

Уставни суд Босне и Херцеговине у Великом вијећу, у предмету број **АП 929/12**, рјешавајући апелацију **Миодрага Марковића**, на основу члана VI/36) Устава Босне и Херцеговине, члана 57 став (2) тачка б), члана 59. ст. (1), (2) и (3) и члана 62 став 1 Правила Уставног суда Босне и Херцеговине – Пречишћени текст („Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 94/14), у саставу:

Валерија Галић, председница

Миодраг Симовић, потпредседник

Сеада Палаврић, потпредседница

Мато Тадић, судија

Мирсад Ћеман, судија

Златко М. Кнежевић, судија

на сједници одржаној 17. марта 2015. године донио је

ОДЛУКУ О ДОПУСТИВОСТИ И МЕРИТУМУ

Дјелимично се усваја апелација **Миодрага Марковића**.

Утврђује се повреда члана II/2 Устава Босне и Херцеговине и члана 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Укида се Пресуда Суда Босне и Херцеговине број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године у дијелу који се односи на примјену блажег кривичног закона.

Укидање Пресуде Суда Босне и Херцеговине број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године у дијелу из претходног става ове одлуке ни на који начин не утиче на апелантово лишавање слободе, задржавање и притвор, што је у искључивој надлежности Суда Босне и Херцеговине.

Предмет се враћа Суду Босне и Херцеговине који је дужан да по хитном поступку донесе нову одлуку, у односу на изрицање казне у складу с чланом II/2 Устава Босне и Херцеговине и чланом 7 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Налаже се Суду Босне и Херцеговине да, у складу с чланом 72 став (5) Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке обавијести Уставни суд Босне и Херцеговине о мјерама које су предузете с циљем да се изврши ова одлука.

Одбија се као неоснована апелација **Миодрага Марковића**, поднесена против пресуде Суда Босне и Херцеговине бр. С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године и С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КР-10/948) од 15. априла 2011. године, у односу на члан II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члан 6 Европске конвенције за заштиту

људских права и основних слобода, у односу на члан 5 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода те члан 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ

I. Увод

1. Миодраг Марковић (у даљњем тексту: апелант) из Добоја, ког заступа Светлана Лазић, адвокат из Добоја, поднио је 9. марта 2012. године апелацију Уставном суду Босне и Херцеговине (у даљњем тексту: Уставни суд) против пресуде Суда Босне и Херцеговине (у даљњем тексту: Суд БиХ) бр. С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године и С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КР-10/948) од 15. априла 2011. године.

II. Поступак пред Уставним судом

2. На основу члана 23 Правила Уставног суда, од Суда БиХ и Тужилаштва Босне и Херцеговине (у даљњем тексту: Тужилаштво БиХ) затражено је 12. јануара 2015. године да доставе одговоре на апелацију.

3. Суд БиХ и Тужилаштво БиХ су доставили одговоре на апелацију 19. и 20. јануара 2015. године.

III. Чињенично стање

4. Чињенице предмета које произилазе из апелантових навода и докумената који су предочени Уставном суду могу да се сумирају на следећи начин.

5. Пресудом Суда БиХ број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КР-10/948) од 15. априла 2011. године апелант је проглашен кривим што је, радњама описаним у изреци пресуде, починио кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва из члана 173 став 1 тачка е) у вези с чланом 180 став 1 Кривичног закона Босне и Херцеговине (КЗБиХ). За учињено кривично дјело Суд БиХ је апеланту изрекао казну затвора у трајању од 7 (седам) година. Истом пресудом, на основу члана 188 став 4 Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине (у даљњем тексту: ЗКПБиХ), апелант је ослобођен од обавезе да накнади трошкове поступка тако да они падају на терет буџетских средстава. На основу члана 198 став 2 ЗКПБиХ, оштећена 3-1 је, с евентуалним имовинскоправним захтјевом, упућена на парницу.

6. Суд БиХ је апеланта прогласио кривим што је за вријеме рата у Босни и Херцеговини на подручју општине Добој, као припадник оружаних снага Војске Републике Српске,

поступао супротно правилима међународног права, кршећи одредбе члана 3 став 1 тач. а. и ц. Женевске конвенције о заштити цивилних лица за вријеме рата од 12. августа 1949. године. Он је 11. јула 1992. године у вечерњим сатима, униформиран и наоружан, дошао на врата породичне куће млдб. 3-1 (у даљњем тексту: оштећена 3-1), те снажно лупао на врата тражећи од укућана да му отворе и пријетећи да ће их у супротном све побити, при чему је галамио и псовао им „мајку усташку“, а потом у зрак испалио један метак из ватреног оружја, након чега је мајка оштећене 3-1 отворила врата, па је тада од ње захтијевао да му преда „своју лијепу кћерку“ и уперео пиштољ у главу њеном сину пријетећи и даље да ће их све побити, након чега је оштећена 3-1 плачући изашла испред куће па је апелант повукао за руку према сусједној ливади, а кад је оштећена 3-1 довикнула мајци да с браћом бјежи из куће, ударио је снажно дршком пиштоља у предјелу врата, те је одвукао до једног пласта сијена, гдје јој је почупао мајицу и наредио јој да се скине, па се потом и сам скинуо, након чега ју је силовао, а затим јој запретио да никоме не смије рећи шта се десило, јер ће је у супротном поново силовати и поубијати јој чланове породице.

