuda daje razloge zašto je prihvaćen nalaz vještaka, prof. dr. Berka Zečevića, kojeg apelant pobija, a ne nalaz i mišljenje vještaka Kostića, koje je ponudila odbrana, kao i obrazloženje razloga zašto nije prihvatio da se izvrši nadvještačenje, a u pogledu svakog činjeničnog zaključka Sud je, pored nalaza vještaka, navodio i obrazlagao potkrepljujuće dokaze, a što jasno proizlazi iz obrazloženja prvostepene presude. Prvostepena presuda u pogledu svih činjeničnih zaključaka koji se navode u apelaciji sadrži obrazloženje suda, a sve zaključke prvostepenog vijeća je u potpunosti prihvatilo Apelaciono vijeće, dajući argumentaciju za svaki žalbeni prigovor u pogledu zaključaka prvostepenog vijeća.

24. Sud BiH je, u pogledu navoda u vezi sa primjenom krivičnog zakona, iznio detaljnu argumentaciju u prvostepenoj presudi u vezi sa primjenom materijalnog zakona, i to KZBiH iz 2003. godine, koja je potvrđena i u drugostepenoj presudi, a u kojim presudama su prihvaćeni tadašnja praksa i stav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine izraženi u odluci Maktouf broj AP 1785/06 od 30. marta 2007. godine u pogledu primjene Krivičnog zakona BiH za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Drugostepenu presudu, kojom je apelant proglašen krivim, donijelo je Apelaciono vijeće, a koje u rangu domaćeg zakonodavstva predstavlja najviši redovan sud uspostavljen Zakonom o Sudu BiH, te se navedeni apelantov prigovor o povredi prava da presudu ispita viši sud ukazuje očigledno neosnovanim. Imajući u vidu sve navedeno, Sud BiH smatra da je predmetna apelacija neosnovana, te predlaže da se ona kao takva odbije.

25. U odgovoru Tužilaštva BiH se navodi da nije došlo do kršenja prava na pravično suđenje, jer Sud BiH nije proizvoljno izvodio i procjenjivao dokaze, uz povredu prava na odbranu. Tužilaštvo BiH u prvom redu smatra da apelantove tvrdnje o mogućim povredama najvećim dijelom odražavaju ranije žalbene navode koji su upućeni Sudu BiH u toku cjelokupnog krivičnog postupka. Činjenica da apelant navodi žalbene osnove koje su već bile predmet pažljive analize krivičnog suda nije nužno u skladu sa standardima kojima se rukovodi postupak ocjene ustavnosti i zaštite ljudskih prava.

26. Tužilaštvo BiH smatra da je Sud ispravno ocijenio važeći zakon primjenjujući član 4.a KZBiH i procijenio njegovu primjenu prema općim principima međunarodnog prava. Prema međunarodnom pravu, pravo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* odnosi se na znanje, jasnoću i predvidivost materijalnog krivičnog prava. Kako navodi Tužilaštvo BiH, prema zakonima Bosne i Hercegovine, član 4.a KZBiH daje izuzetak od općeg pravila, tako da čl. 3. i 4. ne prejudiciraju suđenje i kažnjavanje nekog lica za bilo koju radnju ili propust koji je u vrijeme počinjenja bio krivični u skladu sa općim principima međunarodnog prava i stoga usvaja istovjetan tekst iz člana 7(2) Evropske konvencije i člana 15(2) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Prema

tome, po ocjeni Tužilaštva BiH, neko lice se može krivično goniti za krivično djelo iz Poglavlja XVII KZBiH čak i ako nije propisano domaćim zakonom koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela ukoliko je ono bilo krivično prema međunarodnom i običajnom pravu u vrijeme počinjenja djela.

27. Dalje, Tužilaštvo BiH je navelo da u Bosni Hercegovini primjena dugotrajnog zatvora ostavlja domaćim sudovima dovoljno prostora za primjenu principa slobodnog sudijskog uvjerenja kako bi se odmjerila odgovarajuća krivičnopravna sankcija za individualizaciju zločina. Tužilaštvo BiH je zaključilo da, u odgovarajućim okolnostima, prema članu 48(1) (Opća pravila za odmjeravanje kazne) KZBiH, sud procjenjuje, u okviru ograničenja propisanih zakonom za određeno djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti vezane za odmjeravanje kazne, te uzimajući u obzir otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, sva relevantna pitanja koja treba razmotriti da bi se došlo do odgovarajuće krivičnopravne sankcije za određenog počinioca.

