

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj **AP 3939/12**, rješavajući apelaciju **Sulje Karajića**, na temelju članka VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, članka 57. stavak (2) točka b) i članka 59. st. (1), (2) i (3) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine - prečišćeni tekst („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 94/14), u sastavu:

Mirsad Ćeman, predsjednik

Mato Tadić, dopredsjednik

Zlatko M. Knežević, dopredsjednik

Valerija Galić, sutkinja

Miodrag Simović, sudac

Seada Palavrić, sutkinja

na sjednici održanoj 10. studenog 2015. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Djelomično se usvaja apelacija **Sulje Karajića**.

Utvrđuje se povreda članka II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ukida se Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine u dijelu koji se odnosi na primjenu blažeg kaznenog zakona.

Ukidanje Presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine u dijelu iz prethodnog stavka ove odluke ni na koji način ne utječe na apelantovo lišavanje slobode, zadržavanje i pritvor, što je u isključivoj nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine.

Predmet se vraća Sudu Bosne i Hercegovine koji je dužan po žurnom postupku donijeti novu odluku u odnosu na izricanje kazne sukladno članku II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članku 7. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Nalaže se Sudu Bosne i Hercegovine da sukladno članku 72. stavak (5) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u roku od tri mjeseca od dana dostave ove odluke obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o poduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Odbija se kao neutemeljena apelacija **Sulje Karajića**, podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine u odnosu na članak II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članak 6. stavak 1. i stavak 3. toč. b) i d) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i

temeljnih sloboda i članak 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih 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. Suljo Karajić (u daljnjem tekstu: apelant) podnio je 13. studenog 2012. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine. Apelant je dopunio apelaciju 26. lipnja 2014. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na temelju članka 23. Pravila Ustavnog suda, od Suda BiH i Tužiteljstva Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Tužiteljstvo) zatraženo je 19. studenog 2014. godine da dostave odgovor na apelaciju.

3. Sud BiH je dostavio odgovor na apelaciju 1. prosinca 2014. godine, a Tužiteljstvo 28. studenog 2014. godine.

III. Činjenično stanje

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

5. Sud BiH je donio Presudu broj X-KR-07/336 od 13. travnja 2010. godine kojom je apelanta proglasio krivim da je za vrijeme oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini između pripadnika Armije BiH i pripadnika Narodne obrane Autonomne pokrajine Zapadna Bosna (u daljnjem tekstu: NOAPZB) u preciziranom razdoblju i svojstvu na području okruga Bihać, kršenjem odredbe članka 3. toč. a) i c) Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima od 12. kolovoza 1949. godine i kršenjem odredbe članka 3. toč. a) i c), članka 27. i članka 147. Ženevske konvencije o

zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata od 12. kolovoza 1949. godine, na način, u mjestu i u vrijeme, detaljno opisanim u presudi, kršeći pravila međunarodnog prava prema ratnim zarobljenicima i civilnim osobama počinio kaznena djela, i to po točkama 1., 2., 5. i 6. optužnice kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. stavak 1. toč. a) i b) Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ), a pod točkama 3. (c., d., e., f.), točkama 7., 8. i 9. optužnice kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) u svezi s člankom 180. stavak 1. KZ-a, a sve u svezi s člankom 29. KZ-a. Sud BiH je, primjenom odredbi članka 285. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP), uz primjenu čl. 39., 40. i 42. KZ-a, apelantu za kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. stavak 1. toč. a) i b) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, a za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 11 godina pa ga je Sud BiH, primjenom odredbi članka 53. KZ-a, osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 18 godina u koju će mu se uračunati vrijeme provedeno u pritvoru. Sud BiH je, sukladno članku 188. st. 2. i 4. ZKP-a, apelanta oslobodio plaćanja troškova postupka, a na temelju članka 198. stavak 2. ZKP-a oštećene uputio da imovinskoppravne zahtjeve rješavaju u parnici.

6. Istom presudom, glede ostalih optužbi detaljno opisanih u točki 3. (a., b., e., g. i i.), točki 4. i točki 10. optužnice, sukladno članku 284. stavak 1. točka c) ZKP-a Sud BiH je apelanta oslobodio optužbe.

7. Protiv prvostupanjske presude apelant i Tužiteljstvo su izjavili prizive.

8. Sud BiH donio je Rješenje broj S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 24. veljače 2011. godine kojom je prizive uvažio, ukinuo prvostupanjsku presudu i odredio održavanje pretresa pred Sudom BiH.

9. Sud BiH donio je Presudu S1 1 K 005379 11 Kžk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine kojom je apelanta oglasio krivim da je za vrijeme oružanog sukoba u Bosni i Hercegovini između pripadnika Armije BiH i pripadnika NOAPZB u razdoblju od kolovoza 1994. godine do veljače 1995. godine na području okruga Bihać u točno određenim svojstvima i na način naveden u presudi, kršeći pravila međunarodnog prava prema ratnim zarobljenicima i civilnim osobama poduzeo ili naredio određene točno opisane radnje, čime je počinio kaznena djela po točkama 1., 2., 4. i 5. izreke presude - kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. stavak 1. toč. a) i b) KZ-a, a pod točkama 3. (a., b., c., d., e., f. i g.) 6., 7., 8. i 9. izreke presude - kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) KZ-a, a

sve u svezi s člankom 180. stavak 1. KZ-a, a sve u svezi s člankom 29. KZ-a. Sud BiH je, primjenom odredbi članka 285. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku, uz primjenu čl. 39., 42. i 48. KZ-a, za kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. stavak 1. toč. a) i b) KZ-a apelantu utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 14 godina, a za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) KZ-a utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 12 godina pa ga je Sud BiH, primjenom odredbi članka 53. KZ-a, osudio na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina u koju će mu se uračunati vrijeme provedeno u pritvoru. Sud BiH je, sukladno članku 188. st. 2. i 4. ZKP-a, apelanta oslobodio plaćanja troškova postupka, a na temelju članka 198. stavak 2. ZKP-a oštećene uputio da imovinskoppravne zahtjeve rješavaju u parnici.

10. Istom presudom, na temelju članka 284. stavak 1. točka c) ZKP-a Sud BiH je apelanta oslobodio optužbe da je na način, detaljno opisan u točki 3. (g. i i.) i točki 4. optužnice, izvršio kazneno-pravne radnje čime bi počinio kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. toč. a) i b) KZ-a i kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) u svezi s člankom 180. stavak 1. KZ-a, a sve u svezi s člankom 29. KZ-a.

11. U obrazloženju presude Sud BiH je istaknuo da je nakon što je rješenjem ukinuo prvostupanjsku presudu održao pretres pred Apelacijskim vijećem Suda BiH sukladno članku 317. ZKP-a. Nadalje, Tužiteljstvo je predložilo da se prihvate svi dokazi koje je vijeće provelo tijekom prvostupanjskog postupka bez potrebe njihova ponovnog izvođenja dok je obrana predložila da se preslušaju iskazi određenih svjedoka, kao i da određeni svjedoci, uključujući Mirsada Ćuturića, budu ponovno saslušani. Drugostupanjski sud je djelomično usvojio prijedlog obrane u dijelu koji se odnosi na reproduciranje iskaza predloženih svjedoka dok je odbio prijedlog obrane da se ponovo saslušaju svjedoci (B. R., N. M., svjedok „P“ i „F“), te je odlučeno da će se o načinu izvođenja dokaza glede svjedoka Mirsada Ćuturića naknadno očitovati. Sud BiH je naveo da je vijeće nakon što je preslušalo iskaze svih svjedoka preslušalo i svjedočenje Mirsada Ćuturića, a u cilju donošenja odluke o neophodnosti njegova neposrednog saslušanja. U svezi s tim, uzeti su u obzir i navodi obrane iz priziva da je obrana onemogućena unakrsno ispitati ovog svjedoka s obzirom da je svjedok na glavnom pretresu proširio svoj iskaz u odnosu na onaj koji je dao u fazi istrage. Vijeće je nadalje primijetilo da je obrani data mogućnost naredni dan unakrsno ispitati navedenog svjedoka, od čega je obrana odustala, te je zaključilo da nije povrijeđeno pravo na obranu iz članka 297. stavak 1. točka d) ZKP-a, kao i da je primjenom članka 263. stavak 2. ZKP-a navedeni dokaz nepotreban i nesvrshodan. Naime, Sud BiH je istaknuo da je i bez iskaza svjedoka Mirsada Ćuturića ponuđen dovoljan broj drugih relevantnih dokaza koji bi doveli do istih, bitnih činjeničnih zaključaka o apelantovoj krivnji za predmetne kazneno-pravne radnje, te je pozivajući se na načelo

ekonomičnosti naveo da bi ponovno pozivanje ovog svjedoka uzrokovalo dodatno vrijeme i troškove s obzirom da je on trenutno u Sjedinjenim Američkim Državama. Zbog navedenog Sud BiH je odlučio da navedenog svjedoka neće neposredno saslušati i da je dovoljno preslušati njegov iskaz. Dakle, tijekom pretresa reproducirani su iskazi određenih, točno navedenih svjedoka dok su ostali dokazi, na suglasan prijedlog obrane i Tužiteljstva, prihvaćeni bez potrebe ponovnog izvođenja, i to iskazi svjedoka Tužiteljstva, te vještaka sudske medicine i vještaka specijaliste neuropsihijatra, kao i svjedoka obrane, te cjelokupna materijalna dokumentacija.