7. У образложењу пресуде Суд БиХ је навео да је оцјеном доказа који су проведени (који су наведени у образложењу пресуде од 3 до 5 странице), појединачно и у њиховој међусобној повезаности, утврдио да је апелант починио радње кривичног дјела за које га је прогласио кривим. Наиме, Суд БиХ је истакао да је цијенио доказе у складу с одредбама ЗКПБиХ, примјењујући превасходно претпоставку невиности из члана 3 ЗКПБиХ, која представља општи принцип права према ком тужилаштво сноси терет утврђивања кривице оптуженог, а кривица мора да се утврди ван разумне сумње. Осим тога, наведено је да сходно члану 15 ЗКПБиХ суд има право да слободно оцјењује све презентиране доказе. Наведено је да је у складу са чланом 14 став 2 ЗКПБиХ Суд БиХ с једнаком пажњом цијенио како чињенице које терете апеланта, тако и оне које му иду у корист, те да је у овом предмету извршио анализу свих доказа који су проведени како појединачно тако и у њиховој међусобној вези, цијенећи при томе посебно њихову вјеродостојност, поузданост и доказну вриједност. Слиједом тога Суд БиХ је навео да је, цијенећи све изведене доказе, ван разумне сумње утврдио да је апелант починио кривично дјело за које је оптужен. Суд БиХ је навео да је из проведених доказа, поред постојања оружаног сукоба у инкриминисано вријеме, неспорно утврђено да је апелант у то вријеме био припадник Војске Републике Српске. Наиме, Суд БиХ је навео да је одлучујући о приједлогу Тужилаштва БиХ за признање одређених чињеница, на основу члана 4 Закона о уступању предмета од стране МКСЈ и коришћењу доказа прибављених од МКСЈ у поступцима пред судовима у БиХ (у даљњем тексту: Закон о уступању), 12. октобра 2010. године,

приједлог дјелимично прихватио, те су као релевантне, прихваћене поједине чињенице утврђене у правоснажним пресудама које су идентификоване у пресуди. Наведено је да је Суд БиХ приликом одлучивања о поднесеном приједлогу апелантовој одбрани дао могућност да се о њему изјасни, те да је приликом одлучивања, имао у виду осам поближе описаних критеријума које је и узео у обзир. Суд БиХ је навео да је одлучио да прихвати једино чињенице утврђене у наведеним пресудама које се односе на постојање оружаног сукоба на подручју Босне и Херцеговине и дешавања на подручју општине Добој у инкриминисано вријеме, будући да оне задовољавају објективне критеријуме и не задиру у апелантову кривичну одговорност. Затим, Суд БиХ је у образложењу пресуде на стр. 16 до 27 исцрпно образложио на основу којих доказа је утврдио да постоје општа обиљежја кривичног дјела ратног злочина против цивилног становништва које прописује члан 173 став 1 КЗБиХ, као и појам силовања у оквиру међународног хуманитарног права, те апелантов умишљај. Даље у образложењу пресуде је наведено да је у конкретном случају из исказа свих свједока евидентно да је жртва силовања дјевојка хрватске националности, те да из апелантових радњи произилази дискриминаторна намјера која је примјењивана на особу која није припадница српске етничке групе. Наведено је да је Војска Републике Српске под контролом држала село у ком су живјели оштећена З-1 и чланови њене породице.

8. Затим, у погледу силовања оштећене З-1 Суд БиХ је навео да је на основу доказа који су проведени утврдио да се оно десило на начин и у временском периоду како је то описано у чињеничном супстрату измијењене оптужнице. Наведено је да је начин силовања увјерљиво описала оштећена З-1, а што су сагласно потврдили у својим исказима и свједоци Тужилаштва БиХ, Марија К., А. К. и Марко К. Ови наводи свједока Тужилаштва БиХ нису доведени у питање исказима свједока одбране Милета Б., Момира Б. и К. Б., као ни изјавом коју је дао апелант у својству свједока. С тим у вези, Суд БиХ је јако детаљно интерпретирао изјаве оштећене З-1 као и свих саслушаних свједока оптужбе и одбране, те апелантов исказ дат у својству свједока. При томе, Суд БиХ је истакао да је вршећи оцјену доказа, у потпуности повјеровао исказу оштећене З-1 сматрајући га апсолутно вјеродостојним и поузданим. Такво утврђење засновано је на оцјени да је њен исказ увјерљив, конзистентан, логичан и поткријепљен низом појединости које пружају довољно основа да се овој оштећеној у потпуности вјерује. Наведено је да исказ оштећене З-1 сагласно потврђују у својим исказима и свједоци Марија К., Марко К., А. К. и Р. Ч., а такође и да ти наводи нису квалитативно оповргнути исказима свједока одбране Милета Б., Момира Б. и К. Б., као ни изјавом коју је дао апелант у својству свједока. Суд БиХ је истакао да оштећена З-1 због употребе силе, као и из страха за свој лични и живот чланова своје породице, није могла да пружи било какав отпор

апеланту јер је у моменту силовања била у кући с мајком и двојицом млдб. браће. Наглашено је да су оштећена З-1, као и њена породица, били обични цивили у својој кући, а апелант је био војник у униформи и наоружан.

9. Истакнуто је да су наводи оштећене З-1 поткријепљени и тимским налазом и мишљењем вјештака Тужилаштва БиХ, који су истакли да су код оштећене констатовани симптоми хронофицираног ПТСП, који се доводи у везу с критичним догађајем ратног силовања. Овај налаз и мишљење тима вјештака Тужилаштва БиХ нису побили ни вјештаци одбране. Наиме, с тим у вези је наведено да су вјештаци одбране, такође, у свом налазу констатовали да код оштећене постоје симптоми ПТСП-а, али да нису могли конкретно да одреде који би догађај био „окидач“ за трауму с обзиром да је код оштећене било више таквих догађаја. Суд је вјеровао тиму вјештака Тужилаштва БиХ, па и у дијелу који се односи на непосредни узрок ПТСП-а, обзиром да је тај тим веома детаљно и увјерљиво објаснио на чему је засновао свој закључак о силовању као конкретном догађају који је био „окидач“ за трауму код оштећене