V. Relevantni propisi

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

Princip zakonitosti

Član 3.

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

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

Vremensko važenje krivičnog zakona

Član 4.

(1) Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme činjenja krivičnog djela.

(2) Ako se poslije činjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca.

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava

Član 4.a)

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

Kazna zatvora

Član 42. st. 1, 2. i 3.

- (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.*

Ublažavanje kazne

Član 49.

Sud može učiniocu odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili izreći blažu vrstu kazne:

- a) kad zakon propisuje da se učinilac može blaže kazniti;*
- b) i kad se utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i s ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.*

Granice ublažavanja kazne

Član 50. stav 1. tačka a.

- 1. Kad postoje uvjeti za ublažavanje kazne iz člana 49. ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:*
 - a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera kazne propisana kazna zatvora od deset ili više godina, kazna se može ublažiti do pet godina zatvora;*

Ratni zločini protiv civilnog stanovništva

Član 173.

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

a) napad na civilno stanovništvo, naselje, pojedine civilne osobe ili osobe onesposobljene za borbu, a taj je napad posljedovao smrću, teškom tjelesnom ozljedom ili teškim narušenjem zdravlja ljudi;

b) napad bez izbora cilja kojim se pozljeđuje civilno stanovništvo,

[...],

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

29. 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.*

Ublažavanje kazne

Član 42.

Sud može učiniocu odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom ili primijeniti blažu vrstu kazne:

- 1) kad zakon predviđa da se učinilac može blaže kazniti;*
- 2) kad utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.*

Granice ublažavanja kazne

Član 43. stav 1. tačka a)

- (1) Kad postoje uslovi za ublažavanje kazne iz člana 42. ovog zakona, sud će ublažiti kaznu u ovim granicama:*
 - a) ako je za krivično djelo kao najmanja mjera propisan zatvor u trajanju od tri ili više godine, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora.*

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; [...] ili ko izvrši neko od navedenih djela, kaznit će se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

VI. Dopustivost

30. 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.

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

32. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 22. septembra 2010. godine, a apelacija je podnesena 22. novembra 2010. godine, dakle, u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

33. 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

34. Apelant smatra da je osporenim presudama povrijeđen član 7. Evropske konvencije i član 2. stav 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, član 14. st. 1. i 2. i član 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 11. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

35. U vezi sa apelacionim navodima, Ustavni sud smatra cjelishodnim prvo ispitati apelantove navode vezane za kršenje člana 7. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

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 načelima priznatim kod civiliziranih naroda.

36. Prema navodima iz apelacije, osporene odluke Suda BiH nisu u skladu sa članom 7. Evropske konvencije s obzirom na to da je apelant osuđen prema odredbama KZBiH, dok on smatra da je trebalo da bude osuđen prema odredbama KZSFRJ, jer je taj zakon bio na snazi u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela protiv civilnog stanovništva i jer taj zakon propisuje blažu kaznu za predmetno krivično djelo, te je povoljniji, odnosno blaži za apelanta.

37. U vezi s tim, Ustavni sud, prije svega, ukazuje da se radi o krivičnom djelu koje je u odredbama KZBiH propisano u članu 173. u dijelu Glave XVII - krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, odnosno koje je u odredbama KZSFRJ propisano u članu 142. u dijelu Glave XVI - krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava. Dakle, radi se o krivičnom djelu iz grupe tzv. ratnih zločina. Stoga će Ustavni sud osporene odluke ispitati sa aspekta njihove usklađenosti sa članom 7. Evropske konvencije.

38. Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) u svojoj dosadašnjoj praksi već razmatrao aplikacije koje su pokretale slična pravna pitanja sa aspekta eventualne povrede člana 7. Evropske konvencije u dva predmeta (u kojim je Sud BiH donio odluke), i to u predmetu aplikanta Bobana Šimšića (vidi, Evropski sud, *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, Odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine, aplikacija 51552/10, u daljnjem tekstu: predmet Šimšić) i u predmetu aplikanta Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića (vidi, Evropski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 18. jula 2013. godine, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, u daljnjem tekstu: predmet Maktouf i Damjanović).

39. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Evropski sud u predmetu Šimšić odbio kao očigledno neosnovanu aplikaciju u kojoj je aplikant ukazivao na povredu člana 7. Evropske konvencije zbog toga što krivično djelo zločini protiv čovječnosti, za koje je proglašen krivim i kažnjen, u vrijeme rata od 1992. do 1995. godine nije predstavljalo krivično djelo prema domaćem pravu. Evropski sud je u navedenoj odluci naveo, između ostalog, da djela za koja je aplikant osuđen nisu predstavljala zločine

protiv čovječnosti prema domaćem pravu sve do stupanja KZBiH 2003. godine, ali je evidentno da su ova djela u vrijeme kada su počinjena predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu (stav 23. presude), što implicira da je Evropski sud ovaj predmet razmatrao sa aspekta člana 7. stav 2. Evropske konvencije. Najzad, Evropski sud je u navedenom predmetu zaključio da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu, pa je navode u odnosu na član 7. Evropske konvencije odbio kao očigledno neosnovane (stav 25. presude).

40. Dalje, Ustavni sud zapaža da je, s druge strane, Evropski sud u predmetu Maktouf i Damjanović utvrdio povredu člana 7. Evropske konvencije. Evropski sud je u navedenoj presudi, prije svega, konstatirao da su neki zločini, konkretno zločin protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni tek 2003. godine, pa da sudovi nemaju nikakvu drugu mogućnost nego da u takvim predmetima primjenjuju KZBiH iz 2003. godine. Međutim, ukazano je da predmetne aplikacije pokreću potpuno različita pitanja od onih u predmetu Šimšić s obzirom na to da su ratni zločini koje su počinili aplikanti Maktouf i Damjanović predstavljali krivična djela prema domaćem zakonu u vrijeme kada su počinjeni (tačka 55).

41. S tim u vezi, Ustavni sud ističe da je u svojoj najnovijoj praksi (vidi, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba, u daljnjem tekstu: predmet Damjanović), koja slijedi praksu Evropskog suda razrađenu u predmetu Maktouf i Damjanović, koji su, također, proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH, utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH, u situaciji kad je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZSFRJ, bila na štetu aplikanta/apelanta u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

42. 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 KZBiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna sa članom 7. Evropske konvencije, te da se ovo pitanje mora procjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta, a posebno da li su domaći sudovi primijenili zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog (tačka 65).

43. U citiranim odlukama je, dalje, istaknuto da je definicija ratnih zločina za koji su aplikanti proglašeni krivim ista i u KZSFRJ i u KZBiH, 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 KZBiH blaži za aplikante od

KZSFRJ, jer ne propisuje smrtnu kaznu. S tim u vezi je ukazano da u konkretnom slučaju za radnje koje su aplikantima stavljene na teret ne bi mogla biti izrečena smrtna kazna, budući da je ta kazna bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina, te da ratni zločini koje su počinili aplikanti u predmetnim slučajevima ni u kom slučaju ne bi spadali u tu kategoriju, pogotovo što nijedno od počinjenih djela nije imalo smrtni ishod. Stoga je Evropski sud, budući da, dakle, nije postojala mogućnost izricanja najteže kazne u konkretnom slučaju, razmatrao visinu minimalne kazne koja bi se eventualno mogla izreći aplikantima. 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 KZSFRJ. U predmetnoj odluci Evropski sud je, dalje, naveo da su kazne koje su izrečene aplikantima bile unutar raspona kažnjavanja koji je propisan i KZSFRJ i KZBiH i da se stoga ne može sa sigurnošću tvrditi da bi ijedan od aplikanta bio blaže kažnjen da je primijenjen KZSFRJ. I pored toga, Evropski sud je ukazao: „Međutim, ono što je od ključnog značaja jeste da su aplikanti mogli dobiti niže kazne da je taj Zakon (napomena: KZSFRJ) primijenjen u njihovim predmetima“ (tačka 70).