12. Tužiteljstvo je dalo završnu riječ u kojoj je decidirano obrazložilo obilježje predmetnih kaznenih djela, apelantov status, individualnu kaznenu odgovornost, kao i dalo poseban osvrt na okolnost da su oštećeni u točki 3. i 10. optužnice bili civili. Obrana je također dala svoju analizu, posebno ističući apelantov alibi za pojedine točke optužnice, odnosno da nije bio na navedenim mjestima u navedeno vrijeme, te je dala poseban osvrt na članak 3. ženevskih konvencija u smislu primjene navedenog članka i zaštite osoba iz navedenog članka.

13. Sud BiH je odgovorio na navod obrane u svezi s povredom načela *reformatio in peius*, navodeći da nije bilo mjesta ispitivanju oslobađajućeg dijela prvostupanjske presude jer se Tužiteljstvo u tom dijelu nije ni žalilo. Međutim, protivno navodima obrane sud je naveo da navedeno načelo štiti optuženog samo u slučaju kada je priziv izjavljen samo u njegovu korist. U konkretnom predmetu Sud BiH je utvrdio da je Tužiteljstvo izjavilo priziv u odnosu na oslobađajući dio prvostupanjske presude u svezi s pogrešno i nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem i odlukom o sankciji. Međutim, Tužiteljstvo se indirektno žalilo i na način primjene Ženevske konvencije i testa lojalnosti koji je usvojilo prvostupanjsko vijeće i na temelju kojeg je izvelo zaključak da se određene osobe – oštećeni (žrtve) ne mogu podvesti pod kategoriju zaštićene osobe. Kod ovakvog stanja stvari, prema mišljenju Suda BiH, evidentno je da su izneseni prizivni prigovori suštinski povezani s primjenom materijalnog prava s obzirom da se, po logici stvari, tek nakon utvrđivanja činjeničnog stanja na isto primjenjuju odredbe materijalnog prava, odnosno da se izvedena činjenična utvrđenja podvode pod relevantnu materijalnu odredbu. Osim toga, Sud BiH se pozvao na članak 280. stavak 2. ZKP-a po kome nije vezan za prijedloge glede pravne ocjene djela. Dakle, Sud BiH je naveo da je preispitao činjenično stanje oslobađajućeg dijela prvostupanjske presude s obzirom da je pravilnost istog dovedena u pitanje, te je zaključio da su određene činjenice pogrešno utvrđene, te izveo drugačije zaključke i na tako utvrđeno činjenično stanje primijenio adekvatnu normu materijalnog prava.

14. Nadalje, polazeći od kaznenih djela za koje se apelant optužnicom teretio, Sud BiH je dao detaljnu analizu elemenata kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173.

KZ-a i kaznenog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. KZ-a, te je izvan svake razumne sumnje utvrdio da je apelant svjesno poduzeo radnje izvršenja pojedinačnih inkriminacija u vrijeme, na način i u mjestu, opisanim u izreci presude, čime je pojedinim točkama presude ostvareno biće kaznenog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, a pojedinim točkama presude ostvareno biće kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Nadalje, Sud BiH je ispitao i navode obrane da apelant nije bio u sastavu 506. brigade u razdoblju od 4. srpnja 1994. godine do 21. prosinca 1994. godine, a da je za komandira II. voda vojne policije postavljen 13. siječnja 1995. godine, odnosno tezu koju je postavila obrana o zamjeni identiteta apelanta (zvanog Hodža) s osobom po imenu Akif Čelenka (zvani Hodža iz Zenice). Međutim, Sud BiH je naveo da je, cijeneći sve dokaze, izveo nesumnjiv zaključak da je apelant bio pripadnik 5. korpusa Armije BiH kao dragovoljac 506. brigade, a zatim u svojstvu komandira. Nadalje, uz detaljnu analizu svih relevantnih okolnosti Sud BiH je zaključio da nema nikakve dileme ni u svezi s apelantovim identitetom, što je detaljno obrazložio. Osim toga, Sud BiH je naveo da nije poklonio vjeru svjedoku Akifu Čelenki glede pružanja alibija apelantu jer njegov iskaz, suprotstavljen iskazima oštećenih, gubi na vjerodostojnosti, ali je bio koristan utoliko što je potvrdio inkriminirane događaje za čijeg je glavnog aktera utvrđen nesumnjivo apelant.

15. Sud BiH je dalje detaljno analizirao pitanje statusa zaštićenih osoba kao element koji se razlikuje kod kaznenih djela koja su apelantu stavljena na teret. Sud BiH je prije svega, imajući u vidu kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. KZ-a, smatrao za odlučno utvrditi mogu li se oštećene osobe smatrati zaštićenim osobama u smislu odredbi međunarodnog humanitarnog prava. Standard kojim se sud rukovodio pri procjeni ove bitne činjenice sa značajnim pravnim refleksijama je radi li se u konkretnom slučaju o osobi koja ne sudjeluje neposredno u neprijateljstvima. Nadalje, Sud BiH je naveo da je relevantna odredba za utvrđivanje ove kategorije isključivo zajednički članak 3. ženevskih konvencija, a koji pruža veću zaštitu od one koju navode II. i IV. Ženevska konvencija pod pojmom zaštićenih osoba jer ne postavljaju uvjet da osobe da bi se smatrale zaštićenim „padnu u ruke neprijatelju“ ili se nađu „u vlasti jedne strane u sukobu“. Sud BiH se pozvao na praksu u predmetu *Delalić i Tadić i drugi*, kao i na pravnu teoriju. Zbog navedenog, detaljnom analizom Sud BiH je naveo da je sud odbacio navod obrane prema kojem bi se status zaštićenih dodijelio samo onim osobama koje su izrazile lojalnost protivnoj strani u sukobu, odnosno bile na protivnoj strani u sukobu po bilo koj osnovi. Po mišljenju suda pristup utemeljen na testu faktičke lojalnosti umjesto formalne veze državljanstva se u konkretnom predmetu pokazao kao previše uzak i kao takav bi bez pravne zaštite ostavio čitavu jednu skupinu oštećenih osoba. Sud BiH je zaključio da: „Ne bi bilo ispravno u kategoriju

zaštićenih lica ne podvesti i lica koja su pripadala istoj ratujućoj strani kao i [apelant], odnosno lica za koja nisu postojali dokazi da su konkretni simpatizeri Autonomije, iako ih je za takve smatrao [apelant], ili u najmanju ruku za koje je u postojala takva sumnja. Drugim riječima iskazano, [Sud BiH], smatra da primjena kriterija *percipirane lojalnosti* neprijateljskoj strani, po kome bi od strane [apelanta] zavisilo da li je neko lice koje je slovalo kao simpatizer iste strane u sukobu kao i [apelant], bilo u stvari simpatizer Autonomije Zapadna Bosna (a time i od [apelanta] bilo izloženo viktimizaciji), bi predstavljalo krajnje subjektivni kriterij u određivanju statusa zaštićenih lica.“ Zbog navedenog je i na ovaj krug zaštićenih osoba potrebno primijeniti odredbu zajedničkog članka 3. ženevskih konvencija. Stoga je Sud BiH, imajući u vidu rezultate dokaznog postupka, utvrdio da sve osobe iz činjeničnog opisa pojedinačnih inkriminacija iz optužnice (točke 3. od a) do i), toč. 7., 8., 9. i 10. optužnice) u odnosu na članak 173. KZ-a uživaju status zaštićenih osoba. Dakle, kako nisu neposredno sudjelovale u neprijateljstvima potpadaju pod okvir zaštite zajedničkog članka 3. ženevskih konvencija, te je i neutemeljen navod obrane da je za svaku osobu ponaosob Tužiteljstvo trebalo dokazati kojoj strani u sukobu pripada. Sud BiH se pozvao na Pravilo 5. kao normu običajnog međunarodnog prava „primjenjivu u međunarodnim oružanim sukobima, mada i u nemeđunarodnim oružanim sukobima“ po kom pravilu: „Civili su lica koja nisu članovi oružanih snaga. Termin civilno stanovništvo obuhvata sva lica koja su civili.“ Također, Pravilo 6., u okviru običajnih pravila međunarodnog humanitarnog prava, primjenjivih u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima, propisuje sljedeće: „Civili su zaštićeni od napada ukoliko ne učestvuju direktno u neprijateljstvima, odnosno za vrijeme dok ne učestvuju direktno u neprijateljstvima.“

16. Glede statusa ratnih zarobljenika Sud BiH je razmotrio kvalifikaciju sukoba, te se bavio ovim pitanjem na način kako je to regulirano međunarodnim pravom, kao i odredbom članka 175. KZ-a. Nadalje, Sud BiH je pravnom analizom došao do zaključka o postojanju rata između sukobljenih strana – pripadnika istog nacionalnog korpusa na teritoriju Zapadne Bosne. Nadalje, Sud BiH je zaključio da se u smislu članka 175. KZ-a ratni zarobljenici kao zaštićena kategorija, a slijedom zajedničkog članka 3. ženevskih konvencija definiraju kao pripadnici oružanih snaga koji su položili oružje i pripadnici oružanih snaga koji su bili izvan stroja uslijed bolesti, ranjavanja, lišavanja slobode ili nekog drugog razloga. Stoga je i navod obrane o definiciji ratnog zarobljenika kakva je određena u članku 4. III. Ženevske konvencije za Sud BiH bio neprihvatljiv. Zbog toga za Sud BiH nije bilo dileme u svezi s činjenicom da osobe (pojedinačno nabrojane), koje su bile pripadnici vojske NOAPZB, uživaju zaštitu zaštićenih osoba u smislu članka 175. KZ-a.

