

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u plenarnom sazivu u predmetu broju **AP 1785/06**, rješavajući apelaciju **Abduladhima Maktoufa**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 61. st. 1. i 3. i člana 59. stav 2. alineja 2. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 60/05), u sastavu:

Hatidža Hadžiosmanović, predsjednica

David Feldman, potpredsjednik

Miodrag Simović, potpredsjednik

Valerija Galić, potpredsjednica

Tudor Pantiru, sudija

Mato Tadić, sudija

Constance Grewe, sutkinja

Seada Palavrić, sutkinja

na sjednici održanoj 30. marta 2007. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Odbija se kao neosnovana apelacija **Abduladhima Maktoufa**, podnesena protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine.

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Abduladhim Maktouf (u daljnjem tekstu: apelant), kojeg zastupaju advokati Adil Lozo i Ismet Mehić, podnio je 19. juna 2006. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Sud BiH) broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine. Apelant je istovremeno tražio i donošenje privremene mjere kojom bi se prekinulo izdržavanje kazne utvrđene navedenom presudom Suda BiH do okončanja postupka o apelaciji. Ustavni sud je 12. septembra 2006. godine donio Odluku o privremenoj mjeri kojom je odbio apelantov zahtjev.

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) 15. septembra 2006. godine je zatraženo da dostave odgovore iz navode apelacije.

3. Sud BiH i Tužilaštvo BiH su 2. oktobra 2006. godine dostavili odgovore na apelaciju.

4. Na osnovu člana 26. stav 2. Pravila Ustavnog suda, odgovori su 19. januara 2007. godine dostavljeni apelantu.

III. Činjenično stanje

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

6. Odlukom Suda BiH broj K-127/04 od 1. jula 2005. godine apelant je proglašen krivim za krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 31. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: KZ BiH) i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina.

7. Na izjavljenu žalbu odbrane Apelaciono vijeće Suda BiH je djelimično uvažilo žalbu, ukinulo presudu prvostepenog vijeća i odredilo održavanje pretresa pred Apelacionim vijećem Suda BiH.

8. Nakon održanog pretresa Sud BiH je donio Presudu broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine i apelanta proglasio krivim za kršenje člana 3. stav 1(b) Četvrte ženevske konvencije o zaštiti civilnog stanovništva za vrijeme rata (u daljnjem tekstu: Ženevska konvencija), kao i člana 173. stav 1. tačka e) u

vezi sa članom 31. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine – ratni zločin protiv civilnog stanovništva i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od pet godina.

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

9. Apelant navodi da su postupanjem Suda BiH u osporenoj presudi povrijeđeni član II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine koji garantuje pravo na ličnu slobodu i sigurnost i član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine koji garantuje pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnom postupkom.

10. Pored toga, apelant navodi i povrede člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine kao i čl. 7. i 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija).

11. Svoje navode o povredama navedenih ustavnih prava apelant obrazlaže činjenicom da je primijenjen KZ BiH, a ne, prema apelantovom mišljenju, za njega povoljniji KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnih djela, te ukazuje na nejednaka zakonska rješenja i praktičnu primjenu materijalnog prava na entitetskom nivou.

12. Apelant također smatra da učešće međunarodnih sudija u Vijeću koje je sudilo apelantu, a koje je imenovao OHR, utiče na ustavni princip «neovisnosti» i «nepriistranosti» suda.

13. Osim ovih, apelant ističe i navode koji se tiču načina na koji je u konkretnom slučaju Sud BiH utvrđivao činjenice i primijenio materijalno pravo.

b) Odgovor na apelaciju

14. U svom odgovoru na apelaciju Sud BiH je, između ostalog, naveo da je apelant propustio ukazati na konkretne okolnosti iz kojih proizlazi da sudije nisu bile nezavisne i nepristrane, a navodi da se zbog fizičke neodvojenosti Apelacionog i Krivičnog odjeljenja ne garantuje nepristrana dvostepenost postupka nisu prihvatljivi, zbog čega apelaciju u ovom dijelu treba odbiti. Kada je u pitanju navodno kršenje prava na slobodu i sigurnost apelant, također, nije iznio konkretne navode o kršenju ovog prava niti na osnovu čega smatra da je ovo pravo prekršeno. Sud BiH je podsjetio da je apelantu pritvor određen odlukom tog suda zbog osnova sumnje da je počinio krivično djelo iz čl. 358. i 368. KZ FBiH, a mjeru pritvora je Apelaciono vijeće više puta preispitalo i ustanovljeno je da je zbog postojećih okolnosti, koje su ukazivale na opasnost od bjekstva, mjera pritvora bila opravdana. Dalje, navedeno je da je brojnim primjerima u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda utvrđeno da sudovi imaju pravo koristiti svoju diskreciju pri ocjeni dokaza provedenih u postupku i prihvaćanju onih dokaza kojima će

vjerovati. Sud je odluku protiv apelanta donio na osnovu provedenih dokaza cijeneći ih pojedinačno ili u njihovoj sveukupnoj povezanosti i iz njih je nedvosmisleno zaključeno da je apelant krivično odgovoran za krivično djelo za koje je optužen. Kada je u pitanju primjena materijalnog zakona, Sud BiH je primjenom odredaba KZ BiH iz 2003. godine utvrdio izuzetak od obavezne primjene blažeg zakona utvrđene članom 4.a KZ BiH i u skladu s članom 7. stav 2. Evropske konvencije. U konkretnom slučaju uzima se kao utvrđeno da je optuženom moralo biti poznato da tokom ratnog stanja primjena međunarodnih pravila ima primat i da povreda međunarodno zaštićenih vrijednosti nosi teške posljedice. Na kraju je naglašeno da je u konkretnom slučaju Sud BiH pažljivo analizirao odredbe Evropske konvencije i praksu Evropskog suda za ljudska prava u vezi s članom 4.a KZ BiH i zaključio da je odstupanje od primjene blažeg zakona u predmetima teških kršenja međunarodnih standarda koji se primjenjuju za vrijeme rata opravdano kako je to dodatno obrazloženo pobijanom presudom Apelacionog vijeća. Zbog svega navedenog, predloženo je da Ustavni sud apelaciju odbije kao neosnovanu.

15. Tužilaštvo BiH u svom odgovoru na apelaciju smatra da je apelantov navod u vezi sa imenovanjem i nepristranosti članova sudskog vijeća očigledno neosnovan jer apelacija ne precizira i ne daje dokaze kojim radnjama je vijeće koje je sudilo povrijedilo apelantova prava. Dalje, Tužilaštvo BiH smatra da je apelantov navod u vezi sa određivanjem pritvora i kršenja prava na slobodu i sigurnost u cijelosti neosnovan. Naime, apelantu je pritvor određen zbog drugog krivičnog djela a ne zbog krivičnog djela ratnog zločina. Pritvor zbog krivičnog djela ratnog zločina apelantu je određen tek kasnije, nakon što je optužnicu zbog ovog djela potvrdio sudija za prethodno saslušanje Suda BiH. Tužilaštvo BiH smatra da je Sud BiH ispravno primijenio materijalni krivični zakon u konkretnom predmetu pa su navodi apelacije u tom pravcu, također, neosnovani. Što se tiče apelantovih navoda da je diskriminisan, Tužilaštvo BiH smatra da su i ti navodi neosnovani jer apelant nije ponudio dokaze koji bi učinili vjerovatnim i mogućim da se radi o povredi navedenog ustavnog prava. Tužilaštvo BiH je, na kraju, predložilo da se apelacija odbije kao neosnovana.

V. Relevantni propisi

16. **Član 3. stav 1.b) Četvrte ženevske konvencije o zaštiti civilnog stanovništva u ratu** glasi:

«U slučaju oružanog sukoba koji nema međunarodni karakter i koji izbije na području jedne od visokih stranaka ugovornica, svaka stranka sukoba dužna je primjenjivati barem ove odredbe:

1. S osobama koje izravno ne sudjeluju u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe koje su izvan bojnog ustroja (»hors de combat.«) zbog bolesti,

rana, lišenja slobode ili bilo kojega drugog razloga, u svakoj će se prilici postupati čovječno, bez ikakvoga nepovoljnog razlikovanja utemeljenoga na rasi, boji kože, vjeroispovijedi ili uvjerenju, spolu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju.

U tu su svrhu prema gore navedenim osobama zabranjeni i ostaju zabranjeni, u svako doba i na svakom mjestu, ove radnje:

(...)

b) uzimanje talaca;

(...)»

17. Krivični zakon Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH" br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06 i 55/06)

«Načelo 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 učinjenja krivičnog djela.*

(2) *Ako se poslije učinjenja 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

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

[...]

(Napomena: načelo zakonitosti i propis o vremenskom važenju krivičnog zakona postoji i u KZ FBiH – čl. 4. i 5, u KZ RS – čl. 3. i 4. i u KZ BD BiH – čl. 4. i 5. Međutim, entitetski krivični zakoni i KZ BD BiH ne sadrže odredbu koja bi bila ekvivalent članu 4.a KZ BiH, što znači da ne

inkorporišu u cijelosti odredbu člana 7. Evropske konvencije. Razlog tome je što ovim zakonima nisu ni propisana krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti međunarodnog prava, koja su isključivo propisana u KZ BiH.)

Pomaganje

Član 31.

(1) *Ko drugom s umišljajem pomogne u činjenju krivičnog djela, kaznit će se kao da ga je sam učinio, a može se i blaže kazniti.*

(2) *Kao pomaganje u činjenju krivičnog djela smatra se osobito: davanje savjeta ili uputa kako da se učini krivično djelo, stavljanje na raspolaganje učiniocu sredstava za činjenje krivičnog djela, uklanjanje prepreka za činjenje krivičnog djela te unaprijed obećano prikrivanje krivičnog djela, učinioca, sredstava kojima je krivično djelo učinjeno, tragova krivičnog djela ili predmeta pribavljenih krivičnim djelom.*

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:*

e) prisiljavanje druge osobe upotrebom sile ili prijetnje direktnim napadom na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe, na seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju (silovanje), prisiljavanje na prostituciju, primjenjivanje mjera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protupravno odvođenje u koncentracione 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».

18. Krivični zakon SFRJ («Službeni list SFRJ» br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90)

KZ SFRJ je u dijelu «Glava XVI – Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava» je u članu 142. propisivao krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, za koje je bila propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili smrtna kazna. Ista kazna je bila propisana i za ostala najteža krivična djela iz ove glave KZ SFRJ, i to: genocid (član 141); ratni zločin protiv ranjenika ili bolesnika (član 143) i razni zločin protiv ratnih zarobljenika (čl. 144). KZ SFRJ, za razliku od važećeg KZ BiH, nije u ovoj grupi najtežih krivičnih djela propisivao kao posebna

krivična djela neka najteža djela koja su na međunarodnom nivou smatrana krivičnim djelima, a kao takva su propisana i u važećem KZ BiH, a to su: zločini protiv čovječnosti (član 172. KZ BiH), organizovanje grupe ljudi i podstrekavanje na učinjenje krivičnih djela genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina (član 176. KZ BiH) i povreda zakona ili običaja rata (član 179. KZ BiH). Za sva ova krivična djela KZ BiH propisuje kaznu zatvora najmanje deset godina ili kaznu dugotrajnog zatvora».