10. Затим, Суд БиХ је навео да је након проведених доказа Тужилаштва БиХ и апелантове одбране апелант доставио приједлог за провођење додатних доказа, који је укључивао додатно саслушање свједока Милета Б., као и материјалне доказе, извод из протокола Опште болнице „Свети апостол Лука“ у Добоју за период од 10. до 17. јула 1992. године, те податке о ангажовању свједока одбране Момира Б. у полицији и војсци током седмог мјесеца 1992. године. Суд БиХ је истакао да је у вези са овим приједлогом, имао у виду да је одредбама члана 241 став 1 ЗКПБиХ прописано да је дужност судије, односно председника вијећа да се стара за свестрано претресање предмета, утврђивања истине и отклањање свега што одуговлачи поступак, а не доприноси разјашњењу ствари. У конкретном случају, наведено је да Суд БиХ одбио апелантов приједлог за додатним саслушањем свједока Милета Б., с обзиром да околности на које се предлаже саслушање наведеног свједока нису релевантне за конкретни догађај из оптужнице јер се односе на период који није обухваћен предметном оптужницом. И у односу на приједлог за увођење материјалних доказа, вијеће је прихватило став Тужилаштва БиХ које је потврдило и учинило неспорним чињеницу да у евиденцији Опште болнице „Свети апостол Лука“ у Добоју не постоји евидентиран преглед оштећене З-1, па је из тих разлога непотребно да се одуговлачи поступак тражењем материјалне документације која не постоји. Такође, како је наведено, Тужилаштво БиХ није оспоравало чињеницу да је свједок одбране Момир Б. у седмом мјесецу 1992. године био припадник полиције и војске, па је извођење и овог конкретног доказа постало ирелевантно.

11. Даље, Суд БиХ је истакао да није прихватио ни приједлог апелантове одбране да се проведе његово неуропсихијатријско и психолошко вјештачење „како би се утврдила његова урачунљивост *tempore criminis*“. Суд БиХ је навео да је приједлог одбио због тога што је наведен апстрактно, без навођења конкретних доказа који би поткријепили изнесене тврдње. Наведено је да је Суд БиХ пошао од претпоставке да психијатријско вјештачење може да се нареди ако се појави сумња да је искључена или смањена апелантова урачунљивост. Суд БиХ је истакао да је одбрана била дужна да понуди конкретне доказе који потврђују да постоји сумња да је у вријеме извршења кривичног дјела била искључена или смањена апелантова урачунљивост. С тим у вези је истакнуто да ни једна одредба ЗКПБиХ не обавезује Суд да изведе сваки предложени доказ.

12. Кад је у питању апелантов идентитет, суд је ван сваке разумне сумње утврдио да је управо апелант критичног периода дошао до породичне куће оштећене З-1 и починио кривично дјело силовања. На ову околност свједочили су Марија К., Марко К. и А. К., као и оштећена З-1 који су апеланта имали прилику да јасно виде, пошто је те критичне вечери била мјесечина. Да је ријеч о апеланту, сазнали су од комшије Љ. Л. који је потврдио да је управо апелант претходног дана долазио и распитивао се за комбајн. Такође, наведено је да је оштећена З-1, након што је њена мајка пријавила силовање, одвезена с припадницима полиције на пункт гдје га је препознала, примијетивши да покушава да сакрије лице. Вријеме силовања оштећене утврђено је на основу материјалних доказа, тј. извода из дневних догађаја у ком стоји да је 12. јула 1992. године апелантинина мајка Марија К. пријавила силовање своје кћерке. Ово је потврдио и свједок Р. Ч. који је као дежурни полицајац евидентирао наведену пријаву. Овај свједок је потврдио да не може да се сјети тачног датума, али да му је познато да је 12. јула вјерски празник Петрово. Тачно вријеме самог догађаја навела је и оштећена З-1 везујући сами догађај за вјерски празник Петрово.

13. Насупрот свједоцима оптужбе, Суд БиХ је навео да није могао да повјерује свједоцима одбране, који су у својим изјавама покушали да увјере суд да апелант није починио кривично дјело силовања, те да је сама пријава мајке оштећене учињена због тога да се помогне ослобађању оца и брата оштећене, који су претходно затворени у затвор Баре код Добоја. Суд БиХ је посебно истакао да је, цијенећи исказе свједока одбране, утврдио да су у потпуности усаглашени те да су свједоци износили више своје закључке него што су преносили своја запажања. Неувјерљив је и апелантов исказ кад тврди да је након пријављеног дешавања у селу Драгаловци изишао на лице мјеста и провјеравао шта се тамо дешава, те да је оштећеној З-1 након разговора понудио своју помоћ око ослобађања њеног оца и брата. Све ово наводи на закључак да су и апелант и цитирани свједоци одбране (ови имплицитно) конструкцијом

приказа критичног догађаја своје исказе усмјерили ка покушају екскулпирања апеланта и да је такав начин свједочења за циљ имао искључиво ту сврху. Суд БиХ је закључио да је апелант кривично дјело, за које је проглашен кривим, учинио с директним умишљајем, свјесно и вољно, с несумњивим знањем о карактеру предузетих радњи и посљедицама које из таквих радњи произилазе. Сходно томе, Суд БиХ је закључио да је апелант посједовао *mens rea* и *actus reus* који су потребни да би се утврдила кривична одговорност директног починиоца злочина сексуалног насиља.

14. У погледу примјене материјалног права, Суд БиХ је указао на два законска начела. Прво је начело законитости према којем никоме не може да буде изречена казна или друга кривичноправна санкција за дјело које, прије него што је учињено, није било законом или међународним правом прописано као кривично дјело и за које законом није била прописана казна (члан 3 КЗБиХ). Друго начело је временског важења кривичног закона према којем се на учиниоца кривичног дјела примјењује закон који је био на снази у вријеме учињења кривичног дјела, а ако је послје учињења дјела закон промијењен једном или више пута, примијениће се закон који је блажи за учиниоца (члан 4 КЗБиХ). Начело законитости је прописано и одредбом члана 7 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљњем тексту: Европска конвенција).