44. Imajući u vide sve navedeno, te dovodeći stavove Evropskog suda u vezu sa apelantovim predmetom, Ustavni sud, najprije, zapaža da se taj predmet kako u pogledu činjeničnog supstrata, tako i u pogledu pravnog pitanja razlikuje od navedenih predmeta Evropskog suda i Ustavnog suda u odnosu na pravnu kvalifikaciju krivičnog djela, te visinu izrečene kazne, te da je, stoga, s obzirom na visinu izrečene kazne apelantu, potrebno utvrditi koji je zakon za apelanta blaži u pogledu maksimalne kazne koja se može izreći apelantu.

45. Naime, Ustavni sud ukazuje da je osporenim presudama apelant proglašen krivim i osuđen što je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH. Ustavni sud zapaža da je definicija ratnog zločina protiv civilnog stanovništva ista u članu 142. KZSFRJ, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (dakle, 1995. godine), i u članu 173. KZBiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Iz navedenog, dakle, slijedi da je apelant proglašen krivim za krivično djelo koje je kao takvo predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja (u smislu prve rečenice člana 7. stav 1. Evropske konvencije), 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 ukazuje da je apelant primjenom odredaba KZBiH, u konačnici, osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina.

46. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da KZBiH i KZSFRJ pružaju različit raspon kazni za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje je apelant proglašen krivim. Naime, prema KZSFRJ, zapriječena kazna je bila kazna zatvora od pet do petnaest godina ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna, umjesto koje se mogla izreći i kazna zatvora od dvadeset godina. Prema KZBiH, zapriječena kazna je kazna zatvora u trajanju od deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Dalje, Ustavni sud ukazuje da bi u konkretnom slučaju za radnje koje su apelantu stavljene na teret, s obzirom na način izvršenja tog krivičnog djela i njegove posljedice, dakle, s obzirom na to da se radi o najtežem obliku ratnog zločina, postojala mogućnost da mu se izrekne najteža kazna koja je bila propisana samo za najteže oblike ratnih zločina. Stoga je, dakle, postojala mogućnost da se apelantu izrekne najteža kazna u konkretnom slučaju. 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.

47. U vezi s tim, 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) usvojio 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.

48. Dovodeći u vezu navedeni princip sa konkretnim slučajem, u kom je apelant osuđen za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, Ustavni sud smatra da se ne može usvojiti općenit (apstraktan) stav koji od dva krivična zakona (misli se na KZSFRJ i KZBiH) predviđa „blažu“ ili „težu“ kaznu za ovo krivično djelo, te, s tim u vezi, dalje, apstraktno zaključiti koji bi od navedena dva zakona trebalo da se primijeni (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 (KZSFRJ i KZBiH) 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 smatra da se može zaključiti da, u slučaju kada je predmetno krivično djelo bilo inkriminirano u oba zakona (u zakonu koji je važio u vrijeme izvršenja, kao i u zakonu koji je naknadno donesen), u skladu sa drugom rečenicom stava 1. člana 7. Evropske konvencije, tada 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*).

49. Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH apelanta osudio na kaznu dugotrajnog zatvora od 25 godina. U vezi s tim, a u kontekstu najviše zapriječene (najteže) kazne koja se može izreći za predmetno krivično djelo, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 37. stav 1. KZSFRJ propisano da se smrtna kazna ne može propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo, te da je odredbama člana 38. stav 2, također, propisano da za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor u trajanju od dvadeset godina. Pri tome Ustavni sud ističe da iz ovih odredaba proizlazi da, dakle, za krivično djelo koje je apelant počinio nije bila jedina propisana maksimalna kazna smrtna kazna, nego da je, kao njena alternativa, u određenim slučajevima mogla biti izrečena i kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina. Prema tome, Ustavni sud ukazuje da se za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva u KZSFRJ mogla izreći kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina ili kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina ili smrtna kazna.

50. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna 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, 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 ratificirala 28. maja 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka, u toku 2008. i 2009. godine, nije postojala niti teorijska, niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

51. Ustavni sud podsjeća da je pitanje 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 prijete podnosiocu prijave bilo predviđeno u domaćem zakonu i u skladu sa odredbama u svrhu člana 2. Protokola broj 6 uz Konvenciju, Dom mora uzeti u obzir relevantne odredbe Ustava izložene u Aneksu 4. Općeg okvirnog sporazuma." U tom pogledu Dom zapaža da je, po članu 2. Aneksa II 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 protivrječna 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 provesti obaveza da se licima osiguraju spomenuta prava bez diskriminacije je davanje snage zabrani. Stoga se zakoni koji idu suprotno od takve zabrane ne mogu smatrati da su 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 čl. 141. i 142. Krivičnog zakona, utoliko što ovlašćuju primjenu smrtne kazne u doba mira, nisu u skladu sa Ustavom i da pogubljenje kojim se prijete podnosiocu prijave zato ne bi bilo propisano domaćim zakonom u svrhu Protokola broj 6 uz Evropsku konvenciju. Zato bi to kršilo član 2. Protokola broj 6 iz istog razloga“ (stav 37).

52. 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. Poredeći 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 25 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7. Evropske konvencije.

53. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je osporenom presudom Suda BiH došlo do povrede apelantovog ustavnog prava iz člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije. Radi zaštite apelantovog ustavnog prava, Ustavni sud smatra da je dovoljno da ukine Presudu Suda BiH broj X-KRŽ-07/394 od 6. aprila 2010. godine i vrati predmet tom sudu da donese novu odluku u skladu sa članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7. stav 1. Evropske konvencije.

Ostali navodi

54. S obzirom na zaključak u pogledu povrede člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije, Ustavni sud smatra da nije potrebno posebno razmatrati navodne povrede iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, člana 14. st. 1. i 2. i člana 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i člana 11. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

55. Ustavni sud naglašava da uopće nije odlučivao o prekidu izvršenja kazne zatvora i puštanju na slobodu apelanta, niti o proceduri prema kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku, jer su to pitanja iz nadležnosti Suda BiH.

VIII. Zaključak

56. 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 KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne.

57. 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.

58. S obzirom na odluku Ustavnog suda u ovom predmetu, nije neophodno posebno razmatrati apelantov prijedlog za donošenje privremene mjere.

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

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Valerija Galić

Izdvojeno mišljenje sutkinje Seade Palavrić o neslaganju sa Odlukom Ustavnog suda broj AP 5161/10 od 23. januara 2014. godine

U Odluci Ustavnog suda broj AP 5161/10 Ustavni sud Bosne i Hercegovine je:

Usvojio apelaciju, utvrdio povredu člana II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija), ukinuo drugostepenu presudu Suda BiH i predmet vratio tome sudu sa nalogom da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu sa članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7. Evropske konvencije.

Uz dužno poštovanje većinskog odlučivanja, ne mogu se složiti sa obrazloženjem i zaključkom koji se odnose na usvajanje apelacije broj AP 5161/10.

Obrazloženje Ustavnog suda se može sažeti kako slijedi:

U relevantnom dijelu Ustavni sud se pozvao na svoju Odluku broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine, koju je donio slijedeći praksu Evropskog suda u predmetu *Maktouf i Damjanović* u

kojoj je taj sud utvrdio da je došlo do kršenja člana 7. stav 1. Evropske konvencije, zato što je postojala realna mogućnost da je retroaktivna primjena KZBiH, kada su aplikanti proglašeni krivim da su počinili krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH u situaciji kada je predmetno krivično djelo kao takvo egzistiralo i u odredbi člana 142. KZSFRJ, bila na štetu aplikanta/apelanta u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.

Zatim je Ustavni sud ukazao na to da je u konkretnom slučaju osporenim presudama apelant proglašen krivim i osuđen zato što je počinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. KZBiH. Ustavni sud zapaža da je definicija ratnog zločina protiv civilnog stanovništva ista u članu 142. KZSFRJ, koji se primjenjivao u vrijeme izvršenja predmetnog krivičnog djela (dakle, 1995. godine) i u članu 173. KZBiH, koji je u konkretnom predmetu primijenjen retroaktivno. Iz navedenog slijedi da je apelant proglašen krivim za krivično djelo koje je kao takvo predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja (u smislu prve rečenice člana 7. stav 1. Evropske konvencije), 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 je ukazao da je apelant primjenom odredaba KZBiH, u konačnici, osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina.