Relevantni dokumenti koji reguliraju imenovanje stranih sudija i tužilaca u Tužilaštvu i Sudu Bosne i Hercegovine

19. Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» broj 29/00)

«Član 3.

Uvjeti za obavljanje funkcije

1. Za sudiju Suda imenuje se državljanin Bosne i Hercegovine koji je diplomirani pravnik i ima položen pravosudni ispit i iskustvo u radu u pravosudnim tijelima ili advokatskoj kancelariji u trajanju od najmanje deset godina. [...]

(Napomena: Ova odredba je prestala važiti na osnovu člana 73. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću («Službeni glasnik BiH» broj 15/02.)

Član 65.

Ako se ne izvrši izbor sudija u smislu člana 4. ovog zakona u roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu ovog zakona, sudije može imenovati Visoki predstavnik na period od najviše pet godina.»

20. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu BiH («Službeni glasnik BiH» broj 3/03 i 42/03)

«Član 12.

Član 65. kako je izmijenjen i dopunjen briše se i zamjenjuje se novim članom 65. koji glasi:

'1. U prelaznom periodu može se imenovati jedan broj od najviše šest (6) međunarodnih sudija u posebna vijeća za organizovani kriminal, privredni kriminal i korupciju pri Krivičnom i Apelacionom odjeljenju. Međunarodne sudije ne smiju biti državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje od susjednih zemalja. Prelazni period može trajati najduže četiri godine.

2. Međunarodne sudije neće se smatrati odgovorni u krivičnom ili parničnom postupku za bilo koju radnju počinjenu u vršenju svojih dužnosti prema ovom zakonu.

Član 13.

Ovaj Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine stupa na snagu 01. 02. 2003. godine.»

21. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu BiH («Službeni glasnik BiH» broj 61/04 od 29. decembra 2004. godine)

«Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» br. 29/00, 16/02, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 4/04, 9/04 i 35/04) ovim se mijenja i dopunjava kako slijedi.

[...]

Član 17.

Član 65. mijenja se i glasi:

[...] 4. *U prelaznom periodu više međunarodnih sudija može biti imenovano u Odjel I i Odjel II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja. Međunarodni sudija može biti imenovan i u Odjel I i u Odjel II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja. Međunarodne sudije ne smiju biti državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje od susjednih zemalja.*

5. *Međunarodni sudija Odjela I i Odjela II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja može obavljati dužnosti sudije za prethodni postupak, sudije za prethodno saslušanje ili sudije pojedinca u postupcima pred Odjelom I i Odjelom II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja.*

6. *Međunarodni sudija Odjela I i Odjela II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja može obavljati dužnosti sudije u vijeću u skladu s odredbama člana 24. stav 6. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, uključujući i vijeće u skladu s odredbama člana 16. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka Bosne i Hercegovine, u postupcima pred Odjelom I i Odjelom II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja.*

7. *Međunarodni sudija ne učestvuje u radu bilo kojeg drugog vijeća Krivičnog, Apelacionog ili Upravnog odjeljenja, osim onih propisanih u prethodnim stavovima.*

8. *Međunarodne sudije neće biti krivično gonjeni, hapšeni ili pritvarani, niti mogu odgovarati u građanskom postupku za mišljenja koja daju ili odluke koje donose u okviru svojih službenih dužnosti.*

9. *Međunarodne sudije ovlaštene su da koriste engleski jezik u svim postupcima pred Sudom Bosne i Hercegovine. Prijevod na jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine osigurava sudski tumač.*

Član 18.

Ovaj zakon stupa na snagu osam dana nakon objavljivanja u "Službenom glasniku BiH".»

22. Sporazum između Visokog predstavnika za BiH i Bosne i Hercegovine o uspostavi Ureda registrara Odsjeka I za ratne zločine i Odsjeka II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine te Posebnog odjeljenja za ratne zločine i Posebnog odjeljenja za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva Bosne i Hercegovine (zaključen 1. decembra 2004. godine)

«Član 2.

Ured registrara upravlja procesom odabira i angažovanja međunarodnih sudija koji se imenuju u Odsjek I i Odsjek II Krivičnog i Apelacionog odjeljenja (u daljem tekstu: «međunarodne sudije») i međunarodnih tužilaca koji se imenuju u posebna odjeljenja (u daljem tekstu: 'međunarodni tužioci', i Visokom predstavniku predlaže kvalificirane kandidate u svrhu imenovanja. U slučaju prestanka mandata Visokog predstavnika, kvalificirane kandidate imenuje predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća za Bosnu i Hercegovinu. [...]»

23. Dodatak kojim se mijenja i dopunjuje Sporazum između Visokog predstavnika za BiH i Bosne i Hercegovine o uspostavi Ureda registrara Odsjeka I za ratne zločine i Odsjeka II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine te Posebnog odjeljenja za ratne zločine i Posebnog odjeljenja za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva Bosne i Hercegovine od 1. decembra 2004. godine (potpisan 23. februara 2006. godine i ratificiran u Predsjedništvu BiH 27. jula 2006. godine)

«Izmjena stava 1. člana 2. Sporazuma o Uredu registrara

Član 1.

U stavu 1. člana 2. Sporazuma o Uredu registrara, u drugoj rečenici se riječi: "predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća za Bosnu i Hercegovinu", mijenjaju riječima: "Visoko sudsko i tužilačko vijeće za Bosnu i Hercegovinu". Na kraju druge rečenice dodaje se tačka. [...]»

24. Sporazum između Visokog predstavnika za BiH i Bosne i Hercegovine o Uredu registrara Odsjeka I za ratne zločine i Odsjeka II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda BiH te Posebnog odjeljenja za ratne zločine i Posebnog odjeljenja za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju Tužilaštva BiH kao i o uspostavi tranzicijskog vijeća, kojim se zamjenjuje Sporazum o uspostavi Ureda registrara od 1. decembra 2004. godine i Aneks tog Sporazuma (ovaj Sporazum je zaključen i stupio je na snagu 26. septembra 2006. godine, a objavljen je u «Službenom glasniku BiH» broj 93/06)

«Član 8.

[...] (7) Međunarodne sudije i tužitelje imenuje VSTV. VSTV će osnovati komisiju za imenovanje od najmanje tri člana VSTV-a. [...] Ni jedan kandidat neće biti imenovan bez prethodno obavljenog intervjua. Intervjui se mogu obavljati osobno ili putem telefona.

8) Po isteku mandata međunarodnoga sudije ili tužioca, Ured registrara utvrdit će da li će na to mjesto biti imenovan međunarodni kandidat ili državljanin Bosne i Hercegovine. Ako se imenuje međunarodni kandidat, provodit će se postupak imenovanja utvrđen Pravilnikom VSTV-a, u koordinaciji sa registrarima i predsjednikom Suda, odnosno glavnim tužiocem. Ako se pak imenuje državljanin Bosne i Hercegovine, Ured registrara obavijestit će o tome VSTV šest mjeseci prije isteka tog mandata, kako bi se odmah moglo pristupiti postupku imenovanja koji provodi VSTV.

(9) Komisija za imenovanje iz stava (7) ovog člana provjerava prijave, ocjenjuje i rangira kandidate i daje Vijeću preporuke ko bi trebao biti imenovan. Primjenjuje se član 14, 41. i 42. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine.

(10) Imenovani ili ponovno imenovani mogu biti samo oni međunarodni kandidati za koje je Ured registrara potvrdio da su finansijski uvjeti dogovoreni.

(11) Prije stupanja na službenu dužnost kandidat daje svečanu izjavu u skladu sa članom 47. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću.

(12) Međunarodni sudija ili tužilac imenuje se na najviše dvije godine i može biti imenovan još jednom na najviše dvije godine. Nijedan mandat ne može trajati duže od roka predviđenog u Zakonu o Sudu Bosne i Hercegovine.»

VI. Dopustivost

25. U skladu s članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

26. U skladu s 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.

27. U konkretnom slučaju, predmet osporavanja apelacijom je Presuda Suda BiH broj KPŽ-32/05 od 4. aprila 2006. godine protiv koje nema drugih efektivnih pravnih lijekova mogućih po zakonu. Dalje,

osporenu presudu apelant je primio 26. aprila 2006. godine, a apelaciju je podnio 19. juna 2006. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 16. stav 1. Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 16. st. 2. i 4. Pravila Ustavnog suda, jer nije očigledno (*prima facie*) neosnovana, niti postoji neki drugi formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva.

28. 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

29. Apelant pobija navedenu presudu tvrdeći da mu je postupanjem Suda BiH i Tužilaštva povrijeđeno pravo iz člana II/2. u vezi sa članom II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine, a povredu apelant vidi u činjenici da je prvobitno pritvoren zbog krivičnog djela zloupotrebe položaja i ovlasti. Istovremeno, dok je trajao pritvor, Tužilaštvo BiH je pripremalo optužnicu za djelo ratnih zločina za koje je kasnije i osuđen.

1. Pravo na slobodu ličnosti

Relevantne odredbe Ustava Bosne i Hercegovine glase:

«Član II

Ljudska prava i osnovne slobode

...

2. Međunarodni standardi

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

Član II/3.d) Ustava glasi:

«3. Katalog prava

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

(...)

d) Pravo na ličnu slobodu i sigurnost.»

30. Ustavni sud ukazuje da prema vlastitoj jurisprudenciji i praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) apelant mora navesti povredu svojih prava koje štiti Ustav Bosne i Hercegovine i ove povrede moraju djelovati vjerovatno. Apelacija je očigledno neosnovana ukoliko joj manjkaju dokazi koji, sa dovoljnom jasnoćom, pokazuju da je navedena povreda ljudskih prava i sloboda moguća (vidi Evropski sud, *Vanek protiv Slovačke*, presuda od 31. maja 2005. godine, aplikacija broj

53363/99 i Ustavni sud, Odluka broj *AP 156/05* od 18. maja 2005. godine), ako činjenice u odnosu na koje se podnosi apelacija očigledno ne predstavljaju kršenje prava koje apelant navodi, tj. ako apelant nema „opravdan zahtjev“ (vidi Evropski sud, *Mezőtur-Tiszazugi Vizgazdálkodási Társulat protiv Mađarske*, presuda od 26. jula 2005. godine, aplikacija broj 5503/02), kao i kad se utvrdi da apelant nije „žrtva“ kršenja Ustavom zaštićenih prava.

31. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud će, u konkretnom slučaju, zbog značaja prava na čiju se povredu apelant žali, tj. prava na slobodu iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine, ispitati njegove navode.

32. Što se tiče proceduralne ispravnosti lišavanja slobode, Ustavni sud smatra da je ona izvršena u skladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku, što zadovoljava uvjet iz člana 5. stav 1. Evropske konvencije koji propisuje da „niko ne smije biti lišen slobode izuzev u niže navedenim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom“, a koji se može primijeniti i na odredbu II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine.