17. Prije nego je ispitao pojedinačne inkriminacije za svaku točku optužnice, Sud BiH je dao opći osvrt na ocjenu dokaza i kredibilitet svjedoka, čiju je vjerodostojnost obrana pokušala osporiti. U svezi s tim, Sud BiH je naveo da je obrana osporavala nazočnost dva svjedoka (Mirsada Ćuturića i svjedoka C) radnjama polijevanja civila jer su oni naknadno dovedeni, te da su ti (iskazi) instruirani i lažni s namjerom da se apelantu oteža položaj, kao i da je obrana koristila iskaz svjedoka C da dovede u sumnju iskaz svjedoka Bajre Rizvića. Nadalje, obrana je detaljno analizirala iskaze svjedoka optužbe s namjerom da im oduzme kredibilitet tako što je isticala da su nedosljedni glede redosljeda ubistva u odnosu na ranije dat iskaz. Međutim, Sud BiH je istaknuo da se ne radi o nedosljednostima kojima bi se dovela u pitanje uvjerljivost iskaza u cjelini jer je teško od svjedoka očekivati da se sjeća svakog detalja i vremenskog slijeda događaja, imajući u vidu izloženost okolnostima koje su po svojoj prirodi i intenzitetu takve da prelaze prag uobičajenog stresa i straha. Osim toga, Sud BiH je naveo i protek vremena kao i različite perceptivne sposobnosti svjedoka koje su individualne. Također, sud se referirao i na navod obrane da su mnogi od svjedoka svjedoci „po čuvenju“, ali da ta činjenica ne dovodi u pitanje krajnji zaključak glede utvrđenih činjenica iz izreke presude jer se presuda ne temelji, niti isključivo niti u pretežnom dijelu, na svjedocima iz druge ruke, već su ta svjedočenja, ukoliko su uzeta u obzir, samo potkrepljujućeg karaktera. Osim toga, ni ovim svjedočenjima se, prema mišljenju suda, ne može u potpunosti oduzeti značaj, pogotovu kada se ima u vidu ograničenost geografskog prostora kao i da su se sudionici u događaju poznavali kao susjedi ili bili u rodbinskim vezama, kao i praksa Ustavnog suda prema kojoj dokazivanje činjenica putem posrednih dokaza samo po sebi nije u suprotnosti s načelom pravičnog suđenja. Sud BiH je istaknuo da je izvršio slobodnu ocjenu svih dokaza, pri čemu se rukovodio standardom po kome se u prvom redu bavio dokazima koji su nužni za donošenje presude, smatrajući da nije nužno da raspravi o svakom pojedinačnom dokazu.

18. Nadalje, na str. 49.-61. presude Sud BiH na veoma detaljan način iznosi utvrđene činjenice vezane za ubistva ratnih zarobljenika kao dokaze na kojima je utemeljio zaključak da je apelant počinio kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika. Nadalje, na str. 61.-90. presude Sud BiH je, prije svega polazeći od kaznenih djela za koja se apelant tereti (ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. toč. c) i e) KZ-a i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. toč. a) i b) KZ-a), dao definiciju pojmova koji se koriste u opisu kaznenog djela, te je nadalje detaljno za svaku pojedinačnu radnju utvrdio način na koji je izvršena, dokaze koje je proveo i kojima je poklonio vjeru, utvrdio prisustvo apelanta (jer je obrana osporavala da je apelant uopće bio prisutan), te nakon svega zaključio da su radnjama apelanta i njemu podređenih osoba žrtvama naneseni snažan tjelesni i duševni bol i patnja, kao i povreda zdravlja. Ovo pogotovu kada se ima u

vidu status žrtava *in tempore criminis*, apelantov dominirajući položaj i moć koje je imao u tom trenutku i koji je kod žrtava izazivao osjećaj straha za vlastiti život. Nadalje, Sud BiH je utvrdio da su apelant i njemu podređene osobe vršili protuzakonito zatvaranje civila (za koje se pretpostavljalo da podržavaju ideju Autonomije Zapadna Bosna) protiv kojih se nikada nije vodio postupak u svezi s njihovim zarobljavanjem niti su im rečeni razlozi zbog kojih su lišeni slobode niti su dobili rješenja o zarobljavanju, dakle nije postojala pravna osnova koji bi opravdala proizvoljno lišavanje slobode protivno odredbama međunarodnog prava. Zbog svega navedenog Sud BiH je zaključio da je apelant na opisani način, kršeći pravila međunarodnog prava poduzeo radnje namjernog nanošenja osobama tjelesnog i duševnog bola i patnje, nečovječnog postupanja, nanošenja povreda tjelesnog integriteta i zdravlja i protuzakonitog zatvaranja civila (toč. 3.a., b., c., d., e., f. i g.) toč. 6., 7., 8. i 9. izreke presude, odnosno radnje namjernog nanošenja osobama snažnog duševnog i tjelesnog bola, nečovječnog postupanja i nanošenja velikih patnji i ozljeda tijela prema ratnim zarobljenicima (točka 5. izreke presude). Sud BiH je također zaključio da je apelant, naređivanjem, učinjenjem ili poduzimanjem radnji koje su na odgovarajući način doprinijele izvršenju djela opisanih u navedenim točkama presude, bio svjestan svojih djela i htio njihovo izvršenje kao i nastale posljedice, čime je ostvario sva obilježja kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. stavak 1. toč. c) i e) KZ-a i kaznenog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. toč. a) i b) KZ-a. Nadalje, Sud BiH je zaključio da ne postoje okolnosti koje bi isključile kaznenu odgovornost apelanta ili koje bi činile da se on nalazio u stanju bitno smanjenje uračunljivosti, što je posebno obrazložio.

19. Također, Sud BiH se očitovao da je primijenio KZ iako su navedena djela bila propisana i u Kaznenom zakonu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: KZSFRJ) koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, pozivajući se na činjenicu da je nakon analize utvrdio da je zapriječena kazna po KZ-u blaža od kazne koju je propisivao KZSFRJ bez obzira što je ranijim zakonom donja granica kazne bila pet godina jer je međunarodnim običajnim pravom uspostavljeno „da je smrtna kazna u svakom slučaju strožija kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog da ne bude pogubljen“. U svezi s navedenim Sud BiH se pozvao (općenito) na praksu Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud) i odluku Ustavnog suda u predmetu AP 1785/06.

20. U odnosu na točku 3.g) i i) optužnice Sud BiH je istaknuo da je apelanta oslobodio optužbe u navedenim točkama primjenom načela *in dubio pro reo*.

21. U pouci o pravnom lijeku u drugostupanjskoj presudi je navedeno da priziv nije dozvoljen. I pored navedenog apelant je izjavio priziv koji je Sud BiH, Rješenjem broj Sl 1 K005379 11 Kžk od

4.12.2012. godine, odbacio kao nedopušten. U obrazloženju rješenja Sud BiH je naveo da je apelant prvostupanjskom presudom oglašen krivim za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina, pri čemu je za neke od radnji tih kaznenih djela oslobođen optužbe. Apelant je drugostupanjskom presudom opet oglašen krivim za počinjenje istih kaznenih djela „sa razlikom što je utvrđena njegova krivica i za dodatne četiri radnje izvršenja kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, detaljno opisane u toč. 3a, 3b, 3e i 9 izreke [drugostupanjske] presude, za koje je nepravosnažno prvostupanjskom presudom bio oslobođen“. Dakle, apelant nije bio oslobođen optužbe da je počinio kaznena djela koja su mu se stavljala na teret, već je oslobođen za pojedine radnje koje čine obilježja tih djela. Kod takvog stanja stvari predmetne radnje su ostale u okviru osuđujuće presude iz čega jasno proizlazi da se nije radilo o oslobađajućoj presudi, kako zahtijeva odredba članka 317.a) ZKP-a. U pouci o pravnom lijeku je navedeno da priziv protiv rješenja nije dozvoljen.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