15. С тим у вези, Суд БиХ је утврдио да кривично дјело за које је апелант проглашен кривим представља кривично дјело према међународном обичајном праву и, стога, потпада под опште принципе међународног права прописане чланом 4а. Закона о измјенама и допунама КЗБиХ, односно под општа правна начела која признају цивилизовани народи прописана ставом 2 члана 7 Европске конвенције, те да КЗБиХ може да се примијени у конкретном случају. Наведено је да је кривично дјело за које је апеланту изречена осуђујућа пресуда било прописано и кажњиво и у одредби члана 142 Кривичног закона СФРЈ (у даљњем тексту: КЗСФРЈ). Међутим, имајући у виду наведена начела, Суд БиХ је примјену КЗБиХ оправдао чињеницом да је запријеђена казна за наведено кривично дјело у сваком случају блажа него смртна казна која је била прописана у КЗСФРЈ, дакле, закону који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела. Такав став је, како је даље наведено, у складу с пресудом коју је донијело Апелационо одјељење Суда БиХ у предмету против Абдуладхима Мактоуфа број КПЖ-32/05 од 4. априла 2006. године и у предмету против Драгана Пауновића број КПЖ 05/16 од 27. октобра 2006. године.

16. Одлучујући о висини казне, Суд БиХ је навео да је цијенио све околности, у складу с одредбама члана 48 КЗБиХ, а нарочито је цијенио степен апелантове одговорности, побуда из којих је дјело учињено, јачину угрожавања и повреде заштићеног добра, као и околности под

којим је дјело учињено. Слиједом тога, Суд БиХ је утврдио да код апеланта постоји више олакшавајућих околности које у својој укупности чине особито олакшавајуће околност, због чега је одлучио да примијени одредбе чл. 49 и 50 КЗБиХ које се односе на ублажавање казне налазећи да наведене околности указују да и с ублаженом казном може да се постигне сврха кажњавања. Стога је Суд БиХ, имајући у виду утврђено чињенично стање и насталу посљедицу, као и узрочну везу између њих, апеланта прогласило кривим и изрекао му казну затвора у трајању од седам година, цијенећи да је то сразмјерна и одговарајућа казна.

17. Вијеће Апелационог одјељења Одјела I за Ратне злочине Суда БиХ (у даљњем тексту: Апелационо вијеће) је Пресудом број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године апелантову жалбу, изјављену против Пресуде број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КР-10/948) од 15. априла 2011. године одбило као неосновану и првостепену пресуду потврдило у цјелости.

18. Наведено је да је апелант изјавио жалбу због свих разлога прописаних одредбама члана 296 ЗППБиХ те да је, између осталог, у погледу примјене материјалног закона истакао да сматра да је у овом предмету требало да се примијени Кривични закон СФРЈ (у даљњем тексту: КЗ СФРЈ), а не КЗБиХ јер је тај закон важио у вријеме наводног почињења кривичног дјела и блажи је за починиоца јер „у случају да је првостепени суд прогласио [апеланта] кривим и правилно примијенио одредбе материјалног закона који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, суд би [апеланту], изрекао казну затвора испод 5 година“. Наведено је и да је на јавној сједници Апелационог вијећа одржаној 27. септембра 2011. године апелант предложио саслушање свједока В. Ј. и Ж. П. који би свједочили „да [апелант] није починио ово кривично дјело“, те да је наведено да ови свједоци нису били предложени раније због „финансијске немогућности“ апеланта да обезбиједи њихово присуство суду. Апелационо вијеће је у вези с приједлогом напоменуло да се у вријеме извођења доказа одбране знало да постоје ти свједоци, као и да трошкове доласка свједока ради њиховог свједочења исплаћује Суд БиХ (те се ти трошкови евентуално наплаћују од правоснажно осуђеног лица уколико Суд одлучи да је он дужан да их надокнади). Затим, како је Суд БиХ истакао, у конкретном случају ради се о свједоцима који би свједочили на исте околности као и остали свједоци одбране, те би стога представљали доказе искључиво кумулативног карактера.

19. Даље, као неосновани су оцијењени апелантови наводи да му је током првостепеног поступка повријеђено право на одбрану, јер није прихваћен приједлог да се изведе доказ вјештачењем његове урачунљивости и стања душевног здравља *tempore criminis*, јер је, и према ставу Апелационог вијећа, првостепено вијеће правилно закључило да је одбрана била

дужна да понуди конкретне доказе који потврђују да је у вријеме извршења кривичног дјела код апеланта била искључена или смањена урачунљивост, а да општи навод „да се ради о особи ниских интелектуалних способности и сазнања о његовом наводном понашању под дејством алкохола“ сам по себи се не говори о апелантовој урачунљивости у вријеме извршења кривичног дјела. Такође, Апелационо вијеће је напоменуло да је апелант на јавној сједници изнио своје жалбене наводе и да из његовог свеукупног понашања, говора и презентовања жалбених навода, није могло да се закључи да се ради особи умањених интелектуалних способности. Штавише, Апелационо вијеће је истакло да је апелант говорио на организован и логичан начин, те рјечито изнио своје аргументе. При томе, Апелационо вијеће је истакло да је у току првостепеног поступка доказано да је апелант био лице у служби војне безбједности, а општепознато је да припадност таквој формацији подразумијева нарочите оспособљености и стручност, те је та чињеница у супротности с карактеризацијом апелантове бранитељице да је апелант „особа са умањеним интелектуалним способностима“. Осим тога, наведено је да је одбрана тражила вјештачење апелантове урачунљивости и психичког стања у вријеме извршења кривичног дјела силовања, што је околност која се анализира само у случајевима када почињење кривичног дјела од оптуженог лица није спорно (члан 110 став 3 ЗКП БиХ). Слиједом тога, Апелационо вијеће је истакло и да је овај приједлог стога контрадикторан тези одбране да апелант није ни починио кривично дјело.