Iznoseći razloge iz kojih je utvrdio povredu prava iz člana 7. Evropske konvencije, Ustavni sud je, između ostalog, ukazao da iz obrazloženja koja je iznio u odluci jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka, koje su donesene u toku 2008. i 2009. godine, nije postojala niti teorijska, niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

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 je ukazao 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, 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 25 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na štetu apelanta u pogledu izricanja kazne, što je protivno članu 7. Evropske konvencije.

Prema mome mišljenju,

Ustavni sud u svojoj odluci nije slijedio principe kojima se Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) rukovodio u odluci *Maktouf i Damjanović protiv BiH*.

Moji razlozi za neslaganje sa obrazloženjem i zaključcima Ustavnog suda u odnosu na Odluku broj AP 5161/10 su sljedeći:

- Prije svega, smatram da Ustavni sud, za razliku od Evropskog suda, uopće nije pridavao značaj činjenici ***da je apelant, za razliku od aplikanata Maktoufa i Damjanovića, proglašen krivim za oduzimanje života, i to 71 života i oko 200 povrijeđenih***, a od te činjenice je, prema kriterijima Evropskog suda, zavisila ocjena težine zločina a time i zapriječene kazne u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Jer, i u slučaju *Maktouf i Damjanović* i u konkretnom riječ je o istom krivičnom djelu. Razlika je u tome što u predmetu *Maktouf i Damjanović* aplikanti nisu bili osuđeni pred domaćim sudovima za najteže oblike krivičnog djela zločin protiv civilnog stanovništva za koje je bila zapriječena smrtna kazna, već za blaži oblik tog krivičnog djela i o tome su svjedočile izrečene kazne koje su bile gotovo minimalne, dok je apelantu izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, što spada u najstrožiju kaznu koja je propisana 2003. godine nakon što više u Bosni i Hercegovini nije mogla biti izrečena smrtna kazna, dakle, kao zamjena za smrtnu kaznu.
- Zatim, Ustavni sud je do blaže kazne došao upoređujući kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina koja je zapriječena prema KZBiH iz 2003. godine sa kaznom zatvora od 20 godina prema KZSRFJ iz 1976. godine koja se mogla izreći kao zamjena za smrtnu kaznu umjesto sa smrtnom kaznom.
- Smatram, međutim, da član 7. Evropske konvencije ne treba tako razumijevati, niti tumačiti, niti da je Evropski sud član 7. tumačio i primijenio na ovakav način. Navedeni član, bez sumnje, insistira da kazna koja se izriče ne bude teža od kazne koja je ***bila primjenjiva*** u vrijeme učinjenja krivičnog djela. Pri tome nema izuzetaka ni kada je riječ o učiniocima krivičnih djela ratnih zločina. Međutim, *smatram da Ustavni sud, tražeći blažu kaznu za apelanta, nije mogao kaznu dugotrajnog zatvora upoređivati sa kaznom od 20 godina zatvora, već sa smrtnom kaznom koja je u vrijeme učinjenja ratnog zločina za koji je apelant proglašen odgovornim bila primjenjiva, bez obzira na to što se smrtna kazna u vrijeme suđenja više nije mogla izreći. Član 7. Evropske konvencije jasno insistira da se učinilac krivičnog djela ne može teže kazniti u odnosu na kaznu koja je u vrijeme učinjenja krivičnog djela bila primjenjiva, a ne u odnosu na kaznu koja se u vrijeme suđenja više ne može izreći.*
- Štaviše, čini se da je Ustavni sud izgubio iz vida da razmatra konkretnu apelaciju u kojoj je *osporenim odlukama Suda BiH apelantu izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina a ne 45 godina, pa je izrečenu a ne maksimalno zapriječenu kaznu trebalo upoređivati sa smrtnom kaznom.* Također, smatram da je čak i kazna doživotnog zatvora (u slučaju da je i bila propisana KZBiH iz 2003. godine) blaža u odnosu na smrtnu kaznu koja je bila zapriječena i primjenjiva u vrijeme učinjenja krivičnog djela, a pogotovo je blaža kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina kakva je u konkretnom slučaju izrečena apelantu.