22. Apelant u apelaciji ističe povredu prava na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 3. toč. a) i b) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Europska konvencija), pravo na kažnjavanje po osnovi zakona iz članka 7. Europske konvencije i pravo na učinkovit pravni lijek iz članka 13. Europske konvencije. Apelant prije svega navodi da je prvostupanjskom presudom oslobođen po određenim točkama optužbe, te je prvostupanjska presuda ukinuta, a osporenom presudom Suda BiH utvrđena je apelantova krivnja i u odnosu na oslobađajući dio (prvostupanjske) presude bez prava na priziv, kako je propisano člankom 317.a) ZKP-a. Stoga, apelant nalazi da mu je u odnosu na točku 3. podtočke a., b. i e. i točku 9. izreke osporene presude trebalo dozvoliti izjavljivanje priziva. Nadalje, apelant ističe da mu je tijekom postupka uskraćeno pravo na pripremu obrane u odnosu na svjedoka Mirsada Ćuturića. Ovu povredu apelant vidi u činjenici da je navedeni svjedok dao jako kratak iskaz u istrazi koji se odnosio samo na jednu točku optužnice u kojoj se on pojavljuje kao oštećena osoba. Međutim, na glavnom pretresu svjedok je dao veoma širok iskaz o gotovo svim točkama optužnice, a izvan navoda Tužiteljstva na koje će okolnosti svjedok svjedočiti i iskaza iz istrage. Stoga je apelantova obrana tražila od sudećeg vijeća prvostupanjskog suda da joj se dozvoli priprema za unakrsno ispitivanje navedenog svjedoka pod ovim novim okolnostima, ali je zahtjev obrane odbijen. Točnije, kako navodi apelant, obrani je dozvoljeno svjedoka ispitati odmah ujutro, dan nakon što je svjedok dao iskaz (kasni poslijepodnevni sati), ali obrana nije imala fizičke snage

za to i bilo joj je potrebno da se skoncentrira na pregled iskaza ostalih svjedoka. Uslijed navedenog, apelant smatra da mu je povrijeđeno pravo na obranu jer se odluka po mnogim točkama temelji na iskazu ovog svjedoka koji je protivan ostalim dokazima. U odnosu na kažnjavanje na temelju zakona, odnosno povrede ovog prava, apelant navodi da je sud pogrešno izveo zaključak o zaštićenim osobama po zajedničkom članku 3. Ženevske konvencije. Apelant daje svoje viđenje navedenog članka, odnosno zaštite koju pruža osobama, a koje temelji na stajalištu da Konvencija u slučaju sukoba ili okupacije štiti osobe u vlasti jedne strane, sile vlasti „čiji nisu državljani“, odnosno „kojoj nisu lojalni“. Znači zaštićene osobe pripadaju protivnoj strani i nad njima pripadnik protivne strane treba da vrši zločine. U konkretnom slučaju sve oštećene osobe su se nalazile na teritoriju pod kontrolom Armije BiH i nije bilo promjene vlasti u sukobu. Prema tome, one su dobrovoljnim boravkom na teritoriju pod kontrolom Armije BiH i V korpusa iskazale lojalnost toj strani u sukobu i bile dužne poštovati pravila te strane o stanju opće mobilizacije. Apelant ističe da je obveza Tužiteljstva dokazati kojoj strani u sukobu pripada određena osoba. Iako je apelant u apelaciji naveo povredu članka 7. Europske konvencije (koju je doveo u svezu sa zaključkom suda o utvrđenom statusu zaštićenim osobama) u dopuni apelacije od 23. lipnja 2014. godine apelant je detaljno obrazložio povredu članka 7. Europske konvencije u svezi s primjenom odredbi KZ-a, odnosno detaljno elaborirao u čemu se sastoji povreda ovog prava, pozivajući se na noviju praksu Europskog suda i Ustavnog suda (predmet *Maktouf*), odnosno navodeći da je u konkretnom predmetu primijenjen KZ, iako je blaži zakon KZSFRJ.

b) Odgovor na apelaciju

23. Sud BiH je naveo da je apelacija neutemeljena, te je prvenstveno istaknuo da priziv protiv drugostupanjske presude nije dozvoljen iz razloga što je apelant prvostupanjskom presudom oglašen krivim da je radnjama iz izreke presude počinio kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i kazneno djelo ratni zločin protiv vojnih zarobljenika, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 18 godina. Pri tome je za neke radnje iz sastava navedenih kaznenih djela oslobođen, ali ne i za djela uzeta u cjelini, kako to apelant želi predstaviti. Apelant je drugostupanjskom presudom ponovno oglašen krivim za počinjenje istih kaznenih djela s razlikom što je utvrđena njegova krivnja za još četiri radnje izvršenja kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje je pravomoćnom presudom bio oslobođen. Navedene radnje nisu samostalne da bi se mogle promatrati izvan sastava kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva. U svezi s navedenim Sud BiH je naveo da je u Rješenju Suda BiH broj S1 1 K 005379 11 Kžk od 4. prosinca 2012. godine valjano obrazložio zašto priziv nije dozvoljen protiv drugostupanjske presude. Glede primjene blažeg zakona (KZ ili KZSFRJ) Sud BiH „ostavlja na dispoziciju Ustavnom sudu“ da

ocijeni koji je zakon blaži imajući u vidu noviju praksu. Glede ostalih navoda iste je smatrao neutemeljenim jer u osporenoj presudi postoje jasni i razumljivi razlozi kojima se sud rukovodio prilikom donošenja presude.

24. U veoma opsežnom odgovoru na apelaciju Tužiteljstvo je navelo da je Sud BiH donio Rješenje Sl 1 K005379 11 Kžk od 4.12.2012. godine kojim se kao nedopušten odbacuje priziv branitelja osuđenog Sulje Karajića, izjavljen protiv presude vijeća Apelacijskog odjeljenja Suda BiH od 28. studenog 2011. godine, s jasnim obrazloženjem da apelant nije prvostupanjskom presudom oslobođen optužbe da je počinio kaznena djela koja mu se stavljaju na teret, već je oslobođen za pojedine radnje koje čine obilježja tih kaznenih djela, te nema mjesta primjeni odredbe članka 317.a) stavak 1. ZKPBiH. Nadalje, Tužiteljstvo ističe da je svjedok Mirsad Ćuturić saslušan u svojstvu svjedoka na Zapisnik o saslušanju svjedoka Kantonalnog suda Bihać pod brojem KRI 12/00 od 19.9.2000. godine i nije bio ponovo saslušan u Tužiteljstvu s obzirom da je i u vrijeme podizanja optužnice, a i u vrijeme glavnog pretresa svjedok imao prebivalište u Sjedinjenim Američkim Državama. Točno je da je svjedok Mirsad Ćuturić na glavnom pretresu dao iskaz koji je bio i opširniji i decidiraniji, a koji se odnosio na dešavanja iz točke 3. optužnice s posebnim akcentom na podtočke a) i g) optužnice, ali svjedok je svjedočio samo o onome što su on, ali i ostali, preživjeli u školi gdje je bio zatočen. Tužiteljstvo navodi da su obrani nakon potvrđivanja optužnice dostavljeni svi iskazi svjedoka koji su svjedočili u odnosu na točku 3. optužnice i većina svjedoka na glavnom pretresu pominjala je i svjedoka Mirsada Ćuturića u kontekstu šta je on preživio. Tužiteljstvo je istaknulo da nije znalo da će svjedok pomenuti i ostale svjedoke oštećene iz točke 3. s podtočkama. Nadalje, Tužiteljstvo navodi da je obrana izvodila svjedoke, a da pri tome nisu sačinili niti jedan jedini zapisnik o saslušanju svjedoka, a Tužiteljstvo je unakrsno ispitivalo svjedoke obrane. Nadalje, Tužiteljstvo je navelo da je u potpunosti ispravno stajalište Suda BiH o utvrđivanju statusa zaštićenih osoba civilima, koji je u potpunosti citiralo iz osporene presude. Tužiteljstvo je istaknulo da se apelant u dopuni uopćeno poziva na činjenicu da je KZSFRJ blaži. Zbog svega navedenog Tužiteljstvo smatra da je apelacija neutemeljena.

V. Relevantni propisi

25. **Kazneni zakon SFRJ** („Službeni list SFRJ“ br. 44/76, 36/77, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90) u relevantnom dijelu glasi:

Zatvor

Član 38.

(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.*

[...]

Sticaj krivičnih djela

Član 48

(1) *Ako je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više krivičnih dela za koja mu se istovremeno sudi, sud će prethodno utvrditi kazne za svako od tih dela, pa će za sva ta dela izreći jedinstvenu kaznu.*

(2) *Jedinstvenu kaznu sud će izreći po sledećim pravilima:*

1) *Ako je za neko krivično delo u sticaju utvrdio smrtnu kaznu izreći će samo tu kaznu:*

2) *Ako je za neko krivično djelo u sticaju utvrdio kazne zatvora jedinstvena kazna mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne sme dostići zbir utvrđenih kazni, niti preći petnaest godina zatvora.*

Član 142.

Ratni zločin protiv civilnog stanovništva

(1) *Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vreme 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 posledicu smrt, tešku telesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja ljudi; napad bez izbora cilja kojim se pogađa civilno stanovništvo; da se prema civilnom stanovništvu vrše ubistva, mučenja, nečovečna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenja velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja; raseljavanje ili preseljavanje ili prisilno odnarodnjavanje ili prevođenje na drugu veru; prisiljavanje na prostituciju ili silovanja; primenjivanje mera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protivzakonito odvođenje u koncentracione logore i druga protivzakonita zatvaranja, lišavanje prava na pravilno i nepristrasno suđenje; prisiljavanje na službu u oružanim snagama neprijateljske sile ili u njenoj obaveštajnoj službi ili administraciji; prisiljavanje na prinudni rad, izgladnjivanje stanovništva, konfiskovanje imovine, pljačkanje imovine stanovništva, protivzakonito i samovoljno uništavanje ili prisvajanje u velikim razmerama imovine koje nije opravdano*

vojnim potrebama, uzimanje nezakonite i nesrazmerno velike kontribucije i rekvizicije, smanjenje vrednosti domaćeg novca ili protivzakonito izdavanje novca, ili ko izvrši neko od navedenih dela,

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

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

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

kaznit će se zatvorom najmanje pet godina.

Član 144.

Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

Ko kršeći pravila međunarodnog prava naredi da se prema ratnim zarobljenicima vrše ubistva, mučenja, nečovečna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenje velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja, prisiljavanja na vršenje službe u oružanim snagama neprijatelja, ili lišavanje prava na pravilno i nepristrasno suđenje ili ko izvrši neko od navedenih djela

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

26. **U Kaznenom zakonu Bosne i Hercegovine** („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10) relevantne odredbe glase:

Članak 42.