33. Apelant, osim što ukazuje na «prevaran» način lišavanja slobode za jedno krivično djelo dok se pripremala optužnica za drugo krivično djelo ne navodi nikakve druge dokaze koji bi ukazali na proceduralni ili neki drugi, suštinski propust, prilikom lišavanja slobode.

34. Što se tiče postojanja razumne sumnje da je apelant izvršio predmetno krivično djelo, što je jedan od osnovnih uvjeta za određivanje pritvora predviđen članom 5. Evropske konvencije i Zakonom o krivičnom postupku, Ustavni sud smatra kako takva sumnja, u razumnim osnovama, u konkretnom slučaju zaista postoji, jer je apelant pravosnažno osuđen za krivično djelo koje mu se stavljalo na teret.

35. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju činjenice u odnosu na koje se podnosi apelacija očigledno ne predstavljaju kršenje prava koje apelant navodi, tj. apelant nema „opravdan zahtjev“ da se poziva na kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije, pa ove apelantove navode odbija kao neosnovane.

2. Pravo na pravično suđenje

36. Apelant smatra da je došlo do povrede prava na pravično suđenje u više elemenata koji su sadržani u ovome principu. Između ostalog, apelant navodi da učešće međunarodnih sudija u Vijeću koje je sudilo u predmetnom postupku predstavlja kršenje principa «neovisnosti» i «nepriistranosti» suda.

37. Član II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine glasi:

«3. Katalog prava

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

(...)

e) pravo na pravično suđenje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom.»

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

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

Nezavisan i nepristran sud

38. Prema standardima prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije svaku odluku mora donijeti nezavisan i nepristran suda, ustanovljen zakonom. Budući da su ovi zahtjevi neraskidivo vezani najčešće je neophodno da se razmatraju zajedno.

Nezavisnost

39. Prilikom odlučivanja je li neki sud nezavisan treba uzeti u razmatranje sljedeće: način postavljanja i trajanje mandata sudija; postojanje garancija protiv vanjskog pritiska i pitanje ostavlja li to tijelo utisak nezavisnosti (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. juna 1984. godine, stav 78). Iz ovoga slijedi da, prvo, sud mora funkcionisati nezavisno od izvršne vlasti i svoje odluke mora zasnivati na svom slobodnom mišljenju, činjenicama i odgovarajućoj pravnoj osnovi. Drugo, nije neophodno doživotno imenovanje sudija ali je potrebno osigurati da vlasti ne mogu sudije otpuštati svojevolumeno i na neprimjerenom osnovi (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Zand, D&R 15* (1979), Izvještaj od 12. oktobra 1978. godine, str. 70). Treće, mora se izbjeći čak i nešto što izgleda kao zavisnost.

40. Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava je rezultirala i sljedećim stanovištima. Osobe sa sudskim ili pravnim kvalifikacijama u sudu predstavljaju jaku indikaciju nezavisnosti suda (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Le Compte protiv Belgije*, presuda od 23. juna 1981. godine, stav 57). Sama činjenica da izvršna vlast imenuje sudije ne mora sama po sebi značiti da sud nije nezavisan (vidi već citiranu presudu *Campbell i Fell*, stav 79). Da bi se utvrdilo kršenje člana 6. Evropske konvencije moralo bi se dokazati da praksa kod postavljanja sudija u cijelosti nije zadovoljavajuća ili da je uspostavljanje određenog suda

bilo pod uticajem motiva koji navode da je bilo pokušaja u smislu uticanja na konačni ishod postupka (vidi već citirani slučaj *Zand, D&R* 15, str. 70).

41. U konkretnom slučaju, u vezi sa nezavisnošću sudija apelacija ukazuje «na subjekte koji su izvršili imenovanje u nametnutim nedemokratskim postupcima». Dalje, u apelaciji je navedeno «dva člana vijeća imenovao je OHR, te se može zaključiti da su bili pristrani kod donošenja odluke u smislu da nisu nastojali da se donese pravična odluka». Također, navedeno je da «sud nije bio nezavisan, s obzirom na činjenicu statusa dva člana vijeća (međunarodnih sudija), te treći član vijeća kao osoba sa malim iskustvom ... nisu mogli donijeti pravičnu odluku», te u nastavku u vezi sa statusom sudija slijedi da njihova «smjenjivost nije definisana, a koja je neophodna da bi se ustanovila njihova nezavisnost».

42. Ustavni sud podsjeća da je u Zakonu o sudu Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik BiH» br. 29/00, 16/02, 24/02, 3/03, 37/03, 42/03, 4/04, 9/04, 35/04 i 61/04), čiji je izvorni tekst nametnut odlukom Visokog predstavnika, kasnije ga je usvojila Parlamentarna skupština BiH, a stupio je na snagu 6. januara 2005. godine, u članu 65. propisano da u prijelaznom periodu, koji ne može trajati duže od pet godina, vijeća Odjela I za ratne zločine i Odjela II za organizovani kriminal, privredni kriminal i korupciju čine domaće i međunarodne sudije. U ove odjele Krivičnog i Apelacionog odjeljenja može biti imenovano više međunarodnih sudija. Ove sudije ne smiju biti državljani BiH ili bilo koje susjedne zemlje. Međunarodni sudija može obavljati dužnost sudije u vijeću u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH, uključujući i vijeće u skladu sa odredbama Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka BiH, a neće biti krivično gonjeni, hapšeni ili pritvarani, niti mogu odgovarati u građanskom postupku za mišljenja koja daju ili odluke koje donose u okviru svojih službenih dužnosti.

43. Visoki predstavnik je, «koristeći se ovlastima koja su mu data u članu V Aneksa 10 o implementaciji civilnog dijela Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH ... prema kojem Visoki predstavnik pomaže kada je to neophodno u rješavanju svih problema koji se pojave u vezi sa implementacijom Mirovnog ugovora..., Konstatujući činjenicu da je u Kominičku Upravnog odbora Vijeća za implementaciju mira, izdatom u Sarajevu 26. septembra 2003. godine, Odbor primio k znanju Rezoluciju Vijeća sigurnosti UN br. 1503, u kojoj između ostalog međunarodna zajednica daje podršku naporima Visokog predstavnika s ciljem uspostave vijeća za ratne zločine,... Konstatujući zajedničku preporuku o imenovanju međunarodnih sudija, koju su potpisali registrar Ureda registrara... te predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH,....Imajući na umu relevantne odredbe Zakona o sudu BiH», 24. februara i 28. aprila 2005. godine donio odluke o imenovanju međunarodnih sudija Finna Lynghjema i Pietra Spera u Odsjek I za ratne zločine Krivičnog i Apelacionog odjeljenja Suda BiH.

44. Prema ovim odlukama o imenovanju međunarodni sudija se u prvom mandatu imenuje na period od dvije godine i može biti ponovno imenovan u skladu sa Zakonom. Između ostalog, međunarodni sudija ne može obavljati druge dužnosti koje nisu kompatibilne sa njegovom sudskom funkcijom i u mjeri u kojoj je to moguće. Svi drugi uvjeti za sudsku službu navedeni u Zakonu odnose se i na ova imenovanja. Međunarodni registrar Ureda registrara obavještava Visokog predstavnika o svakoj pojavi koja može dovesti do spriječenosti postavljenog međunarodnog sudije da vrši svoju funkciju. Za vrijeme mandata postavljeni sudija se mora pridržavati svih standarda profesionalnog ponašanja koje propisuje Sud BiH. Postavljeni međunarodni sudija svoju funkciju sudije obavlja u skladu sa zakonima BiH, donoseći odluke u skladu sa svojim znanjem, sposobnostima, savjesno, odgovorno i nepristrano, jačajući vladavinu prava, te štiteći prava i slobode pojedinaca koje su garantovane Ustavom BiH i Evropskom konvencijom.

45. Ustavni sud je upoznat s uvažanim Mišljenjem o ustavnoj situaciji u BiH i ovlaštenjima Visokog predstavnika i Venecijanske komisije iz marta 2005. godine, čiji se dio, koji se odnosi na odluke Visokog predstavnika i mogućnosti pravnih lijekova protiv njih, odnosno njihove pravosudne kontrole, navodi i u apelaciji. Ustavni sud naglašava kako i sam smatra da obaveze BiH da u javnom međunarodnom pravu saraduje sa Visokim predstavnikom i djeluje u skladu sa odlukama Vijeća sigurnosti UN ne mogu odrediti ustavna prava ljudi koji se nalaze u nadležnosti BiH. Član II Ustava BiH garantuje ljudima na teritoriji BiH najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i predviđa da se Evropska konvencija direktno primjenjuje u BiH i ima prioritet nad svim drugim zakonima. Međutim, konkretna apelacija želi ukazati da su imenovane međunarodne sudije «isključivo zavisne od subjekta koji je izvršio njihovo imenovanje», a ova zavisnost se obrazlaže tako što su «svojim radom nastojali udovoljiti očekivanjima međunarodnih tužilaca koji su učestvovali u postupku zastupajući optužnicu».

46. Nadležnosti odjela Suda BiH u koje se imenuju međunarodne sudije ukazuju bez sumnje da su uključeni određeni instituti međunarodnog krivičnog prava. Afirmacija supranacionalne prirode međunarodnog krivičnog prava, nastala kroz praksu Njemberškog i Tokijskog vojnog suda, Haškog tribunala i Tribunala za Ruandu obuhvata i međunarodne krivične sudove, pa to svakako uključuje i situacije u kojima se u domaće sudove imenuje određeni broj međunarodnih sudija za odlučivanje u navedenim postupcima. S druge strane, imenovanje međunarodnih sudija u Sud BiH izvršio je Visoki predstavnik u okviru svojih ovlaštenja koja proizlaze u osnovi iz rezolucija Vijeća sigurnosti UN donesenih na osnovu Poglavlja VII Povelje UN, te na osnovu preporuke Ureda registrara u skladu sa Sporazumom od 1. decembra 2004. godine, koju je potpisao i predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog vijeća,

nezavisnog tijela nadležnog za sva imenovanja domaćih sudija, što je posebno značajno jer implicira uključenost ovog tijela u postupak koji je prethodio imenovanjima.