- Budući da je odlučivao o konkretnoj apelaciji, smatram da je Ustavni sud morao imati u vidu obrazloženje osporene prvostepene presude u kojoj je, između ostalog, istaknuto kako primjenu KZBiH iz 2003. godine dodatno opravdava činjenica da je kazna propisana KZBiH, u svakom slučaju, blaža od smrtne kazne koja je bila na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, čime je zadovoljen kriterij vremenskog važenja krivičnog zakona, odnosno primjena zakona koji je blaži za učinioca, kao i obrazloženje drugostepene presude, izneseno u tač.142. i 143. te presude, gdje je Sud BiH istakao da je, ispitujući odluku o kazni u okviru istaknutih žalbenih navoda Tužilaštva i u smislu odredbe člana 308. ZKPBiH, ocijenio da je prvostepeno vijeće pravilno odmjerilo kaznu imajući u vidu sve subjektivne i objektivne okolnosti koje se odnose na krivično djelo i njegovog učinioca, koje izrečenu kaznu čine adekvatnom s obzirom na stepen apelantove krivice, pobude iz kojih je djelo učinjeno, *jačinu povrede zaštićenog dobra*, kao i apelantove lične prilike, te zaključio da je izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina pravilno odmjerena i da će se izrečenom kaznom postići svrha kažnjavanja predviđena odredbom člana 39. KZBiH, koja zahtijeva da se izrazi osuda učinjenog krivičnog djela; da se na učinioca utječe da ubuduće ne čini krivična djela; da se utječe na ostale da ne čine krivična djela (individualna i generalna prevencija), a posebno da se utječe na svijest građana o štetnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja; da je potrebno imati u vidu da zaštitni objekt ovih krivičnih djela čine univerzalne ljudske vrijednosti, dobra koja su uvjet i osnov za zajedničko i humano postojanje, čije kršenje predstavlja teške povrede normi međunarodnog prava, o čijoj ozbiljnosti i težini govori činjenica da ova djela ne podliježu zastarijevanju.
- Pored navedenog, ovakvim postupanjem, tj. upoređivanjem kazne dugotrajnog zatvora sa kaznom zatvora u trajanju od 20 godina a ne sa smrtnom kaznom, Ustavni sud je doveo do situacije da pod isti raspon kazni budu podvedeni počinioci ratnih zločina koji nisu proglašeni odgovornim za gubitke ljudskih života i druge „lakše“ ratne zločine sa počiniocima ratnih zločina koji su proglašeni krivim za gubitak više desetina ljudskih života i druge najteže ratne zločine, pa čak i do blažeg kažnjavanja za ratni zločin nego za „obično“ ubistvo.
- Na kraju, čini se iluzornim kada Ustavni sud kaže da pitanje blažeg zakona nije ocjenjivao *in abstracto*, jer je činjenica da je to *de facto* učinjeno u svim slučajevima u kojima je isto krivično djelo bilo propisano i KZSFRJ iz 1976. godine i KZBiH iz 2003. godine. Proizlazi da će se u svim takvim slučajevima kao blaži za učinioca primijeniti KZSFRJ. Stoga se, prema mome mišljenju, za zločin koji predstavlja kršenje međunarodnog humanitarnog prava za koji je oduvijek bilo propisano da ne zastarijeva i da se najstrožije kažnjava – za koji je prema KZSFRJ iz 1976. godine zapriječena kazna bila smrtna kazna, a prema KZBiH iz 2003. godine kazna dugotrajnog zatvora - gubi i sama svrha kažnjavanja, odnosno da će svrha kažnjavanja biti ostvarena samo prema učiniocima ratnih zločina kojima se sudi pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju, ili su, s druge strane, osobe kojima se sudi pred tim sudom u znatno nepovoljnijem položaju od osoba kojima se za iste zločine sudi pred Sudom BiH.

Slijedi da ja apsolutno nisam u mogućnosti da se saglasim sa zaključkom koji je usvojila većina Ustavnog suda u vezi sa ovim pitanjem. Uz dužno poštovanje, ovom prilikom izražavam svoje neslaganje.