(1) Kazna zatvora ne može biti kraća od 30 dana ni duža od 20 godina.

(2) Kazna zatvora izriče se na pune godine i mjesece, a do šest mjeseci i na pune dane.

Kazna dugotrajnog zatvora

Članak 42b.

(1) Za najteže oblike teških kaznenih djela počinjenih s umišljajem može se propisati kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 21 do 45 godina.

*Stjecaj kaznenih djela**Članak 53.*

(1) Ako je počinitelj jednom radnjom ili s više radnji počinio više kaznenih djela za koja mu se istovremeno sudi, sud će najprije utvrditi kazne za svako od tih kaznenih djela, pa će za sva kaznena djela izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora, jedinstvenu kaznu zatvora ili jedinstvenu novčanu kaznu.

(2) Jedinstvenu kaznu sud će izreći po ovim pravilima:

a) ako je za kaznena djela u stjecaju sud utvrdio kazne dugotrajnog zatvora ili dugotrajnog zatvora i zatvora, jedinstvena kazna dugotrajnog zatvora mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne smije prijeći 45 godina;

b) ako je za kaznena djela u stjecaju sud utvrdio kazne zatvora, jedinstvena kazna zatvora mora biti veća od svake pojedine utvrđene kazne, ali ne smije doseći zbroj utvrđenih kazni niti prijeći dvadeset godina;

c) ako je za dva ili više kaznenih djela počinjenih u stjecaju utvrdio kazne zatvora u trajanju dužem od deset godina, sud može izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora koja ne smije dosegnuti zbroj pojedinačnih kazni zatvora;

*Ratni zločin protiv civilnog pučanstva**Članak 173.*

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

[...]

c) usmrćivanja, namjerno nanošenje osobi snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenje), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge znanstvene pokuse, uzimanje tkiva ili organa radi presađivanja, nanošenje velikih patnji ili ozljeda tjelesne cjelovitosti ili povreda zdravlja;

[...]

e) prisiljavanje druge osobe uporabom sile ili prijetnje da će se izravno napasti njezin život ili tijelo ili život ili tijelo njoj bliske osobe, na spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju (silovanje), prisiljavanje na prostituciju, primjenjivanje mjera zastrašivanja i užasa, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protupravno odvođenje u koncentracijske logore i druga protuzakonita zatvaranja, oduzimanje prava na pravično i nepristrano suđenje, prisiljavanje na službu u neprijateljskim oružanim snagama ili u neprijateljskoj obavještajnoj službi ili upravi;

[...]

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

Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

Članak 175.

Tko kršeći pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima naredi ili počini koje od ovih djela:

a) usmrćivanje drugih osoba (ubojstva), namjerna nanošenja osobama snažne tjelesne ili duševne boli ili patnje (mučenja), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge znanstvene pokuse, uzimanje tkiva ili organa radi presađivanja;

b) nanošenje velikih patnji ili ozljeda tijela ili povreda zdravlja;

[...]

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

27. U **Zakonu o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine** (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13) relevantne odredbe glase:

Članak 282.

Meritorne i postupovne presude

(1) Presudom se optužba odbija ili se optuženik oslobađa optužbe ili se proglašava krivim.

(2) Ako optužba obuhvaća više kaznenih djela, u presudi će se izreći odbija li se optužba i za koje djelo ili se optuženik oslobađa optužbe ili se proglašava krivim.

Članak 284.

Presuda kojom se optuženik oslobađa optužbe

Presudu kojom se optuženik oslobađa optužbe, Sud će izreći:

- a) ako djelo za koje se optuženik optužuje nije zakonom propisano kao kazneno djelo,*
- b) ako postoje okolnosti koje isključuju kaznenu odgovornost optuženika,*
- c) ako nije dokazano da je optuženik počinio kazneno djelo za koje se optužuje.*

Članak 285.

Presuda kojom se optuženik proglašava krivim

(1) U presudi kojom se optuženik proglašava krivim, Sud će izreći:

- a) za koje se kazneno djelo optuženik proglašava krivim, uz navođenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja kaznenog djela te onih o kojima ovisi primjena određene odredbe Kaznenog zakona,*
- b) zakonski naziv kaznenog djela i koje su odredbe kaznenog zakona primijenjene,*
- c) kakva se kazna izriče optuženiku ili se po odredbama Kaznenog zakona oslobađa kazne,*
- d) odluku o uvjetnoj osudi,*
- e) odluku o sigurnosnim mjerama, o oduzimanju imovinske koristi i odluku o vraćanju predmeta (članak 74.) ako predmeti do tada nisu vraćeni vlasniku ili držatelju,*
- f) odluku o uračunavanju pritvora ili već izdržane kazne,*
- g) odluku o troškovima kaznenog postupka, o imovinskopravnom zahtjevu te o objavljivanju pravomoćne presude putem sredstava javnog priopćavanja.*

Odjeljak 1a. Žalba na drugostupanjsku presudu

Članak 317a.

Opća odredba

(1) Protiv presude vijeća prizivnog odjela dopuštena je žalba:

- a) ukoliko je vijeće prizivnog odjela preinačilo prvostupanjsku presudu kojom je optuženik oslobođen optužbe i izreklo presudu kojom se optuženik oglašava krivim;*
- b) ukoliko je vijeće prizivnog odjela povodom žalbe na oslobađajuću presudu u raspravi donijelo presudu kojom se optuženik oglašava krivim.*

(2) O žalbi protiv drugostupanjske presude odlučuje trećestupanjsko vijeće koje čine trojica sudaca.

VI. Dopustivost

28. Sukladno članku VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacijsku nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmetom spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

29. Sukladno članku 18. stavak (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi učinkoviti pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnositelj apelacije primio odluku o posljednjem učinkovitom pravnom lijeku koji je koristio.

30. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je presuda Suda BiH od 28. studenog 2011. godine protiv koje nema drugih učinkovitih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Zatim, osporenu presudu apelant je primio 18. rujna 2012. godine, a apelacija je podnesena 13. studenog 2012. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano člankom 18. stavak (1) Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz članka 18. st. (3) i (4) Pravila Ustavnog suda jer ne postoji neki formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva niti je očigledno (*prima facie*) neutemeljena.

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

VII. Meritum

32. Apelant smatra da mu je osporenim presudom Suda BiH povrijeđeno pravo iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno pravo iz članka 6. st. 3a) i b), 7. i 13. Europske konvencije.

33. Članak II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi:

Sve osobe na teritoriju Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i temeljne slobode iz ovog članka, stavak 2 što uključuje:

e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava vezana za krivične postupke.

34. Članak 6. stavak 1. Europske konvencije u relevantnom dijelu glasi:

1. Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred neovisnim i nepristranim, zakonom ustanovljenim sudom. [...]

3. Svako tko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

b) da mu se osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje obrane,

d) da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i da se prisustvo i saslušanje svjedoka obrane odobri pod uvjetima koji važe i za svjedoka optužbe.

35. U konkretnom slučaju postupak se odnosi na utvrđivanje utemeljenosti kaznene optužbe protiv apelanta u vezi s izvršenjem kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva i ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, pa je članak II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članak 6. Europske konvencije primjenjiv na konkretan slučaj. Prema tome, Ustavni sud mora preispitati je li postupak pred redovitim sudom bio pravičan onako kako to zahtijevaju navedene odredbe.

36. Ustavni sud primjećuje da se apelant u okviru navoda o povredi prava na pravično suđenje žalio na nemogućnost da pripremi obranu, odnosno da unakrsno ispita svjedoka Mirsada Ćuturića koji je na glavnom pretresu proširio svoj iskaz u odnosu na iskaz koji je dao u istrazi tako što je svjedočio o skoro svim točkama optužnice, a ne samo o onoj točki u kojoj je isti oštećen. Osim toga, iako apelant problematizira način na koji je Sud BiH utvrdio status zaštićenih osoba sukladno zajedničkom članku 3. ženevskih konvencija (navodeći da mu je povrijeđeno pravo na kažnjavanje samo po osnovi zakona iz članka 7. Europske konvencije), Ustavni sud će ove navode ispitati u okviru garancija prava na pravično suđenje, i to u okviru primjene materijalnog prava.

37. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da apelant osporava način na koju su sudovi primijenili odredbu zajedničkog članka 3. ženevskih konvencija, odnosno dali status zaštićenih osoba i osobama za koje apelant smatra da im taj status ne pripada, polazeći od načela „čiji nisu državljani“, odnosno „kojoj nisu lojalni“, odnosno smatrajući da su to samo one osobe koje se nađu u vlasti protivne strane u sukobu, a što u konkretnom predmetu nije bio slučaj, za šta je apelant dao svoje mišljenje. U svezi s tim Ustavni sud podsjeća da prema praksi Europskog suda i Ustavnog suda zadatak ovih sudova nije preispitivati zaključke redovitih sudova glede činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava (vidi Europski sud, *Pronina protiv Rusije*, odluka o dopustivosti od 30. lipnja 2005. godine, aplikacija broj 65167/01). Naime, Ustavni sud nije nadležan supstituirati redovite sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je, općenito, zadatak redovitih sudova ocijeniti činjenice i dokaze koje su izveli (vidi Europski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. svibnja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02). Zadatak Ustavnog suda je ispitati

jesu li, eventualno, povrijeđena ili zanemarena ustavna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na učinkovit pravni lijek i dr.), te je li primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska.