47. Ustavni sud smatra da su međunarodne sudije, koje su bili članovi vijeća prilikom donošenja osporavanih presuda, postavljeni na način i u postupku kojim nisu prekršeni standardi pravičnog suđenja iz člana 6. Evropske konvencije, te da su Zakonom o Sudu BiH, Sporazumom od 1. decembra 2004. godine i odlukama o imenovanju stvorene pretpostavke i mehanizmi za osiguranje nezavisnosti tako izabranih međunarodnih sudija kako od domaće izvršne vlasti, tako i od pojedinih međunarodnih autoriteta. Ovako imenovane sudije su obavezne da poštuju i primjenjuju sva pravila koja se inače primjenjuju u domaćim krivičnim postupcima i koja odgovaraju međunarodnim standardima. Mandat ovih sudija je definisan i u toku njegovog trajanja predviđena je kontrola njihovog djelovanja. Njihovo imenovanje je motivisano potrebom da se u prijelaznom periodu uspostave i jačanja domaćih sudova podrže napori ovih sudova u utvrđivanju odgovornosti za teška kršenja ljudskih prava i etnički motivisane zločine, s ciljem osiguranja nezavisnosti i nepristranosti sudstva i provođenja pravde. Ni činjenica da je kasnijim Sporazumom od 26. septembra 2006. godine način imenovanja promijenjen tako što je propisano da međunarodne sudije imenuje VSTV, ne znači automatski da je imenovanje na način koji je bio propisan u vrijeme donošenja osporenih odluka bio suprotan principima nezavisnosti suda u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Ustavni sud smatra da apelacija nije ponudila ubjedljive argumente i dokaze u prilog tvrdnje o zavisnosti postavljenih međunarodnih sudija. Što se tiče navoda iz apelacije o nepostojanju nezavisnosti domaćeg sudije – člana vijeća koji su argumentovani samo pukom činjenicom da je to «osoba sa malim iskustvom», Ustavni sud smatra da su ovi navodi *prima facie* neosnovani i ne zahtijevaju šire obrazloženje. Prema svemu navedenom, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani navodi iz apelacije u pogledu nezavisnosti suda i u vezi s tim kršenja standarda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

Nepriistranost

48. Nepriistranost podrazumijeva da sud ne smije biti opterećen predrasudama u vezi s odlukom koju donosi. Sud ne smije biti pod uticajem vanjskih informacija ili pod bilo kojim drugim pritiskom, već svoje mišljenje mora temeljiti isključivo na onom što je iznijeto na suđenju. Prilikom odlučivanja je li neki sud bio pristran mora se napraviti distinkcija između subjektivnog i objektivnog pristupa pristranosti. Subjektivni pristup se odnosi na ličnu nepristranost članova vijeća i ona se pretpostavlja dok se ne dokaže suprotno (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Hauschildt protiv Danske*, stav 47). Zaključiti da je neki sudija pristran zbog opterećenosti predrasudama moguće je samo kada to postane sasvim jasno na osnovu

njegovog stava tokom postupka ili iz sadržaja presude. «U okviru objektivnog testa mora se odrediti je li, potpuno odvojeno od ličnog ponašanja sudije, bilo dokazivih činjenica koje mogu dovesti do sumnje u njegovu nepristranost. U ovom pogledu čak i dojam može imati izvjesnu važnost. Ono što je ovdje važno jeste povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati javnosti i najviše od svega, kada su u pitanju krivični postupci, koje moraju ulijevati samom okrivljenom. Ovo podrazumijeva da kod odlučivanja postoji li u nekom konkretnom predmetu opravdan razlog za strah da određeni sudija nije nepristran, stav okrivljenog je važan ali ne i odlučujući. Ono što je odlučujuće je da li se takav strah može smatrati objektivno opravdanim» (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Fey protiv Austrije*, presuda od 24. februara 1993. godine, stav 30).

Objektivna nepristranost

49. U apelaciji je navedeno da «Sud BiH nema fizički odvojene objekte, pa se stiče dojam da faktički i ne postoji apelaciono vijeće... bez obzira na način dvostepenosti u Sudu BiH upitno je omogućavaju li svakodnevni kontakti i zajednički rad i garantuju li obezbjeđivanje principa nepristranog dvostepenog suđenja». Ustavni sud smatra da ovi navodi iz apelacije predstavljaju žalbu zbog odsustva objektivne nepristranosti sudskog vijeća u konkretnom slučaju. U jurisprudenciji Ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava veliki broj predmeta se odnosio na situacije kada je sudija imao različite proceduralne uloge u toku postupka (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Piersack protiv Belgije*, presuda od 1. oktobra 1982. godine i Ustavni sud, Odluka broj *AP 255/03* od 15. oktobra 2004. godine). Međutim, u predmetu Ustavnog suda broj *AP 767/04* apelant je, među navodima koji se odnose na nepristranost suda, istakao da su članovi sudskog vijeća dolazili na posao službenim vozilom u kojem je bio i tužilac, te da se uredi sudija i tužilaca nalaze u istoj zgradi. Ustavni sud je zaključio «to zaista u konkretnom slučaju ne dovodi u pitanje ni subjektivnu ni objektivnu nepristranost suda. Naime, ne može se samo na osnovu izjave da su se sudija i tužilac dovezli u istom autu ili da je ured sudije do ureda tužioca zaključiti da su oni u nekakvom dogovoru, te da sud favorizira tužilaštvo u odnosu na odbranu... Iako u konkretnom slučaju Ustavni sud nije našao razloge koji bi ukazivali na bilo kakvu nepristranost suda koja bi dovela do povrede prava na pravično suđenje... sud se mora maksimalno uzdržati, ukoliko je to objektivno moguće, od bilo kakvih neslužbenih kontakata sa strankama u krivičnom postupku dok traje suđenje» (vidi Ustavni sud odluka, broj *AP 767/04* od 17. novembra 2005. godine).

50. Ustavni sud smatra da se zaključak iz citirane odluke može primijeniti i u konkretnom slučaju. Ovo tim prije što se ovdje radi o situaciji kada su različita vijeća istog suda smještena u istoj zgradi i što samo paušalan navod iz apelacije o »svakodnevnim kontaktima i zajedničkom radu« ne može sam po sebi značiti

kršenje principa nepristranosti suda. U istoj ravni treba posmatrati i žalbu iz apelacije koja se odnosi na činjenicu da ne postoji hijerarhijski odnos između Suda BiH i drugih sudova u BiH, te je ovaj sud nadležan i za prvostepeni i za drugostepeni postupak. Prema svemu navedenom, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani navodi iz apelacije koji se odnose na objektivnu nepristranost suda i u vezi s tim kršenje standarda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

Subjektivna nepristranost

51. U pogledu subjektivne pristranosti suda u apelaciji je navedeno da je «sud bio pristran i da su sudije bile opterećene predrasudama, što nisu direktno ispoljile, ali u provedenom dokaznom postupku bile su nesporne činjenice da je apelant Iračanin, arapskog porijekla, te da je kao pripadnik Armije RBiH učestvovao u ratu u BiH u 1993. godini». Dalje, da je izveden dokaz vještačenjem i saslušanjem eksperta za borbu protiv terorizma, pa je «očito da su sudije imale subjektivan dojam o mogućnosti pripadnosti apelanta nekoj od terorističkih organizacija». Također, navedeno je i «u biti dokazi su izvedeni ali nisu uvažavani, jer nakon okončanja dokaznog postupka argumenti odbrane, kao i dokazi koji pobijaju navode optužbe nisu razmatrani». U pogledu pristranosti člana vijeća sudije Finna Lynghjema u apelaciji je navedeno da je on u toku postupka predlagao da odbrana razmisli o sadržaju predmeta *Naletilić protiv Hrvatske*, «što se kasnije ispostavilo da je ustvari sud i donio odluke prije vijećanja, jer se u obrazloženju nezakonite odluke sud upravo pozvao na naprijed navedenu odluku Evropskog suda za ljudska prava».

52. Ustavni sud smatra da apelant, osim paušalnog navoda o predrasudama suda zbog njegovog porijekla, nije dao nikakve dokaze koji bi govorili u prilog takve tvrdnje da je sudsko vijeće ili neki njegov član u bilo kojoj fazi postupka, kao i kod donošenja osporavane presude, imao predrasude u pogledu bilo kojeg apelantovog statusa niti su takve predrasude ispoljene u radu suda. Čak je i u apelaciji navedeno da sudije svoje predrasude „nisu direktno ispoljile“. Prema tome, ostaje samo u domenu spekulacije i apelantove pretpostavke postojanje predrasuda kod sudija. Činjenica da je sud u toku dokaznog postupka, između ostalih, izveo i dokaz vještačenjem i saslušanjem eksperta za terorizam, također, sama po sebi ne može predstavljati osnovu za zaključak o postojanju predrasuda suda u pogledu apalentove pripadnosti nekoj terorističkoj organizaciji. Ustavni sud i ovom prilikom podsjeća da standardi prava na pravično suđenje uključuju slobodu sudova da odlučuju koje je dokaze potrebno izvesti, te da sa jednakom pažnjom moraju odlučiti o izvođenju dokaza koje predlažu i odbrana i optužba. Apelant u apelaciji i sam priznaje da je sud izveo sve dokaze, ali se žali da ih sud nije cijenio na pravilan način.

53. Okolnost da je član sudskog vijeća u toku postupka ukazivao na relevantan slučaj iz prakse Evropskog suda za ljudska prava kao i da se taj slučaj navodi u presudi ne može se smatrati osnovom za zaključak kako taj sudija nije bio nepristran, ili na povredu principa pretpostavke nevinosti, kako to implicira apelacija, već prije ukazuje da je sud slijedio praksu Evropskog suda kao vodeće sudske instance u tumačenju i primjeni standarda iz Evropske konvencije.

54. Ustavni sud razumije da kod apelanta postoji subjektivni strah da sud nije bio nepristran, međutim, iz navoda apelacije i ostale sudu raspoložive dokumentacije se ne može zaključiti da se takav strah može smatrati objektivno opravdanim, jer u tom pravcu ne postoji ni jedan dokaz. Stoga, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani navodi iz apelacije u pogledu nepostojanja nepristranosti suda i u vezi s tim kršenju prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije.

Ocjena dokaza i princip pretpostavke nevinosti (*in dubio pro reo*)

55. Član 6. stav 2. Evropske konvencije propisuje da će svako ko je optužen za krivično djelo biti smatran nevinim dok se njegova krivica ne dokaže u skladu sa zakonom. Ovaj osnovni pravni princip je razrađen i u odredbama Zakona o krivičnom postupku koji je primijenjen u konkretnom slučaju. Evropski sud je zaključio da princip pretpostavke nevinosti *«zahtijeva, inter alia, u vršenju svoje obaveze, da članovi vijeća suda ne trebaju počinjati od unaprijed stvorene ideje da je okrivljena osoba izvršila djelo za koje se tuži; teret dokaza je na optužbi, a svaka sumnja treba ići u prilog okrivljenog»* (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Barbera, Messegue i Jabardo protiv Španije*, presuda od 6. decembra 1988. godine, stav 77). I Ustavni sud je u svojoj praksi uvijek afirmisao ovaj princip i apelacija u tom pravcu osnovano ukazuje na Odluku Ustavnog suda broj AP 661/04. U ovoj Odluci Ustavni sud je naglasio: *«Ukoliko se ustavno pravo na pravično suđenje posmatra u kontekstu važećeg pozitivnog prava u Bosni i Hercegovini, onda se mora primijetiti da bitan segment prava na pravično suđenje čini brižljiva i savjesna ocjena dokaza i činjenica utvrđenih u postupku pred redovnim sudovima. Ovo je jedna od temeljnih odredaba u vezi sa izvođenjem i ocjenom dokaza koja se nalazi u svim važećim procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini, pa i u Zakonu o krivičnim postupku Republike Srpske, u kojem odredba člana 287. stav 2. glasi: '[...]Sud će savjesno i brižljivo ocijeniti svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno[...]', pa čini neodvojiv element prava na pravično suđenje»* (vidi Ustavni sud, Odluku broj AP 661/04 od 21. aprila 2005. godine).