20. Затим, као неосновани су оцијењени и апелантови наводи да првостепено вијеће није са потребном пажњом цијенило њихове доказе, а нарочито да није на одговарајући начин узело у обзир доказе одбране који су постојање ПТСП-а код оштећене З-1 учинили упитним, те довели у питање узрочну везу критичног догађаја са симптомима ПТСП-а, као и навода да првостепено вијеће није омогућило да њен тим вјештака прегледа оштећену, због чега они нису могли адекватно да оспоре њену дијагнозу. Међутим, Апелационо вијеће је истакло да је постојање ПТСП-а код оштећене З-1, те његова евентуална повезаност с почињењем кривичног дјела у коначници ирелевантно за закључак о апелантовој кривици, будући да одредбе дјела из члана 173 став 1 тачка е) КЗБиХ јасно прописују обиљежја тог кривичног дјела те постојање ПТСП-а, као уосталом и било ког фактора који се односи на душевно стање оштећене, не спомиње се у наведеном члану. Наглашено је да су учинак кривичног дјела у односу на оштећену З-1 и посљедице преживљеног на њено психичко здравље, релевантни само код одмјеравања казне починиоцу. Такође, Апелационо вијеће је напоменуло да су се вјештаци одбране у великом дијелу сагласили с налазима вјештака Тужилаштва БиХ о душевном стању оштећене З-1, те да нису ни сматрали да је био неопходан непосредни увид и с њихове стране. Тим вјештака одбране дао је јасан и квалитетан налаз, не тражећи при том да

детаљно прегледају оштећену, нити се жалећи да су њихови закључци мањкави из тог разлога, а да је приједлог за преглед оштећене поднио искључиво апелантов адвокат. Наведено је да је Апелационо вијеће сагласно с процјеном вјештака одбране да „преглед оштећене није био неопходан да би се дало квалитетно и поуздано стручно мишљење“ у конкретном случају.

21. Затим, у погледу жалбених навода да одбрана није имала довољно времена да припреми завршну ријеч у писменој форми, Апелационо вијеће је истакло да ЗКПБиХ не прописује обавезу припреме завршне ријечи у писменој форми, нити предвиђа да уколико завршна ријеч није поднесена у писменој форми настају последице за сам поступак и право на одбрану оптуженог лица. Пропуштање да се поднесе завршена ријеч у писменој форми ни на који начин не умањује квалитет одбране у кривичном поступку нити негативно утиче на исход поступка. Битно је да се истакне да је првостепено вијеће на једнак начин третирало обе стране у поступку и да је оптужба као и одбрана имала исти временски период за припрему завршне ријечи. Стога се и овај жалбени навод одбија као неоснован.

22. Такође, Апелационо вијеће је истакло да је правилан став првостепеног вијећа да одбије додатно саслушање свједока Милета Б. на околност његовог сукоба с апелантом у вријеме извршења дјела, јер је доказивање те чињенице ирелевантно, те да није спорно да је између овог свједока и апеланта постојао сукоб.

23. Даље, у погледу апелационих навода да првостепено вијеће није пружио довољно разлога о одлучним чињеницама да је извршено силовање над оштећеном З-1, будући да је та чињеница утврђена на основу исказа оштећене З-1 и исказа њених најближих сродника, али не на исказе свједока одбране Милета Б. и Момира Б., те да је с тим у вези пресуда донесена супротно одредби члана 3 ЗКП БиХ (*in dubio pro reo*), Апелационо вијеће је нагласило да је првостепено вијеће с једнаком пажњом испитало све чињенице, не испустивши при том из вида ни једну која је била важна за пресуђење, те констатује да првостепено вијеће није примијенило методолошки приступ који би представљао повреду члана 14 ЗКП БиХ, који се односи на стандард једнакости у поступању. Стога, жалбени приговор да је изостала оцјена доказа одбране, односно чињеница које иду у корист оптуженог, Апелационо вијеће одбија као неоснован.

24. Затим, као неосновани су оцијењени и апелантови наводи да првостепено вијеће доказима одбране није поклонило једнаку пажњу као доказима Тужилаштва, јер да Тужилаштво није доказало да је силовање уопште извршено, јер о томе не постоје материјални докази, будући да „иако оштећена тврди да је прегледана на гинеколошком одјељењу у болници Добој, наведена болница недвосмислено оповргава ову тврдњу“. Када је у питању непостојање материјалних доказа о силовању, Апелационо вијеће је указало на општи принцип