38. Ustavni sud će se, dakle, izuzetno upustiti u ispitivanje načina na koji su nadležni sudovi utvrđivali činjenice i na tako utvrđene činjenice primijenili pozitivno-pravne propise kada je očigledno da je u određenom postupku došlo do proizvoljnog postupanja redovitog suda, kako u postupku utvrđivanja činjenica tako i primjene relevantnih pozitivno-pravnih propisa (vidi Ustavni sud, Odluka broj *AP 311/04* od 22. travnja 2005. godine, stavak 26.). U kontekstu navedenog, Ustavni sud podsjeća i da je u više svojih odluka ukazao da očigledna proizvoljnost u primjeni relevantnih propisa nikada ne može voditi ka jednom pravičnom postupku (vidi Ustavni sud, Odluka broj *AP 1293/05* od 12. rujna 2006. godine, točka 25. i dalje). Imajući u vidu navedeno Ustavni sud će u konkretnom slučaju, s obzirom na pitanja koja se postavljaju, ispitati je li osporena odluka utemeljena na proizvoljnoj primjeni materijalnog i procesnog prava.

39. Dovodeći prethodno iznesena stajališta u svezu s konkretnim slučajem, pogotovu imajući u vidu da je identičan navod apelant isticao i u prizivu, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH dao detaljno obrazloženje zašto je „proširio“ krug zaštićenih osoba i na osobe za koje je apelant tvrdio da ne mogu uživati zaštitu predviđenu međunarodnim pravom. Naime, imajući u vidu kazneno djelo koje se apelantu stavlja na teret Sud BiH je našao za potrebno kao ključno utvrditi status zaštićenih osoba. U svezi s tim Ustavni sud zapaža da je, pozivajući se na relevantnu praksu u sličnim predmetima, kao i analizom propisa odnosno zajedničkog članka 3. ženevskih konvencija, Sud BiH odbacio navod obrane da se status zaštićenih dodjeljuje samo osobama koje su izrazile lojalnost protivnoj strani u sukobu, odnosno bile na protivnoj strani. Sud BiH je vrlo jasno naveo da ne bi bilo ispravno u kategoriju zaštićenih osoba podvesti i osobe koje su pripadale istoj strani u sukobu, odnosno nisu pripadale protivnoj strani iako ih je apelant za takve smatrao. Pored navedenog, odlučujući koje su to osobe, Sud BiH je naveo da je neutemeljen navod obrane da je „teret dokazivanja“ na tužitelju za svaku pojedinu osobu, opet se pozivajući na pravnu teoriju i praksu i navodeći da sve osobe za koje je utvrdio da su zaštićene člankom 3. ženevskih konvencija nisu neposredno sudjelovale u neprijateljstvima i da su civili osobe koja nisu članovi oružanih snaga, odnosno da su civili zaštićeni od napada ukoliko ne sudjeluju direktno u neprijateljstvima, odnosno za to vrijeme dok ne sudjeluju direktno u neprijateljstvima. Dakle, Ustavni sud, protivno navodima iz apelacije, u obrazloženju osporene presude odnosno u načinu na koji je Sud BiH utvrdio status zaštićenih osoba osim apelantovog nezadovoljstva i drugačijeg tumačenja „zaštićenih osoba“, ne

može pronaći bilo šta što bi ukazivalo da je došlo do povrede standarda prava na pravično suđenje u ovom dijelu.

40. Nadalje, u odnosu na apelantove navode da mu nisu osigurani vrijeme i uvjeti neophodni za pripremu obrane budući da je svjedok Mirsad Ćuturić proširio svoj iskaz (koji je dao na glavnom pretresu) u odnosu na sve točke optužbe, a ne samo onu u kojoj se on pojavljivao kao oštećeni, te je proširio svoj iskaz (dan na glavnom pretresu) u odnosu na iskaz koji je dao u istrazi, što je po apelantovom shvaćanju pridonijelo povredi članka 6. st. 3.b) i d) Europske konvencije, Ustavni sud naglašava da članak 6. stavak 3. točka b) zahtijeva da se optuženom „osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane“. Temeljni element u osiguravanju vremena za obranu jeste da branitelj bude pravodobno dodijeljen kako bi se ostavilo dovoljno vremena za pripremu obrane. U konkretnom slučaju apelant u biti navodi da nije imao dovoljno vremena da s braniteljem pripremi obranu u odnosu na iskaz jednog svjedoka Mirsada Ćuturića (jer je iskaz proširen, a dan u kasnim popodnevnim satima). Također, upravo zbog ovih okolnosti apelantu je, kako on navodi, povrijeđeno pravo iz članka 6. stavak 3. točka d), odnosno onemogućen je ispitivati svjedoka u novonastalim okolnostima. Dakle, Ustavni sud naglašava da kada se optuženi i njegov branitelj žale da im nisu osigurani odgovarajući uvjeti za obranu odgovornost suda je odlučiti može li se nastaviti sa suđenjem, a da se ne prekrši članak 6. stavak 3.b) Europske konvencije. Pri tome se mora voditi računa o tome da pravo optuženog da slobodno komunicira sa svojim braniteljem u pripremi obrane bude od apsolutno centralnog značaja za koncept pravičnog suđenja (vidi, npr. Europski sud za ljudska prava, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. lipnja 1984. godine). Međutim, u konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o tome da mu je povrijeđeno pravo da mu se osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremu obrane neutemeljeni jer sam apelant ne spori, već upravo svojim navodima to potvrđuje, da mu je bilo poznato ime svjedoka i djelomičan iskaz (dan u istrazi) zbog čega se mogao pripremiti na okolnosti na koje će svjedočiti. Nadalje, Tužiteljstvo je u odgovoru navelo da su apelantovoj obrani nakon potvrđivanja optužnice dostavljeni svi iskazi svjedoka koji su svjedočili u odnosu na točku 3. optužnice i da je većina svjedoka u svojim iskazima pominjala ime Mirsada Ćuturića u kontekstu šta je on preživio, te da ni Tužiteljstvo nije znalo da će ovaj svjedok pomenuti i ostale svjedoke oštećene iz točke 3. optužnice. Osim toga, iz samog apelantovog navoda, kao i iz osporene presude, jasno proizlazi da obrana nije ni pokušala iskoristiti pravo da sljedećeg dana unakrsno ispita svjedoka, već je od toga odustala. Stoga se apelant ne može uspješno pozivati na ovaj navod kada je obrani realno data mogućnost unakrsnog ispitivanja, ali je obrana nije koristila. Osim toga, kao ključna stvar za utvrđivanje povrede u ovom dijelu je činjenica je li svjedočenje navedenog svjedoka od odlučnog

značaja za donošenje presude. Imajući u vidu činjenicu koju je sud naveo u presudi, a koju ni apelant nije osporio, da je i bez iskaza Mirsada Ćuturića ponuđen dovoljan broj drugih relevantnih dokaza koji bi doveli do istih bitnih činjeničnih zaključaka o apelantovoj krivnji, činjenica da se apelant nije mogao pripremiti da ispita prošireni iskaz jednog svjedoka nije od presudnog značaja. Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH u osporenoj presudi cijenio ovaj navod (identičan navod o povredi prava na obranu) kao neutemeljen, te nije smatrao za neophodno pozvati navedenog svjedoka da ga neposredno sasluša pred drugostupanjskim vijećem. Imajući u vidu naprijed navedeno utvrđenje, te relevantne odredbe članka 263. stavak 2. ZKP-a na kojima je Sud BiH utemeljio svoju odluku u ovom dijelu, iz kojih proizlazi da sud može odbiti izvođenje dokaza ukoliko smatra „da okolnosti koje stranka i branitelj žele da dokažu nemaju značaj za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban“, Ustavni sud smatra da navodima apelacije ničim nije doveden u pitanje zaključak Suda BiH glede utvrđenja da nije povrijeđeno pravo na obranu u ovom dijelu, kao i da je bilo potrebe da se navedeni svjedok ponovo neposredno sasluša. Stoga, Ustavni sud nije pronašao elemente koji bi ukazivali na povredu prava na pravično suđenje iz članka 6. stavak 3. toč. b) i d) Europske konvencije.

41. Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da je presudom Suda BiH nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. i stavak 3. toč. b) i d) Europske konvencije.

U svezi s pravom na preispitivanje sudske odluke

42. Ustavni sud primjećuje da apelant navodi da mu nije dozvoljeno, sukladno odredbi članka 317.a) ZKP-a, izjaviti priziv „trećem stupnju“ protiv osporene presude za točku 3. (a., b. i e.) i točku 9. presude, a iz razloga što je apelant i za oslobađajući dio prvostupanjske presude po prizivu drugostupanjskom – osporenom presudom ograđen krivim. U svezi s ovim dijelom apelant se pozvao na povredu prava na efikasan pravni lijek iz članka 13. Europske konvencije. Međutim, imajući u vidu apelantove navode – da je zakonom propisana mogućnost priziva, a da je drugostupanjski sud u pouci o pravnom lijeku naveo da priziv nije dozvoljen – Ustavni sud smatra da ovaj dio navoda može ispitati u okviru prava na preispitivanje sudske odluke iz članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju.

43. Članak 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju, u relevantnom dijelu glasi:

(1)Svako tko je odlukom suda osuđen za krivično djelo ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud. Ostvarivanje ovog prava, uključujući i temelje za njegovo korištenje, uređuje se zakonom.

(2) Ovo pravo može podlijegati izuzecima u odnosu na djela manjeg značaja koja su određena zakonom ili u slučajevima kada je osobi u pitanju u prvom stupnju sudio najviši sud ili je bilo osuđeno na temelju žalbe na oslobađajuću presudu.