56. U konkretnom slučaju, iz apelacije se, usprkos njene neuobičajene opširnosti, može zaključiti da se žalba zbog navodnog kršenja ovog principa u suštini odnosi na to da sud nije sa jednakom pažnjom cijenio provedene dokaze koji idu na apelantov teret i one koji idu u njegovu korist. Naime, u apelaciji je

navedeno da su «strane u postupku ravnopravno učestvovalе u iznošenju dokaza, u isticanju prigovora, pa su u tom dijelu odredbe ZKP-a BiH zadovoljene u proceduralnim dijelovima, te se suštinski i ne bi imalo šta prigovoriti samoj proceduri ukoliko bi suštinski odluke suda bile u skladu sa sadržajem izvedenih dokaza. U biti, dokazi su izvedeni ali nisu uvažavani, jer nakon okončanja dokaznog postupka argumenti odbrane, kao i dokazi koji pobijaju navode optužbe, nisu razmatrani». I dalje, u pogledu ocjene navoda nekih svjedoka u apelaciji je navedeno «da se u odnosu na ocjenu ovog dokaza vijeće Apelacionog odjela Suda BiH rukovalo subjektivnom ocjenom dokaza protivno obavezujućem principu *in dubio pro reo*, čime se dovodi u pitanje pravičnost suđenja».

57. Ove argumente apelacija je koristila i kod žalbe zbog nepristranosti suda o čemu je Ustavni sud već donio zaključak. Ustavni sud ponovo naglašava svoj stav da nije, općenito, nadležan vršiti provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji su redovni sudovi protumačili pozitivno-pravne propise, osim ukoliko odluke tih sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka redovnog suda krši ustavna prava, tj. ukoliko je redovni sud pogrešno protumačio ili primijenio neko ustavno pravo, ili je zanemario to pravo, ako je primjena zakona bila proizvoljna ili diskriminacijska, ukoliko je došlo do povrede procesnih prava (pravično suđenje, pristup sudu, djelotvorni pravni lijekovi i u drugim slučajevima), ili ukoliko utvrđeno činjenično stanje ukazuje na povredu Ustava Bosne i Hercegovine (vidi Ustavni sud, odluke broj *U 39/01* od 5. aprila 2002. godine, objavljenu u «Službenom glasniku Bosne i Hercegovine» broj 25/02 i broj *U 29/02* od 27. juna 2003. godine, objavljenu u «Službenom glasniku Bosne i Hercegovine» broj 31/03). Također, Ustavni sud naglašava da je van njegove nadležnosti da procjenjuje kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza, ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom. Ovakvu praksu je imao i bivši Dom za ljudska prava, smatrajući da «nije u nadležnosti Doma da procjenu domaćih sudova zamijeni vlastitom procjenom činjenica, ako takvi zaključci ne djeluju neprihvatljivo ili proizvoljno» (vidi bivši Dom za ljudska prava, «*Trgosirovina Sarajevo (DDT)*» protiv *Federacije BiH*, predmet broj *CH/01/4128*, odluka o prihvatljivosti od 6. septembra 2000. godine).

58. Dakle, iako je sebi nametnuo ograničenja u pogledu toga hoće li ispitivati načine na koje su redovni sudovi utvrdili činjenično stanje i ocijenili dokaze, Ustavni sud nije tu mogućnost potpuno isključio, već je svoju nadležnost o tom pitanju ograničio na slučaj da se ispitivanje činjeničnog stanja vrši ako je „postupak sadržavao povredu prava na pravično suđenje u okviru značenja iz člana 6. *Evropske konvencije*“, odnosno „*ukoliko utvrđeno činjenično stanje ukazuje na povredu Ustava*«, ili ukoliko se ocjena dokaza «*doima očigledno proizvoljnom*». U tom pravcu postoje brojni primjeri sudske prakse kada je Ustavni sud ulazio u načine na koje su ocijenili činjenično stanje i dokaze redovni sudovi (vidi

Ustavni sud, odluke broj *U 15/99* od 15. decembra 2000. godine, «Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 13/01, broj *U 14/00* od 4. maja 2001. godine, «Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 33/01; broj *AP 661/04* od 21. aprila 2005. godine, «Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 44/05 od 5. jula 2005). Međutim, u konkretnom slučaju, redovni sud je na zadovoljavajući način obrazložio kako je cijenio pojedine dokaze i kojim se razlozima rukovodio kod njihovog prihvatanja ili odbijanja, a Ustavni sud nije našao da se ocjena dokaza «*doima očigledno proizvoljnom*» što bi zahtijevalo odstupanje od prakse da Ustavni sud ne procjenjuje kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza.

59. Zbog svega navedenog, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani navodi iz apelacije o kršenju principa pretpostavke nevinosti i s tim u vezi kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 2. Evropske konvencije.

Kažnjavanje samo na osnovu zakona

60. Jedan od apelantovih suštinskih navoda se odnosi na odnos predmetnog krivičnog postupka i člana 7. Evropske konvencije, odnosno, kako apelant navodi, osuđen je prema KZ BiH, a ne prema, u vremenu izvršenja, važećem KZ SFRJ, koji predviđa blažu sankciju.

Član 7. Evropske konvencije glasi:

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

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

61. Opseg člana 7. Evropske konvencije je određen konceptom «krivičnog djela» i konceptom «teža kazna». Očigledno je da je značenje riječi krivično djelo tijesno povezano s pojmom «krivične optužbe» iz člana 6. Evropske konvencije. Zbog toga se može reći da je i član 7. primjenjiv na one disciplinske i administrativne odluke koje spadaju pod opseg člana 6. Evropske konvencije. Pojam «kazne» treba tumačiti autonomno da bi se zaštita koja proizlazi iz člana 7. učinila efektivnom. Kako bi kazna mogla da se podvede pod član 7. Evropske konvencije, ona mora biti nametnuta nakon presude za «krivično djelo».

62. Garancija sadržana u članu 7. Evropske konvencije jeste jedan od osnovnih činilaca vladavine prava i zauzima istaknuto mjesto u sistemu zaštite prava zaštićenih Evropskom konvencijom. Član 7.

Evropske konvencije se mora tumačiti i primjenjivati na način kojim se osigurava uspješna zaštita protiv arbitrarnog gonjenja, osude i kazne.

63. U predmetu *Kokkinakis protiv Grčke* (serija A, br. 260-A, str. 22, stav 52) Evropski sud je tumačio član 7. Evropske konvencije tako da taj član nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu aplikanta već taj član, mnogo općenitije, sadrži načelo da samo zakon može ustanoviti postojanje krivičnog djela i da samo zakon može propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), kao i načelo da se krivični zakon ne smije široko tumačiti na štetu optuženog. U navedenom predmetu Evropski sud je posebno istaknuo da je ovaj zahtjev člana 7. Evropske konvencije zadovoljen kada pojedinac iz sadržaja relevantne odredbe, ukoliko je potrebno, uz pomoć tumačenja Suda, može shvatiti koje krivične radnje i propusti ga mogu učiniti krivično odgovornim.

64. Ustavni sud prihvata tumačenje člana 7. Evropske konvencije na način kako ga je tumačio Evropski sud i ukazuje na neophodnost da se zahtijeva kvalitet, pristupačnost i predvidivost zakona koji se primjenjuju i nezaobilazni element sudskog tumačenja s ciljem razjašnjenja eventualno spornih odredaba i davanja određenim pojmovima smisao i svrhu u stvarnom životu, što i jeste suština reguliranja ljudskih ponašanja zakonima. Samim tim, član 7. Evropske konvencije, prema mišljenju Ustavnog suda, ne može se tumačiti tako što će se stavljati izvan zakona postepena pojašnjenja pravila krivične odgovornosti sudskim tumačenjem od slučaja do slučaja, pod uvjetom da je rezultat razvoja u skladu sa suštinom krivičnog djela i može se razumno predvidjeti.

65. U konkretnom slučaju apelant izričito navodi da je djelo za koje je osuđen i u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo i po tada važećim propisima, ali posebno ukazuje na primjenu materijalnog prava u njegovom slučaju i problematizira prvenstveno koncept «blaže kazne» odnosno «blažeg zakona». On smatra da je KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela za koje je apelant osuđen, a za koje je, između ostalog, za najteže oblike bila predviđena i smrtna kazna, blaži zakon od KZ BiH koji propisuje kaznu dugotrajnog zatvora za najteže oblike krivičnog djela za koje je apelant osuđen.

66. U vezi sa ovim apelantovim navodima, Ustavni sud smatra da nije neophodno detaljno obrazlagati koncept «blažeg zakona» iako je činjenica da Statut međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, kojeg su usvojile UN 1993. godine, u članu 24. predviđa:

«1. Krivične sankcije koje izriče pretresno vijeće ograničene su na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne zatvora pretresno vijeće imat će u vidu opću praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije.»

2. Prilikom izricanja kazni pretresna vijeća uzimaju u obzir faktore poput težine krivičnog djela i individualnih prilika osuđenika.»

67. Iako usvojen 1993. godine, Statut u članu 1. predviđa:

«Nadležnost Međunarodnog suda

Međunarodni sud je ovlašten da krivično goni osobe odgovorne za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine, u *sukladno odredbama ovog Statuta.*»

Dakle, postoji retroaktivno važenje odredbi Statuta od 1991. godine.

68. U praksi, ni u jednoj državi bivše Jugoslavije u zakonodavstvu nije postojala mogućnost izricanja doživotnog zatvora niti dugotrajnih zatvorskih kazni, a što je Međunarodni krivični sud za zločine na području bivše Jugoslavije često činio (slučaj Krstić, Galić itd.). Istovremeno, koncept KZ SFRJ je bio takav da nije predviđao postojanje dugotrajnog niti doživotnog zatvora nego je za najteža krivična djela propisivao smrtnu kaznu, a za lakše oblike maksimalne zatvorske kazne do 15 godina zatvora. Dakle, jasno je da se ne može odvojiti jedna sankcija od cjelokupnosti cilja koji se želio postići kaznenom politikom u vrijeme važenja tog zakona.

69. U vezi s tim, Ustavni sud smatra da nije moguće jednostavno «odstraniti» jednu sankciju i primijeniti druge, blaže sankcije i time praktično ostaviti neadekvatno sankcionirana najteža krivična djela. Međutim, Ustavni sud neće detaljno obrazlagati i analizirati ove propise nego će posebnu pažnju obratiti na izuzetke od člana 7. stav 1. Evropske konvencije, a koji su, prema općeprihvaćenom mišljenju, regulirani stavom 2. istog člana.