да се „до правних утврђења о извршењу дјела не долази примјеном конкретне формуле“. Наведено је да одредбе члана 15 ЗКП БиХ представљају манифестацију старог принципа *testimonia panneranda sunt, non numeranda* (докази се цијене, не броје се). Овај принцип наглашава разматрање вриједности, тежине и квалитета доказа, а не квантитета, вишеструкости или природе доказа. Наведено је да је у конкретном случају претресно вијеће извело закључак о апелантовој кривници на основу исказа оштећене З-1, исказа њених сродника, других разних очевидаца, пријави о извршеном силовању сачињеној један дан након силовања и исказу полицајца који је примио пријаву и потврдио њену аутентичност. Првостепена пресуда је према мишљењу Апелационог вијећа дала јасне, прихватљиве и довољне закључке о томе како је оцијенило ове доказе претресно вијеће, те вриједности сваког појединачног доказа, као и о вези између тих појединачних доказа и коначног закључка вијећа. Даље, неоснован је жалбени навод да недостатак физичких доказа о силовању (поцијепана мајица, повреде и сл.) изазива сумњу у постојање силовања. Након силовања, оштећена је затражила лијечничку помоћ у болници у Добоју, али из исказа мајке оштећене произилази да се радило о површном прегледу о ком није никада сачињен налаз. Исказ мајке оштећене указује на то да је оштећена доведена у неугодан положај приликом прегледа када јој је лекар рекао како њен случај не сматра силовањем јер „није сила кад је један, него кад је пет“. Апелационом вијећу је јасно да доктор није прегледао оштећену на правилан и професионалан начин, што, према увјерењу Апелационог вијећа, објашњава зашто не постоје материјални докази о посјети оштећене болници у Добоју. Даље, у погледу навода да је претресно вијеће непрописно осудило апеланта само на основу исказа оштећене, Апелационо вијеће је нагласило да је претресно вијеће могло да осуди апеланта на основу исказа оштећене и нагласило да „доказ који је законит, аутентичан и вјеродостојан може бити довољан да се оптужени осуди, чак и ако је ријеч о исказу само једног свједока“. Апелационо вијеће закључује да је судско вијеће у конкретном предмету поступало разложно када је пажљиво оцијенило исказ оштећене З-1 о извршеном силовању и идентитету починиоца. Апелационо вијеће је закључило да је претресно вијеће пажљиво оцијенило поузданост исказа оштећене З-1 у свјетлу кохерентности њеног исказа и подударности с исказима других свједока оптужбе. Штавише, Апелационо вијеће је истакло да се силовање често врши пред врло мало или пред ниједним свједоком, да је природа овог дјела таква да су само жртве у могућности да идентификују починиоце и свједоче о околностима везаним за силовање. Коначно, Апелационо вијеће је нагласило да је претресно вијеће правилно одбацило мање недоследности у исказу оштећене и њених изјава које је дала Тужилаштву за вријеме истраге. Како је наглашено, није разумно очекивати да се сјећају сваког појединачног елемента

компликованог и трауматичног редослиједа догађаја. У ствари, недоследности могу под одређеним околностима да указују на истинитост и на чињеницу да на свједоке није утицано.

25. Затим, Апелационо вијеће је у погледу примјене материјалног права истакло да је првостепено вијеће правилно примијенило одредбе КЗБиХ. С тим у вези Апелационо вијеће је истакло да примјена КЗБиХ у поступцима пред Судом БиХ не представља кршење члана 7 став 1 Европске конвенције, те да су жалбени приговори одбране у погледу примјене материјалног права у цијелости неосновани. Указано је да су у КЗБиХ кодифицирана одређена начела кривичног права у чл. 3, 4 и 4а), која су у пресуди и цитирана. Наведено је да испитивање наведених закона показује да кривично дјело силовања представља повреду КЗБиХ као и КЗСФРЈ који је био на снази у вријеме када је кривично дјело извршено. Указано је да члан 173 став 1 тачка е) КЗБиХ предвиђа могућност да се изрекне казна затвора у трајању од „најмање десет година или казна дуготрајног затвора“, док члан 142 став 1 КЗ СФРЈ прописује казну затвора у трајању од „најмање пет година или смртну казну“. Такође да казна „дуготрајног затвора“ према КЗБиХ предвиђа максималну казну затвора од 45 година. Апелационо вијеће је истакло да има у виду да је смртна казна била на снази у вријеме учињења кривичног дјела, што представља чињеницу која не може да се занемари. С тим у вези је наглашено да КЗБиХ не прописује начин анализе за утврђивање блажег закона и да се Суд БиХ у више предмета бавио овим питањем, те установио да је поређење максималних затворских казни основна околност за одлучивање о том питању. Наиме, Суд БиХ је утврдио да је КЗБиХ блажи закон, јер не постоји тежа казна од смртне казне која је била максимална казна у одговарајућем дијелу КЗСФРЈ. У вези с конкретном првостепеном пресудом и изреченом казном, Апелационо вијеће је нагласило да је КЗБиХ блажи у односу на КЗСФРЈ, који је као максималну казну предвиђао смртну казну и при томе се позвао на своје пресуде у предметима против Мирка Пекеза, Нисета Рамића и Горана Дамјановића, сматрајући да су те одлуке суда увјерљиве и да представљају стварну анализу за утврђивање најблажег закона. Користећи се стандардом утврђивања максималне запријеђене казне, како је даље наведено, констатовано је да је КЗБиХ блажи за апеланта од КЗСФРЈ.

26. Апелационо вијеће је истакло да је казна изречена побијаном пресудом правилно одмјерена, те да су све околности које су утицале на формирање казне правилно идентификоване и размотрене и да је изречену казну затвора већ ублажило првостепено вијеће.

IV. Апелација

а) Наводи из апелације

27. Апелант наводи да су му оспореним пресудама повријеђена права из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 Европске конвенције. Указује и на повреду права на слободу и сигурност из члана II/3д) Устава Босне и Херцеговине и члана 5 став 1 тачка ц) Европске конвенције. Апелант се, такође, позвао на општу забрану дискриминације из члана 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију. Према наводима из апелације, повреда права на правично суђење је учињена јер, како је експлицитно наведено, апелантова „одбрана није имала могућност да доказује чињенице у поступку у истој мјери у којој је то омогућено тужилаштву. Докази које је предлагала одбрана без оправданог разлога нису прихватани, а у другостепеној одлуци су оцјењивани ирелевантним или неспорним. Докази одбране нису цијењени са једнаком пажњом као докази тужилаштва. Кривично дјело силовања које је у основи кривичног дјела за које је апелант проглашен кривим, није доказано на јасан и несумњив начин, будући да су докази одбране довели у озбиљну сумњу доказе тужилаштва. У оспораваним одлукама суда није примијењен члан 3 ЗКП БиХ (*in dubio pro reo*), нити је правилно примијењен материјални закон.“ Апелант указује да је стога дошло до повреде права на слободу и сигурност у смислу члана 5 став 1 тачка ц) Европске конвенције. Предлаже да Уставни суд усвоји његову апелацију, утврди повреду права на слободу и сигурност као и права на правично суђење због „произвољне примјене материјалног права, повреде права на једнакост страна у поступку, повреде права да му се осигурају услови неопходни за припрему одбране, те повреде права на пресумпцију невиности“.