44. Ustavni sud zapaža da iz stavka 1. članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju nedvosmisleno proizlazi da o ostvarivanju prava na priziv, odnosno o modalitetima preispitivanja, odlučuje domaće zakonodavstvo. Prema praksi Europskog suda, iskazanoj u predmetu *Krombach* (vidi Europski sud, presuda od 13. veljače 2001. godine, aplikacija broj 29731/96, stavak 96.), države imaju široko polje procjene u utvrđivanju kako će pravo garantirano člankom 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju biti izvršavano. Polazeći od toga, „preispitivanje 'osude' i 'kazne', koje vrši viši sud, može se odnositi i na činjenice i na pravna pitanja ili biti ograničeno jedino na pravna pitanja. Međutim, države mogu nametnuti i dodatna „ograničenja“ na pravo na preispitivanje odluke, kao što je izdavanje dozvole za podnošenje priziva. Bilo koje ograničenje prava na preispitivanje garantovano ovim članom, koje je uspostavljeno u domaćem zakonodavstvu, mora, po analogiji s pravom na pristup sudu otjelotvorenim u članu 6. stav 1. Europske konvencije, ići za legitimnim ciljem i ne smije kršiti samu suštinu prava.“

45. Ustavni sud, nadalje, zapaža da su stavkom 2. članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju ustanovljene i iznimke od primjene prava izloženog u stavku 1. istog članka. Prva iznimka se odnosi na manje prijestupe. Druga iznimka se odnosi na slučajeve kada je domaće zakonodavstvo propisalo da u prvoj instanci sudi najviši sud zbog statusa optuženog (visoki državni zvaničnik, sudac i sl.) ili zbog prirode prijestupa. U tim slučajevima takvo preispitivanje nije moguće. Najzad, treća iznimka se odnosi na slučajeve gdje je osuda izrečena u postupku povodom priziva na oslobađajuću presudu.

46. Prije razmatranja konkretnog slučaja Ustavni sud podsjeća da je u svojoj praksi rješavao identične navode u predmetu AP 3620/07 od 14. travnja 2010. godine (dostupan na www.ustavnisud.ba). U navedenom predmetu apelant je isticao povredu članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju zbog nemogućnosti izjavljivanja priziva protiv presude Apelacijskog vijeća Suda BiH kojom je apelant proglašen krivim glede navoda iz optužbe za koje je prvostupanjskom presudom bio oslobođen. Ustavni sud je zaključio da u tom predmetu nije povrijeđeno apelantovo pravo na preispitivanje višeg suda uslijed činjenice da ZKP nije propisao mogućnost preispitivanja kaznene presude u „trećem stupnju“ u vrijeme kada je donesena osporena presuda. Isti apelant je zbog istog pitanja, odnosno zbog navodne povrede članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju, pokrenuo postupak pred Europskim sudom. U svezi s ovom povredom, Europski sud je kratko naveo da okolnosti konkretnog slučaja potpadaju pod iznimke iz stavka 2. članka 2.

Protokola broj 7 uz Europski konvenciju, te je aplikaciju odbio kao očigledno neutemeljenu (vidi odluka Europskog suda *Boban Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 51552/10 od 10. travnja 2012. godine).

47. Bitna razlika između konkretnog predmeta i navedenog predmeta je u činjenici što je u međuvremenu došlo do izmjena ZKP-a, te je člankom 317.a) ZKP-a predviđena mogućnost izjavljivanja priziva protiv drugostupanjske odluke Suda BiH. Također, Ustavni sud primjećuje da je ova mogućnost u ZKP-u dozvoljena upravo u onim situacijama koje su stavkom 2. članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju predviđene kao iznimka, a to je preispitivanje „osude“ odnosno presude kojom se osoba osuđuje, a na temelju priziva protiv oslobađajuće presude. Međutim, Ustavni sud također primjećuje da odredba članka 317.a) u duhu domaćeg zakona ne unosi pravilo o „trećem stupnju“, već predstavlja iznimku u odnosu na pravilo o dvostupnjevitosti postupka.

48. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da apelant smatra da je „oslobođen po prvostupanjskoj presudi“ za pojedine točke optužnice (toč. 3a., 3b., 3e. i 3g. i točka 10.) za koje ga je drugostupanjski sud oglasio krivim, te smatra da ima pravo na priziv. Prije svega Ustavni sud napominje da se nesporno radi o istim radnjama, odnosno točkama optužbe, koje upućuje na oslobađanje od izvršenja, odnosno izvršenje kaznenog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva (te će se u daljnjem razmatranju ovog dijela odluke Ustavni sud baviti samo ovim djelom – ratni zločin protiv civilnog stanovništva). Ustavni sud također napominje da je u jezičnom kontekstu članka 317.a) ZKP-a dozvoljeno pravo na priziv u „trećem stupnju“ ako je vijeće Apelacijskog odjeljenja povodom priziva na oslobađajuću presudu na pretresu donijelo presudu kojom se optuženi oglašava krivim. U svezi s tim zadatak Ustavnog suda je utvrditi je li u okolnostima konkretnog slučaja prvostupanjska presuda bila „oslobađajuća“. Ustavni sud primjećuje da je prvostupanjski sud u jednom dijelu odluke, apelanta oglasio krivim za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. toč. c) i e) dok je, pozivajući se na članak 284. stavak 1. točka c) ZKP-a, apelanta oslobodio optužbe da je po određenim točkama optužnice na opisani način izvršio određene radnje (čime bi također počinio kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva). Dakle, prvostupanjski sud je za isto kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. toč. c) i e) apelanta i oglasio krivim i oslobodio, te se postavlja pitanja je li prvostupanjska presuda „oslobađajuća“.

49. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da Sud BiH u smislu utvrđivanja prava na priziv upravo polazi od „kaznenog djela“ koje se apelantu stavlja na teret. Zapravo, Sud BiH zaključuje da apelant

nije oslobođen kaznenog djela u cjelini, već samo za pojedine radnje tog kaznenog djela. Stoga će Ustavni sud analizirati ovaj navod.

50. Prije svega, Ustavni sud nalazi da se presuda, kakva god bila, donosi u odnosu na kazneno djelo, a ne kako Sud BiH navodi za pojedine „radnje izvršenja“ kaznenog djela. Osim toga „radnje izvršenja“ čine bitan, osnovni element u pojmu kaznenog djela, te je radnja konstitutivno obilježje kaznenog djela. Nadalje, u pojmu kaznenog djela, kako je definirano člankom 173. KZ-a, taksativno su navedene radnje izvršenja koje su različite i po svom karakteru, a moglo bi se reći da se iste mogu gradirati i po „intenzitetu“, te u iste spadaju ubijanje, nanošenje snažnog tjelesnog ili duševnog bola, mučenje, silovanje, protuzakonito zatvaranje i ostalo. Također, Ustavni sud primjećuje da se svakom pojedinačnom radnjom navedenom u članku 173. KZ-a, naravno uz ispunjenje ostalih bitnih elemenata za ovo kazneno djelo, ostvaruje biće kaznenog djela. Stoga navodi Suda BiH u ovom pravcu nisu utemeljeni.

51. S druge strane, Sud BiH ukazuje da je apelant i prvostupanjskom presudom optužen za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, stoga nema „oslobađajuće presude“. Ustavni sud u tom pravcu mora podržati stajalište Suda BiH da prvostupanjska presuda nije bila oslobađajuća jer je apelant za isto kazneno djelo (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) i oslobođen i osuđen. Stoga bi se u najboljem slučaju moglo reći da je apelant imao „djelomično oslobađajuću presudu, odnosno „oslobađajući dio presude“ ili, kako je apelant sam naveo, da je oslobođen za izvršenje kaznenog djela po određenim navedenim točkama optužnice, ali što nikako ne korespondira zahtjevu iz zakonske odredbe da je u pitanju „oslobađajuća presuda“. Nadalje, kod činjenice da sve relevantne odredbe ZKP-a navode da je presuda ili osuđujuća ili oslobađajuća, a da nigdje nije navedena „kombinacija“ presuda za isto kazneno djelo, pa ni u članku 317.a) kada se ima u vidu široko polje diskrecije koje je dato državama da uredi svoje sustave glede mogućnosti preispitivanja sudske odluke od strane višeg suda, zaključak Suda BiH da apelantova situacija ne potpada pod iznimke iz članka 317.a) ZKP-a i da se ova odredba odnosi na presudu u cjelini je logičan i opravdan i sukladan jezičnom sadržaju navedene odredbe, kao i ostalih odredbi ZKP-a.

52. Osim toga, Ustavni sud nalazi da unošenje odredbe članka 317.a) ZKP-a u ZKP-u ima svoj *ratio* i u činjenici da je zakonodavac izuzetno, za drastične slučajeve, odnosno u potpunosti različita odlučivanja Suda BiH dao izuzetno mogućnost preispitivanja u odnosu na pravilo o dvostupnjevitosti. Stoga, iz jezičnog sadržaja odredbe proizlazi da volja zakonodavca očigledno nije podrazumijevala mogućnost „cjepkanja“ presude, već presudu u cjelini. Osim toga, imajući u vidu činjenicu da je entitetskim zakonima, kao i u Zakonu o kaznenom postupku Distrikta Brčko odredba o mogućnosti prava na priziv protiv drugostupanjske presude definirana na drugačiji način, odnosno s jasnim

navodom da je priziv dopušten ako je drugostupanjski sud preinačio prvostupanjsku presudu kojom je optuženi oslobođen optužbe i izrekao osuđujuću presudu, Ustavni sud nalazi da je sasvim jasna namjera zakonodavca da u postupcima pred Sudom BiH „suzi“ mogućnost izjavljivanja priziva protiv drugostupanjskih presuda, te je istu jasno regulirao u navedenoj odredbi zahtjevom da se radi o „oslobađajućoj presudi“ u cjelini.