Izuzeci od primjene člana 7. stav 1. Evropske konvencije

70. U ovakvoj situaciji, Ustavni sud smatra da stav 2. člana 7. Evropske konvencije upućuje na «opća pravna načela civiliziranih naroda», a da odredba III/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine utvrđuje da su «opća načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta». Iz ovakve odredbe proizlazi da su ta načela sastavni dio pravnog poretka u Bosni i Hercegovini, čak i bez posebne ratifikacije konvencija i drugih dokumenata koji reguliraju njihovu primjenu, pa samim tim i Statuta Međunarodnog suda za gonjenje osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije iz 1993. godine (UN dok. S25704).

71. Ustavni sud podsjeća na činjenicu da je Ustav Bosne i Hercegovine dio međunarodnog ugovora, što ne umanjuje njegov značaj ali dovoljno jasno ukazuje na poziciju međunarodnog prava u pravnom

poretku Bosne i Hercegovine, te da je niz međunarodnih konvencija, između ostalih i Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977), uzdignuto na ustavni princip i imaju svoju direktnu primjenu u Bosni i Hercegovini. Nije nevažno napomenuti da je i bivša SFRJ bila potpisnica ovih konvencija, a da je Bosna i Hercegovina, kao međunarodno priznati subjekt, u momentu proglašenja nezavisnosti, 6. marta 1992. godine, prihvatila sve konvencije koje je ratifikovala bivša SFRJ, a time i navedene konvencije koje je kasnije preuzeo i Aneks 4 odnosno Ustav Bosne i Hercegovine.

72. Tekst člana 7. stav 1. Evropske konvencije je ograničen na predmete u kojima je optuženi proglašen krivim i osuđen za počinjeno krivično djelo. Član 7. stav 1. Evropske konvencije, međutim, ne zabranjuje retroaktivnu primjenu zakona niti uključuje princip *non bis in idem*. Član 7. stav 1. Evropske konvencije također ne bi mogao biti primijenjen na slučajeve kao u Ujedinjenom Kraljevstvu u Zakonu o ratnim štetama iz 1965. godine, prema kojem je pravilo običajnog prava, koje je zahtijevalo kompenzaciju privatne imovine u određenim okolnostima za vrijeme ratnih razaranja, vraćeno na snagu sa retroaktivnim dejstvom.

73. Ustavni sud ističe da član se 7. stav 1. Evropske konvencije tiče krivičnih djela «prema nacionalnom ili međunarodnom pravu». Isto tako, Ustavni sud posebno ukazuje na tumačenja člana 7. u nizu tekstova koji razmatraju ovu problematiku, a koji se zasnivaju na stavovima Evropskog suda prema kojima osuda, koja je rezultat retroaktivne primjene nacionalnog prava, neće predstavljati kršenje člana 7. Evropske konvencije ukoliko je osuda zasnovana na zločinu prema «međunarodnom pravu» u vrijeme kada je djelo počinjeno. Ovakav stav je posebno relevantan za predmetni i slične slučajeve jer suštinsko pitanje koje proizlazi iz apelacije jeste upravo pitanje primjene, prije svega međunarodnog prava, odnosno Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977), a ne pitanje primjene jednog ili drugog krivičnog zakona, bez obzira na njihov sadržaj i sankcije koje predviđaju.

74. Pored navedenoga, Ustavni sud ukazuje, a to se odnosi i na pitanje retroaktivne primjene krivičnog zakonodavstva i na pitanje «blaže kazne», da je član 7. Evropske konvencije, u vrijeme neposredno nakon Drugog svjetskog rata, sa posebnom namjerom formuliran da sadrži opće principe prava koje su usvojili civilizirani narodi pri čemu je pojam «civilizirani narodi» preuzet iz člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, čija se sudska praksa prihvata kao treći formalni izvor međunarodnog javnog prava. Drugim riječima, Statut Međunarodnog suda pravde se odnosi na države članice tog suda, a pravila koja on utvrđuje predstavljaju izvor prava koji se odnosi čak i na općinske nivoe vlasti. U kontekstu Statut

Međunarodnog suda pravde, slično kao i član 7. Evropske konvencije, izlazi iz okvira nacionalnog prava i odnosi se na «narode» općenito. U skladu s tim, Ustavni sud smatra da se standardi za njihovu primjenu moraju tražiti u tom kontekstu, a ne samo u nacionalnom okviru.

75. Ustavni sud dalje podsjeća da *Travaux preparatoires* upućuje da je suština formulacije stava 2. člana 7. Evropske konvencije sračunata **«da učini jasnim da član 7. ne utiče na zakone koji su usvojeni pod izuzetnim okolnostima nakon kraja Drugog svjetskog rata, a koji su bili usmjereni na kažnjavanje ratnih zločina, izdaje i kolaboracije sa neprijateljem i nije mu cilj niti moralna niti pravna osuda takvih zakona»** (X protiv Belgije, br. 268/57, 1 Godišnjak 239 (1957). Prijevod u 3. digestu 34. Cf. *De Becker protiv Belgije*, br. 214/56, 2 Godišnjak 214 (1958)). U stvari, tekst člana 7. Evropske konvencije nije restriktivan i treba biti interpretiran na dinamičan način da obuhvati i druga djela koja uključuju temeljno nemoralno ponašanje koje je općenito prihvaćeno kao krivično u nacionalnim pravima. U kontekstu navedenog se može posmatrati i Zakon o ratnim zločinima, usvojen 1991. godine u Ujedinjenom Kraljevstvu, koji je potvrdio da Velika Britanija ima retroaktivnu nadležnost da sudi svakom pojedincu na temelju univerzalne nadležnosti za djela ubistva, masakriranja ili drugih djela koja predstavljaju ratni zločin počinjen u Njemačkoj ili na drugoj teritoriji pod njemačkom okupacijom tokom Drugog svjetskog rata.

76. Sve navedeno, prema mišljenju Ustavnog suda, jasno utvrđuje da su ratni zločini «zločini po međunarodnom pravu» u univerzalnom smislu nadležnosti za procesuiranje tako da i osuda za takva djela, prema zakonu koji je naknadno propisao i utvrdio određena djela kao krivična i propisao posebnu krivičnu sankciju, a koji to nisu bili po zakonodavstvu koje je bilo na snazi u vrijeme kada su djela počinjena, ne bi bilo suprotno članu 7. stav 1. Evropske konvencije. Evropski sud za ljudska prava je u predmetu broj 51891/99, *Naletilić protiv Hrvatske*, donio odluku 4. maja 2000. godine iz koje proizlazi da je aplikanta optužilo Tužilaštvo Međunarodnog krivičnog suda za bivšu SFRJ da je počinio ratni zločin na području Bosne i Hercegovine i da je pred Evropskim sudom za ljudska prava isticao identične prigovore kao i apelant u konkretnom slučaju, tj. ukazivao na primjenu «blažeg zakona», odnosno da Krivični zakon Hrvatske propisuje blažu krivičnu sankciju nego Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu SFRJ i uputio na primjenu člana 7. Evropske konvencije. Evropski sud za ljudska prava je u svojoj presudi, kojom je razmatrao primjenu člana 7. Evropske konvencije, istakao: **«U pogledu aplikantovih navoda da ga može ICTY osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi ukoliko bi im bilo omogućeno da vrše svoju nadležnost i okončaju postupak protiv njega, Sud primjećuje da čak i pod pretpostavkom da je član 7. primjenjiv u konkretnom slučaju, specifična odredba koja bi se mogla primijeniti bi**

bila odredba stava 2. prije nego stava 1. člana 7. Konvencije. To znači da druga rečenica člana 7. stav 1. Konvencije, na koju se pozvao aplikant, ne može biti primijenjena. Slijedi da je aplikacija očigledno neosnovana... i bit će odbačena...»

77. Konačno, Ustavni sud podsjeća i da su Nirnberški i Tokijski procesi vođeni 1945. i 1946. godine, u vremenu nakon Drugog svjetskog rata za počinjene zločine koji su tek kasnije, Ženevskom konvencijom, propisani kao djela koja se karakteriziraju kao ratni zločini, zločini protiv čovječnosti, zločin genocida itd. definirali agresivni rat kao «međunarodni zločin», a što je potvrdila i Međunarodna pravna komisija u svom Godišnjaku iz 1957. godine broj II. I u to vrijeme su vođene slične rasprave oko principa «*nullum crimen nulla poena sine lege*». Slično je i sa Statutom Međunarodnog suda za gonjenje osoba odgovornih za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije koji je usvojen 1993. godine (UN dok. S25704).

78. Sasvim je jasno da je koncept individualne odgovornosti za djela, počinjena protivno Ženevskoj konvenciji ili odgovarajućim nacionalnim zakonima, vrlo blizak konceptu zaštite ljudskih prava jer upravo ljudska prava i konvencije koje ih štite se odnose na pravo na život, pravo na fizički i psihološki integritet osobe, zabranu ropstva i torture, zabranu diskriminacije i sl. i njihovo kršenje su predstavljali povod za pravno reguliranje ovih, najtežih zločina. Onemogućiti zaštitu žrtve, odnosno, neadekvatno sankcionirati počinitelje zločina, ne čini se, prema mišljenju Ustavnog suda, kao zadovoljenje principa pravičnosti i vladavine prava, što član 7. Evropske konvencije jeste, a koji u stavu 2. i dopušta ovaj izuzetak od pravila iz stava 1. tog člana.

79. Zbog svega navedenog, a imajući u vidu i primjenu člana 4.a KZ BiH u vezi sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju pitanje primjene KZ BiH u postupku pred Sudom BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije.

Diskriminacija u vezi sa čl. 6. i 7. Evropske konvencije

80. Apelant smatra da je žrtva diskriminacije u vezi sa poštivanjem prava na pravičan postupak i u vezi sa primjenom člana 7. Evropske konvencije. Naveo je da je Sud BiH njegov predmet drukčije riješio nego što entitetski sudovi rješavaju identične predmete u drugim sudskim postupcima. Apelant smatra da je imao pravo na identičan sudski ishod.

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

“Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je spol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i

drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.”

Član 14. Evropske konvencije glasi:

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

82. Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, diskriminacija nastupa ako se osoba ili grupa osoba, koje se nalaze u analognoj situaciji, različito tretiraju na osnovu spola, rase, boje, jezika, vjere (...) u pogledu uživanja prava iz Evropske konvencije, a ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav tretman, ili upotreba sredstava naspram željenog cilja koji nisu u proporcionalnom odnosu (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Belgijski jezični slučaj*, presuda od 9. februara 1967, serija A, broj 6, stav 10). Pri tome, nevažno je da li je diskriminacija posljedica različitog zakonskog tretmana ili primjene samog zakona (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Irska protiv Velike Britanije*, presuda od 18. januara 1978, serija A, broj 25, stav 226).