б) Одговор на апелацију

28. Суд БиХ је истакао да апелација не садржи конкретизоване приговоре у смислу наводних повреда, као наводе о чињеницама и доказима на којима се заснивају истакнуте повреде, па стога примарно предлаже да Уставни суд донесе одлуку којом ће апелацију одбацивати као очигледно (*prima facie*) неосновану. Затим, Суд БиХ је навео да апелација садржи паушалне наводе о повредама те се у вези с тим, између осталог, осврнуо на своје ставове из другостепене пресуде.

29. Тужилаштво БиХ је истакло да су апелантови наводи паушално наведени, да нису образложени нити аргументовани било којом чињеницом која би ишла у прилог апелантовим тврдњама, а које би одлуке Суда БиХ чиниле незаконитим. Такође, истакло је да у току поступка пред Судом БиХ није дошло до кршења апелантових права, јер Суд БиХ није произвољно изводио и оцјењивао доказе нити је погрешно примијенио право. Наведено је да је Суд БиХ правилно засновао своју одлуку цијенећи исказ оштећене З-1 као увјерљив, конзистентан, логичан, поткријепљен низом појединости које су пружиле довољно основа да му се потпуно вјерује, а да при томе одбрана није успјела да доведе исказ у сумњу својим

доказима. Указано је да све околности конкретног случаја указују да је Суд БиХ исправно утврдио чињенице које се тичу кривичног дјела ратног злочина против цивилног становништва из члана 173 став 1 тачка е) КЗБиХ и апелантове кривичне одговорности.

V. Релевантни прописи

30. Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“ бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 и 8/10) у релевантном дијелу гласи:

Члан 3

Начело законитости

- (1) *Кривична дјела и кривичноправне санкције прописују се само законом.*
- (2) *Никоме не може бити изречена казна или друга кривичноправна санкција за дјело које, прије него што је учињено, није било законом или међународним правом прописано као кривично дјело и за које није била законом прописана казна.*

Члан 4.

Временско важење кривичног закона

- (1) *На учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је био на снази у вријеме учињења кривичног дјела.*
- (2) *Ако се после учињења кривичног дјела једном или више пута измијени закон, примијенит ће се закон који је блажи за учиниоца.*

Ублажавање казне

Члан 49.

Суд може учинитељу одмјерити казну испод границе прописане законом или изрећи блажу врсту казне:

кад закон прописује да се учинитељ може блаже казнити;

кад суд утврди да постоје особито олакшавајуће околности које указују да се и с ублаженом казном може постићи сврха кажњавања.

Ратни злочин против цивилног становништва

Члан 173

- (1) *Ко кршећи правила међународног права за вријеме рата, оружаног сукоба или окупације нареди или учини које од ових дјела:*
- е) присиљавање друге особе употребом силе или пријетње директним нападом на њезин живот или тијело или на живот или тијело њој блиске особе, на сексуални однос или с њим изједначену сексуалну радњу (силовање), [...]*

казнит ће се казном затвора најмање десет година или казном дуготрајног затвора.

31. Кривични закон СФРЈ („Службени лист СФРЈ“ бр. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 и 45/90) у релевантном дијелу гласи:

Члан 37. став 2.

Смртна казна може се изрећи само за најтеже случајеве тешких кривичних дјела за које је законом прописана.

Члан 38. ст. 1, 2. и 3

(1) Затвор не може бити краћи од петнаест дана ни дужи од петнаест година.

(2) За кривична дјела за која је прописана смртна казна суд може изрећи и затвор од двадесет година.

(3) Ако је за кривично дјело учињено са умишљајем прописан затвор у трајању од петнаест година, може се за тешке облике тог дјела прописати и затвор од двадесет година.

Ублажавање казне

Члан 42.

Суд може учиниоцу одмјерити казну испод границе прописане законом или примијенити блажу врсту казне:

- 1) кад закон предвиђа да се учинилац може блаже казнити;*
- 2) кад утврди да постоје особите олакшавајуће околности које указују да се и са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања.*

Ратни злочин против цивилног становништва

Члан 142. став 1.

(1) Ко кришећи правила међународног права за вријеме рата, оружаног сукоба или окупације нареди да се изврши напад на цивилно становништво, насеље, поједина цивилна лица или лица онеспособљена за борбу, који је имао за посљедицу смрт, тешку тјелесну повреду или тешко нарушавање здравља људи; [...], присиљавање на проституцију или силовања, [...], или ко изврши неко од наведених дјела, казнит ће се затвором најмање пет година или смртном казном.

32. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“ бр. 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 и 93/09) у релевантном дијелу гласи:

Члан 3

Претпоставка невиности и in dubio pro reo

(1) Свако се сматра невиним за кривично дјело док се правомоћном пресудом не утврди његова кривња.

(2) Сумњу у погледу постојања чињеница које чине обиљежја кривичног дјела или о којима овиси примјена неке одредбе кривичног законодавства, Суд рјешава пресудом на начин који је повољнији за оптуженог.

Члан 14.

Једнакост у поступању

(1) Суд је дужан да странке и браниоца третира на једнак начин и да свакој од страна пружи једнаке могућности у погледу приступа доказима и њиховом извођењу на главном претресу.

(2) Суд, Тужитељ и други органи који учествују у поступку дужни су с једнаком пажњом да испитују и утврђују како чињенице које терете осумњиченог, односно оптуженог, тако и оне које им иду у корист.

Члан 15.

Слободна оцјена доказа

Право Суда, Тужитеља и других органа који учествују у кривичном поступку да оцјењују постојање или непостојање чињеница није везано ни ограничено посебним формалним доказним правилима.