53. Stoga, u konkretnoj situaciji kada apelant nije imao oslobađajuću presudu, kako to izričito navodi članak 317.a) ZKP-a isti nema ni pravo na priziv protiv drugostupanjske presude, te Ustavni sud smatra da nije povrijeđeno pravo na preispitivanje presude iz članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

54. Apelant tvrdi da mu je osporenom presudom povrijeđeno pravo iz članka 7. Europske konvencije.

55. Članak II/2. Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

U Bosni i Hercegovini izravno se primjenjuju prava i slobode garantirani Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao i njezinim protokolima. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.

56. Članak 7. Europske konvencije glasi:

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

57. Iz navoda apelacije proizlazi apelantova tvrdnja da je u konkretnom kaznenom postupku koji je protiv njega vođen kažnjen na osnovu odredaba KZ-a koji je za njega nepovoljniji i stroži, umjesto prema odredbama KZSFRJ koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja kaznenog djela i koji je za njega blaži i povoljniji.

58. Apelant smatra da su redoviti sudovi bili dužni primijeniti relevantne odredbe KZSFRJ, budući da je taj zakon važio u inkriminiranom razdoblju i da je taj zakon blaži od KZBiH koji je

primijenjen u konkretnom slučaju. S obzirom na to, Ustavni sud će ispitati jesu li osporene odluke redovitih sudova sukladne standardima iz članka 7. Europske konvencije.

59. U svezi s tim Ustavni sud podsjeća da je pitanje primjene blažeg zakona u kontekstu odluke Europskog suda u predmetu *Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića* (vidi Europski sud, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. srpnja 2013. godine; u daljnjem tekstu: *Maktouf i Damjanović*) razmatrao u čitavom nizu svojih odluka koje je donio nakon navedene odluke Europskog suda te se s obzirom na navedeno u tom kontekstu, glede uopćenih razmatranja o primjeni blažeg zakona, u cijelosti poziva na obrazloženje tih odluka (vidi, npr. Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 325/08* od 27. rujna 2013. godine, toč. od 35. do 45., i *AP 556/12* od 4. srpnja 2014. godine, toč. od 44. do 50., dostupna na www.ustavnisud.ba), s obzirom da se navedena obrazloženja u tom dijelu u cijelosti odnose i na ovu odluku.

60. Dovodeći prethodna stajališta u svezu s konkretnim predmetom, rukovodeći se načelom Europskog suda prema kojem njegov zadatak nije razmotriti *in abstracto* je li retroaktivna primjena KZBiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina sama po sebi inkompatibilna s člankom 7. Europske konvencije, Ustavni sud nalazi da odgovor na ovo pitanje ovisi o okolnostima svakog predmeta pojedinačno. Te okolnosti ovise o visini izrečene kazne i zapriječene kazne, odnosno ovise o rasponu propisanih kazni prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja kaznenog djela i zakonu na osnovu kojeg je izrečena kazna (KZSFRJ odnosno KZ). U tom kontekstu Ustavni sud konstatira da je kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, kao i kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika bilo definirano u oba zakona (KZSFRJ i KZ) na identičan način, ali je raspon zapriječene kazne različit. U svezi s tim Ustavni sud nalazi da je, s obzirom na visinu izrečene kazne, od posebnog značaja bilo ustanoviti koji je zakon (KZSFRJ ili KZBiH) „blaži“, odnosno povoljniji glede propisane kazne.

61. U svezi s tim, Ustavni sud zapaža da je apelant na temelju osporene presude Suda BiH proglašen krivim za kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz članka 175. stavak 1. toč. a) i b) KZ-a (te mu je za to djelo utvrđena kazna zatvora od 14 godina) i kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz članka 173. toč. c) i e) KZ-a (te mu je za to djelo utvrđena kazna zatvora od 12 godina), dakle za stjecaj kaznenih djela Sud BiH je apelanta (primjenom članka 53. KZ-a) osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 18 godina. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud naglašava da je Sud BiH prilikom primjene materijalnog prava i utvrđivanja blažeg zakona trebao voditi računa i o odredbama o stjecaju kaznenih djela, te usporediti članak 53. KZBiH i članak 48. KZSFRJ kako bi dodatno i s tog aspekta utvrdio koji je zakon blaži za apelanta,

što je Sud BiH u konkretnom slučaju propustio učiniti. Nadalje, budući da je apelantu u konkretnom slučaju za kazneno djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika utvrđena kazna zatvora u trajanju od 14 godina, a da je za kazneno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva utvrđena kazna zatvora u trajanju od 12 godina, a koje su prema odredbama KZ-a bliže najnižoj propisanoj kazni za svako djelo, Ustavni sud smatra da je i u ovom slučaju od posebne važnosti bilo utvrditi koji je zakon blaži (KZSFRJ ili KZBiH), odnosno povoljniji glede propisane minimalne kazne. Osim toga, Ustavni sud u vezi s obrazloženjem osporene presude Suda BiH glede primjene KZ-a kao „blažeg“ zakona s aspekta propisanih kazni, a imajući u vidu zaključak da je smrtna kazna u svakom slučaju stroža od kazne dugotrajnog zatvora, ponovo zapaža da je apelantu izrečena jedinstvena kazna u trajanju od 18 godina, a to dalje znači da je nije bilo potrebno utvrđivati koji zakon propisuje blažu maksimalnu kaznu, već je bilo neophodno utvrditi koji je zakon blaži glede minimalne kazne (vidi *Maktouf i Damjanović*, toč. 67.-69.). Dakle, apelantu nije izrečena kazna dugotrajnog zatvora (iako je postojala mogućnost sukladno članku 53. stavak 2. točka 3. KZ-a), već mu je izrečena jedinstvena kazna u trajanju od 18 godina. To dalje, znači da apelantu nije izrečena kazna za teži oblik kaznenih djela, što bi daljnjim kompariranjem s odredbama KZSFRJ značilo da je postojala mogućnost da se apelantu izrekne kazna u kraćem trajanju u okviru propisanog raspona. S obzirom na navedeno, imajući u vidu zapriječeni raspon kazni prema KZ-u i KZSFRJ, nedvosmisleno proizlazi da je u okolnostima konkretnog slučaja blaži KZSFRJ, s tim da ta okolnost sama po sebi ne znači da bi apelant i dobio manju kaznu od kazne koja mu je izrečena, pogotovu kada se imaju u vidu odredbe članka 38. KZSFRJ (kojim je regulirano trajanje kazne zatvora). Naime, od ključnog značaja je to da je apelant mogao dobiti nižu kaznu da je ovaj zakon i primijenjen (vidi *Maktouf i Damjanović*, točka 70.). Stoga, Ustavni sud smatra da je u okolnostima konkretnog slučaja osporenim presudom povrijeđeno apelantovo pravo iz članka 7. stavak 1. Europske konvencije.

62. Ustavni sud smatra da je radi zaštite apelantovih ustavnih prava dovoljno ukinuti osporenu presudu Suda BiH broj S1 1 K 005379 11 kŽk (veza X-KRŽ-07/336) od 28. studenog 2011. godine i vratiti predmet tom sudu da donese novu odluku sukladno članku 7. stavak 1. Europske konvencije. Ustavni sud ističe da ni u ovom slučaju, kao i u nizu predmeta iz novije prakse u kojima je utvrdio povredu članka II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 7. stavak 1. Europske 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 eventualnom apelantovom puštanju na slobodu, niti o proceduri prema kojoj će Sud BiH donijeti novu odluku. Stoga, ukoliko je apelant upućen na izdržavanje kazne zatvora na osnovu osporene presude koja je sada ukinuta ovom odlukom Ustavnog suda samo u odnosu na primjenu članka 7. Europske

konvencije, o apelantovom lišavanju slobode, zadržavanju ili pritvoru odlučivat će Sud BiH sukladno svojim nadležnostima.

VIII. Zaključak

63. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantovo ustavno pravo iz članka II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članka 7. stavak 1. Europske konvencije jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena KZ-a bila na apelantovu štetu glede izricanja kazne.

64. Ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. st. 1. i 3. toč. b) i d) Europske konvencije u situaciji kada je Ustavni sud iz obrazloženja osporene odluke utvrdio da je sud dao valjane razloge na kojima je utemeljio svoju odluku primjenom relevantnog materijalnog prava, kao i da je apelantu dano vrijeme i mogućnost pripreme obrane, kao i ispitivanja svjedoka koje nije iskoristio.

65. Ustavni sud zaključuje da nije prekršeno pravo na priziv u kaznenim stvarima iz članka 2. Protokola broj 7 uz Europsku konvenciju budući da u apelantovom slučaju nisu ispunjeni zakonski uvjeti za dopuštenost priziva protiv drugostupanjske presude Apelacijskog odjeljenja Suda BiH.

66. Na temelju članka 59. st. (1), (2) i (3) i članka 62. stavak (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.

67. Prema članku VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obvezujuće.

Predsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Mirsad Ćeman