83. Različit tretman u pogledu različite primjene identičnih zakona u identičnim situacijama treba da se uzme u obzir u slučajevima u kojim sudovi ne uživaju pravo slobodne procjene, kao što je slučaj s odmjeraivanjem kazne u sličnim krivičnim predmetima. U takvim slučajevima treba poštovati nezavisnost sudova u pogledu njihovog odlučivanja (vidi aplikaciju bivšoj Evropskoj komisiji za ljudska prava, E 15252, u predmetu *K. protiv SR Njemačke*, od 21. novembra 1990). Ipak, ako ne postoji slobodna procjena, identični predmeti bi trebali biti odlučeni na identičan način. Takva obaveza proizlazi iz principa pravne sigurnosti, koji operira kao sastavni element principa vladavine zakona unutar demokratskog društva u pogledu svih ustavnih prava (vidi *mutatis mutandis* presudu Evropskog suda za ljudska prava, *Iatridis protiv Grčke*, od 25. marta 1999, Izvještaji i odluke 1999-II, stav 58).

84. Ipak, različita primjena zakona u sličnim predmetima dozvoljava se ako iza nje stoji razuman i opravdan razlog. Ovo je slučaj, naprimjer, kada je odluka koja se pobija zakonita i ustavna (vidi Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluku broj *U 149/03* od 28. novembar 2003. godine). U navedenoj odluci Ustavni sud je utvrdio da ne postoji diskriminacija u situaciji kada se apelanti pozivaju na različit tretman, odnosno različite sudske odluke o istim ili sličnim pitanjima u kojima su odbijeni zahtjevi apelanata, a u drugim slučajevima (postupcima) je udovoljeno zahtjevu tužilaca, kada se utvrdi da su sudske odluke apelanata donesene u skladu sa zakonom i Ustavom Bosne i Hercegovine, a odluke na koje apelanti

ukazuju kao primjer različitog tretmana, iako nisu bile predmet ispitivanja Ustavnog suda, upućuju na nezakonito i neustavno postupanje redovnih sudova.

85. Iz navedenog proizlazi da u **situaciji kada nadležni sud utvrdi da je odluka koja je predmet osporavanja ustavna, a apelant se poziva na nejednak tretman u odnosu na druge slučajeve čija ustavnost nije osporena, takvoj apelaciji očigledno nedostaje pravna osnova**, Takvo tumačenje vodi ograničenju principa zabrane različitog tretmana u smislu principa pravne sigurnosti, ali je u skladu sa principom pravne države iz člana 1/2. Ustava Bosne i Hercegovine. Naime, u takvim slučajevima princip pravne države ima prevagu.

86. Da bi utvrdio diskriminaciju, Ustavni sud, prema definiciji *Belgijskog jezičnog slučaja*, mora analizom predmetnog slučaja doći do zaključka radi li se o: (a) različitom tretmanu, (b) analognoj situaciji, (c) iz nekog od razloga navedenih u odredbi o zabrani diskriminacije, (d) bez objektivnog i razumnog opravdanja za takav tretman. Ipak, radi racionalnosti postupka, Ustavni sud će prvo utvrditi je li osporena presuda u skladu s Ustavom Bosne i Hercegovine, što kao posljedicu može imati, ukoliko se utvrdi da je osporena odluka ustavna, odbijanje apelacije kao neosnovane zbog nedostatka pravnih argumenata kojima bi apelant mogao dokazati diskriminaciju.

87. U pogledu ovih apelantovih navoda, **Ustavni sud ističe da je predmet razmatranja u ovom predmetu primjena ustavnih prava i prava iz Evropske konvencije na konkretni predmet u svjetlu KZ BiH, a ne zakonska rješenja na nivou entiteta i praksa u primjeni na entitetskom nivou**. U svakom slučaju, u kontekstu ovih apelantovih navoda, Ustavni sud smatra da zakoni entiteta moraju biti usklađeni sa zakonima na nivou države jer bi drukčija zakonska rješenja mogla voditi u eventualnu diskriminaciju osoba kojima se sudi na nivou entiteta za ista krivična djela. Prema tome, konkretni slučaj ne može predstavljati povod za Ustavni sud da utvrđuje jesu li postupci u sličnim slučajevima pred entitetskim sudovima u skladu ili ne s Ustavom Bosne i Hercegovine. **Osim toga, Ustavni sud posebno ukazuje na činjenicu da entitetski krivični zakoni uopće ne sadrže odredbe koje se tiču «krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom» (a što sadrži KZ BiH) niti imaju ugrađenu odredbu ekvivalentnu članu 4.a KZ BiH, tj. nemaju ugrađen član 7. Evropske konvencije u svojim odredbama.**

88. Ustavni sud primjećuje da entitetsko krivično zakonodavstvo ne sadrži odredbe o krivičnim djelima zločina protiv čovječnosti i ratnim zločinima što svoje opravdanje ima u činjenici da se radi o krivičnim djelima koja se tiču povrede pravila međunarodnog prava i država ih reguliše jedinstveno - državnim zakonom. S druge strane, činjenica je da će za ova krivična djela, propisana državnim zakonom, suditi i

sudovi u entitetima, što znači da moraju primijeniti i principe i garancije međunarodnog krivičnog prava koje je inkorporisano u ZKP BiH (dakle i član 7. Evropske konvencije tj. član 4.a KZ BiH), a posebno imajući u vidu ustavnu obavezu da direktno primjenjuju Evropsku konvenciju.

89. Zbog svega navedenog **Ustavni sud smatra da “nedostatak” entitetskih zakona u smislu nepropisivanja ovih djela i garancija nameće dodatnu obavezu entitetskim sudovima da, kada sude za krivična djela ratnih zločina, moraju primijeniti Krivični zakon Bosne i Hercegovine i druge relevantne zakone i međunarodne dokumente primjenjive u Bosni i Hercegovini. Iz navedenog proizlazi i obaveza entitetskih sudova da slijede i sudsku praksu Suda BiH, kao državnog suda. U suprotnom, drukčijim postupanjem, sudovi u entitetima bi kršili princip pravne sigurnosti i vladavine prava.**

90. U postupcima koji se vode pred Sudom BiH, a koji se vode na osnovu KZ BiH i ZKP BiH, odnosno zakona za koje u ovom predmetu nije utvrđeno postojanje povrede ustavnih prava niti prava iz Evropske konvencije, je neosnovano pozivanje na diskriminaciju zbog postupanja sudova i zakonodavstva na entitetskom nivou. Ovakva praksa u postupanju sudova na različitim nivoima je, vjerovatno, posljedica nepostojanja suda na nivou Bosne i Hercegovine koji bi mogao vršiti usklađivanje sudske prakse svih sudova u Bosni i Hercegovini i time doprinijeti punoj vladavini prava u Bosni i Hercegovini. Osim toga, prema stavu Ustavnog suda, pitanje neusklađenosti zakona i sudske prakse na različitim nivoima može otvoriti pitanje usklađenosti entitetskih sa zakonima Bosne i Hercegovine, a nikako usklađivanje zakona Bosne i Hercegovine sa entitetskim zakonodavstvom. **Međutim, različito postupanje na entitetskim sudovima nužno ne vodi u diskriminaciju osoba kojima se sudi na nivou Bosne i Hercegovine sve dok se eventualno ne utvrdi da postoji povreda Ustava Bosne i Hercegovine ili Evropske konvencije u zakonima na nivou Bosne i Hercegovine.** Ustavni sud je primijetio ovakvu praksu i različita zakonska rješenja na entitetskom nivou, ali u ovom predmetu ne može vršiti svoju nadležnost iz člana VI/3.a) Ustava Bosne i Hercegovine jer ne postoji zahtjev za ocjenu ustavnosti ovih zakona koji je podnijelo ovlašteno lice.

91. Dakle, presuda Suda BiH, a imajući u vidu zaključak u pogledu prethodnog razmatranja člana 7. Evropske konvencije i zaključak u pogledu navoda o «pristranosti» Suda BiH i drugih aspekata člana 6. Evropske konvencije, za koje je Ustavni sud utvrdio da nema povrede ustavnih niti prava iz Evropske konvencije, je zasnovana na zakonskim odredbama čija ustavnost nije, prema mišljenju Ustavnog suda, upitna. U skladu s navedenim, Ustavni sud zaključuje da apelantu nedostaje pravna argumentacija da bi dokazao da je u postupku pred Sudom BiH, za koji je Ustavni sud prethodno utvrdio da je proveden u

skladu sa čl. II/3.d) i II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 5, 6. i 7. Evropske konvencije, diskriminiran po bilo kojoj osnovi. Samim tim, nije potrebno da se ulazi u pitanje je li postojao različit tretman, analogna situacija i osnova diskriminacije u pogledu drugih građana koji su ostvarivali slična prava pred drugim sudovima u Bosni i Hercegovini, posebno imajući u vidu činjenicu da se apelant nije pozvao na primjenu nekih drugih relevantnih odredaba o zabrani diskriminacije, a koji su primjenjivi u Bosni i Hercegovini.

92. Ustavni sud zaključuje da osporena presuda Suda BiH nije povrijedila apelantovo pravo na pravičan postupak iz člana II/3.e) u vezi s članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. u vezi s članom 14. Evropske konvencije, kao ni član 14. u vezi s članom 7. Evropske konvencije.

VII. Zaključak

93. Ustavni sud zaključuje da nema povrede prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine u situaciji kada je apelant pritvoren za jedno krivično djelo dok se istovremeno pripremala optužnica za drugo krivično djelo. Ustavni sud je zaključio da nema povrede principa «neovisnosti» i «nepriistranosti» u činjenici da je sudije koje sude u vijećima za ratne zločine imenovao Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu, kao ni činjenica da se Sud BiH i Tužilaštvo nalaze u istoj zgradi. Dalje, Ustavni sud je utvrdio da u konkretnom slučaju nema povrede prava na pravično suđenje, a u vezi s primjenom principa *in dubio pro reo* kada sud izvede sve dokaze, a samo nekim dokazima vjeruje i koristi ih kao osnovu za osuđujuću presudu. Ustavni sud je zaključio da nema povrede člana 7. Evropske konvencije jer stav 2. tog člana dopušta izuzetke kada se radi o predmetima koji se tiču ratnih zločina i zločina za kršenje humanitarnog prava koje su prihvatili «civilizirani narodi», a predmetni slučaj predstavlja izuzetak od pravila iz stava 1. člana 7. Evropske konvencije. Konačno, Ustavni sud je utvrdio da apelant nema pravnih argumenata pozivati se na navodnu diskriminaciju kada se u konkretnom postupku ne utvrdi povreda bilo kojeg ustavnog prava niti povreda prava iz Evropske konvencije.

94. Na osnovu člana 61. st. 1. i 3. Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke. Sastavni dio ove odluke čini i izdvojeno mišljenje o neslaganju sudije Mate Tadića.

95. Prema članu VI/4. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće.

Predsjednica
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Hatidža Hadžiosmanović

Prilog:

- Izdvojeno mišljenje sudije Mate Tadića

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE MATE TADIĆA SUPROTNO ODLUCI USTAVNOG SUDA U
PREDMETU BROJ AP 1785/06 OD 30. MARTA 2007. GODINE

Na osnovu člana 41. stav 2. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine («Službeni glasnik Bosne i Hercegovine» broj 60/05), izdajam svoje mišljenje, suprotno mišljenju većine sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u navedenoj odluci iz sljedećih razloga:

1. Ovaj predmet pokreće više ustavnih pitanja u pogledu zaštićenih prava, kao i više pitanja garantiranih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.
2. Prilikom odlučivanja o otvorenim pravnim pitanjima u ovom predmetu Ustavni sud nije postigao konsenzus, a ja sam jedan od onih koji se nije u cijelosti saglasio s usvojenom odlukom.
3. Prije svega moram naglasiti da se s najvećim dijelom odluke Ustavnog suda BiH slažem s većinom koja je glasala za ovakvu odluku. To se odnosi na pravno stanovište i argumente koji su dati na apelantove navode o povredi člana II/2. (Ljudska prava i osnovne slobode - Međunarodni standardi) i II/3.d) (Pravo na osobnu slobodu i sigurnost) Ustava Bosne i Hercegovine.
4. U odnosu na član II/3.e) Ustava BiH i član 6. stav 1. Evropske konvencije o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda - Pravo na pravično suđenje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u svezi krivičnog postupka, dio koji se odnosi na nepristranost suda u cijelosti je prihvatljiv.
5. Onaj dio istog pravnog pitanja koji se odnosi na neovisnost sudija u načelu podržavam, ali skrećem pažnju da je ovaj dio trebalo drukčije obraditi i dati druge argumente. Naime, sve do potpisivanja novog Sporazuma 26. 9. 2006. godine, pitanje standarda neovisnosti sudija u odnosu na međunarodne sudije je vrlo upitno. Treba podsjetiti da ih je u početku imenovao Visoki predstavnik na period od dvije godine, da ih je ponovo mogao imenovati na novi mandat od dvije godine, da nisu podlijegali nikakvoj domaćoj kontroli, poznavanju domaćih propisa, da nisu čak, u početku, davali zakletvu u smislu poštivanja Ustava BiH i zakona Bosne i Hercegovine, da uživaju apsolutni imunitet za sve što učine itd., što sve dovodi u ozbiljnu sumnju standard neovisnog sudije. Između ostalog jedan od razloga potpisivanja Sporazuma od 26. 9. 2006. godine bio je da se otklone sumnje u njihovu ovisnost i da se u njihovo imenovanje što više uključe domaće institucije, iako je i po ovom sporazumu izostala bilo kakva njihova odgovornost za propuste u vršenju ove dužnosti. Međutim, Sporazumom iz 2004. godine je učinjen značajan korak naprijed u ispunjenju standarda neovisnosti. Stoga je Ustavni sud trebao više koristiti argumente iz Zakona o sudu BiH, Sporazuma iz 2004. godine i nedostatak bilo kakvog konkretnog navoda koji bi doveo u pitanje neovisnost sudija, radi čega na kraju, bez obzira na ove djelimične nedostatke, mogu podržati zaključak većine u pogledu nepostojanja povrede.
6. Također podržavam i dio koji se odnosi na ocjenu dokaza i princip pretpostavke nevinosti (*in dubio pro reo*) tačke 55-59. obrazloženja Odluke.
7. Dio s kojim se nisam složio s većinom odnosi se na **kažnjavanje samo na osnovu zakona** - tačke 60. do 90. obrazloženja Odluke.
8. Moj stav je da pred domaćim sudovima treba primijeniti blaži zakon, tj. zakon koji je vrijedio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Koji je zakon blaži nije tako jednostavno odgovoriti, i ovo pravno pitanje je puno složenije nego što to na prvi pogled izgleda. Prolazeći kroz nekih desetak kriterija koje je teorija i praksa do sada razradila, dolazi se do toga da je u ovom slučaju ključni momenat zauzimanja stanovišta blažeg zakona propisana sankcija (kazna). Kako je u ranijem

- krivičnom zakonodavstvu ex Jugoslavije, koje je Bosna i Hercegovina preuzela svojom Uredbom 1992. godine, postojalo istovjetno krivično djelo (član 142. preuzetog KZ SFRJ, sa zapriječenom kaznom zatvora od pet godina ili smrtnom kaznom), a u novom krivičnom zakonodavstvu koje je primijenjeno u konkretnom slučaju (član 173. KZ BiH, kazna zatvora od deset godina ili dugotrajni zatvor), osnovno pitanje je koji je zakon blaži. Na prvi pogled blaži je zakon iz 2003. godine jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već od stupanja na snagu Washingtonskog sporazuma tj. Ustava u Federaciji BiH 1994. godine ukinuta smrtna kazna, što je samo potvrđeno i u Ustavu BiH iz 1995. godine, a imajući u vidu zauzeta stanovišta redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, u entitetima i Brčko Distriktu (Vrhovni sud Federacije BiH, Vrhovni sud Republike Srpske i Apelacioni sud Brčko Distrikta) da se ne može izreći smrtna kazna (ovakav stav je zauzeo i Dom za ljudska prava u slučaju *Damjanović i Herak protiv Federacije Bosne i Hercegovine*), proizlazi da je blaži zakon iz 1992. godine. Prema ovim stanovištima i zakonu, maksimalna kazna zatvora koja se može izreći za ovo krivično djelo bila bi 20 godina zatvora.
9. Pozivanja na član 7. stav 2. Evropske konvencije ovdje nije relevantno. Stav 2. člana 7. Evropske konvencije ima funkciju da, prije svega, pokrije krivični progon za kršenje ženevskih konvencija pred međunarodnim tijelima ustanovljenim za ovakve slučajeve, kao što je npr. Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju i Ruandu i da pokrije pravno slučajeve pred domaćim sudovima kada domaće zakonodavstvo nije propisalo ove inkriminacije kao krivična djela, odnosno nije obuhvatilo sve elemente obilježja ovih djela po Ženevskim konvencijama. U ovom predmetu to nije slučaj. Istovrsno krivično djelo je postojalo u domaćem zakonodavstvu i u vrijeme izvršenja i u vrijeme suđenja, i stoga dosljedno treba primijeniti sve institute krivičnog prava i garantirana ustavna prava, kao i prava garantirana Evropskom konvencijom. Slučaj *Naletilić* ovdje nije relevantan jer je u tom slučaju osobu optužio međunarodni tužitelj pred međunarodnim sudom, koji je posebno zasnovan i ima svoja ovlaštenja utvrđena rezolucijom Ujedinjenih naroda i Statutom, te ne primjenjuje nacionalno zakonodavstvo, nego vlastite procedure i sankcije/kazne. Kada bi bilo drukčije vrlo mali broj optuženih osoba bi se odazvao na postupak pred ovim sudom. Stoga smatram da je potpuno ispravan stav Evropskog suda u slučaju *Naletilić*, ali da se ovdje ne može primijeniti.
 10. Smatram da je apsolutno nepotrebno preveliko pozivanje na međunarodni sud, npr. na njegovu nadležnost i sl., jer jednostavno se radi o domaćem sudu koji vodi postupak po nacionalnom zakonodavstvu, a ne radi se ni o predmetu koji je ustupio međunarodni sud.
 11. Odluka se značajnim dijelom bavi historijom (Nirnberg, Tokio) te općenito međunarodnim aspektom, što je u ovom slučaju potpuno nepotrebno, jer je naše zakonodavstvo, kako je istaknuto, poznavalo ovo krivično djelo i, u vrijeme izvršenja djela, bila je propisana sankcija, za razliku od slučaja u Nirnbegu. Osim toga, apelant to i ne spori. Upravo apelant ističe da je domaće zakonodavstvo imalo inkriminirane radnje kodificirane kao krivično djelo i sankciju, i samo traži da se to primijeni, tj. da je zbog neprimjene člana 142. preuzetog iz KZ SFRJ kao KZBiH, došlo do povrede Ustava i Evropske konvencije u odnosu na član 7. stav 1.
 12. Skraćujući ovu elaboraciju ukazat ću na stanovište uvaženog profesora Državnog univerziteta u Firenci gospodina **Antonia Cassesa**, koji je sam bio jedno vrijeme predsjednik Međunarodnog krivičnog suda u Hagu. U svojoj stručnoj ekspertizi koju je radio 2003. godine na temu «**Mišljenje o mogućnosti retroaktivne primjene nekih odredbi novog krivičnog zakona Bosne i Hercegovine**», profesor Cassese konstatira: »**Na kraju da se posvetimo pitanju da li Sud BiH, u slučaju zločina za koje novi krivični zakon propisuje težu kaznu od one koja je bila predviđena ranijim zakonom, treba primijeniti blažu kaznu. Odgovor na ovo pitanje može samo biti potvrđan. Ovaj zaključak počiva na dvije pravne osnove: prvo u međunarodnom pravu postoji opći princip po kojem kada je jedan zločin predviđen u dva**

sukcesivna propisa, a jedan od njih nameće manje strogu kaznu, ova kazna je ta koja treba biti odmjerena po principu *favor libertatis*; drugo, ovaj princip se eksplicite spominje u članu 7.1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u kojem se kaže da se ne smije odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjivana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. Prema tome, «Sud BiH treba uvijek primjenjivati lakšu kaznu kad god postoji razlika u dužini kazne između stare i nove krivične odredbe. Jasno je da se retroaktivna primjena krivičnog zakona odnosi samo na kaznu a ne i na ostale elemente ovog člana».

13. Ono što je interesantno je da je Ustavni sud ustvari izbjegao odgovoriti na postavljeno pravno pitanje apelanta o blažem zakonu. U svojoj odluci Ustavni sud polazi od toga da je zaista blaži raniji zakon ne obrazlažući zašto, ali da u ovom slučaju treba primijeniti član 7. stav 2. Evropske konvencije, koji čini izuzetak od primjene blažeg zakona.
14. Mislim da je trebalo prvo odgovoriti je li blaži zakon iz 1992. godine ili iz 2003. godine, pa ovisno o odgovoru na ovo pitanje dati odgovor na drugo otvoreno pitanje. Naime, ako nije blaži zakon iz 1992. godine, onda ostaje samo otvoreno pitanje diskriminacije. Ako je, pak, blaži zakon iz 1992. godine, onda se mora odgovoriti zašto u ovom slučaju neće biti primijenjen. Ustavni sud je išao ovim drugim putem, tvrdeći da ne treba primijeniti blaži zakona, s čim se nažalost ne slažem, a da prethodno nije utvrdio koji je blaži.
15. U odnosu na diskriminaciju, apelant ističe da je većina osoba u Bosni i Hercegovini procesuirana za ista djela, počinjena u isto vrijeme, po blažem zakonu iz 1992. godine. Prema apelantovim navodima ne postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman i nije proporcionalno cilju koji se želi postići. Slažem se s ovim navodima jer analiza okončanih postupaka u BiH za ovo krivično djelo ukazuje da je apsolutna većina tretirana drukčije, tj. po blažem zakonu u odnosu na manjinu. Pogotovo se ne slažem sa stanovištima iznesenim u našoj odluci da entitetski sudovi moraju uskladiti svoju praksu sa Sudom BiH, jer to znači da manjina diktira principe ponašanja većini koja je u povoljnijem položaju, umjesto obrnuto, da se manjina dovede u položaj većine.
16. Iz navedenih razloga nisam se mogao u cijelosti složiti s većinom u ovoj odluci.

Sudija
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Mato Tadić