Члан 239. став 2

Обавезе судије, односно председника вијећа

(2) Дужност судије, односно председника вијећа је да се стара за свестрано претресање предмета и отклањање свега што одуговлачи поступак, а не доприноси разјашњењу ствари.

Члан 295.

Садржај жалбе и отклањање недостатака жалбе

[]

(4) У жалби се могу износити нове чињенице и нови докази који и поред дужне пажње и опреза нису могли бити представљени на главном претресу. Жалитељ је дужан навести разлоге зашто их раније није изнио. Позивајући се на нове чињенице, жалитељ је дужан навести доказе којима би се те чињенице имале доказати, а позивајући се на нове доказе – дужан је навести чињенице које помоћу тих доказа жели доказати.

Члан 298.**Повреде кривичног закона**

Повреда кривичног закона постоји ако је кривични закон повријеђен у питању:

- a) да ли је дјело за које се оптужени гони кривично дјело,*
- b) постоје ли околности које искључују кривичну одговорност,*
- c) постоје ли околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарјелост кривичног гоњења или је гоњење искључено усљед амнестије или помиловања или је ствар већ правомоћно пресуђена,*
- d) да ли је у погледу кривичног дјела које је предмет оптужбе примијењен закон који се не може примијенити,*
- e) да ли је одлуком о казни или условној осуди, односно одлуком о мјери сигурности или о одузимању имовинске користи прекорачено овлаштење које Суд има по закону,*
- f) да ли су правилно примијењене одредбе о урачунавању притвора и издржане казне.*

VI. Допустивост

33. У складу са чланом VI/36) Устава Босне и Херцеговине, Уставни суд, такође, има апелациону надлежност у питањима која су садржана у овом уставу када она постану предмет спора због пресуде било ког суда у Босни и Херцеговини.

34. У складу са чланом 18 став (1) Правила Уставног суда, Уставни суд може да разматра апелацију само ако су против пресуде, односно одлуке која се њоме побија, исцрпљени сви дјелотворни правни лијекови могући према закону и ако се поднесе у року од 60 дана од дана када је подносилац апелације примио одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку који је користио.

35. У конкретном случају предмет оспоравања апелацијом је Пресуда Суда БиХ број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године, против које нема других дјелотворних правних лијекова могућих према закону. Затим, оспорену пресуду апелант је примио 11. јануара 2012. године, а апелација је поднесена 9. марта 2012. године, тј. у року од 60 дана, како је прописано чланом 18 став (1) Правила Уставног суда. Коначно, апелација у овом дијелу испуњава и услове из члана 18 ст. (3) и (4) Правила Уставног суда јер не постоји неки формални разлог због којег апелација није допуштена, нити је очигледно (*prima facie*) неоснована.

36. Имајући у виду одредбе члана VI/3б) Устава Босне и Херцеговине, те члана 18 ст. (1), (3) и (4) Правила Уставног суда, Уставни суд је утврдио да апелација у овом дијелу испуњава услове у погледу допуствости.

VII. Меритум

37. Апелант тврди да су му оспореним пресудама повријеђена права из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и чл. 5 и 6 Европске конвенције, те право из члана 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију. Навео је да је Суд БиХ погрешно примијенио материјално право, те иако то у апелацији није директно наведено, будући да је у прилогу апелације достављена и жалба на првостепену пресуду у којој је апелант указивао да се у овом поступку погрешно примјењује КЗБиХ умјесто КЗСФРЈ, те да је указивао да је КЗСФРЈ блажи закон, имплицитно је указао на повреду права из члана 7 став 1 Европске конвенције.

а) Право на правично суђење

38. Члан II/3 Устава Босне и Херцеговине у релевантном дијелу гласи:

Сва лица на територији Босне и Херцеговине уживају људска права и слободе из става 2. овог члана, што укључује:

е) Право на правично саслушање у грађанским и кривичним стварима и друга права у вези са кривичним поступком

39. Члан 6 Европске конвенције у релевантном дијелу гласи:

1. Приликом утврђивања грађанских права и обавеза или основаности било какве кривичне оптужбе против њега, свако има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року пред независним и непристраним, законом установљеним судом.

3. Свако ко је оптужен за кривично дјело има сљедећа минимална права:

д) да сам испитује или захтјева испитивање свједока оптужбе и да се присуство и саслушање свједока одбране одобри под условима који важе и за свједоке оптужбе;

40. У конкретном случају се ради о кривичном поступку у ком је утврђивана основаност кривичне оптужбе против апеланта, па је члан 6 Европске конвенције примјењив. Стога, Уставни суд треба да испита да ли је поступак пред судовима био правичан онако како захтијева члан 6 Европске конвенције.

41. Апелант кршење својих права наведених у апелацији види у томе што Суд БиХ није допустио одбрани да у току кривичног поступка доказује чињенице у истој мјери како је то омогућено Тужилаштву, те да доказе које је изводила одбрана није прихватао без оправданог

разлога, док су у другостепеној одлуци цијењени ирелевантним или неспорним, а при томе докази одбране нису цијењени с једнаком пажњом као докази тужилаштва. Даље, напомиње да су докази одбране довели у сумњу доказе тужилаштва, те да на тај начин Суд БиХ није правилно примијенио члан 3 ЗКП БиХ (*in dubio pro reo*).

42. У вези с тим Уставни суд, прије свега, указује да према пракси Европског суда за људска права (у даљњем тексту: Европски суд) и Уставног суда задатак ових судова није да преиспитују закључке редовних судова у погледу чињеничног стања и примјене права (види Европски суд, *Pronina против Русије*, одлука о допустивости од 30. јуна 2005. године, апликација број 65167/01). Наиме, Уставни суд није надлежан да супституише редовне судове у процјени чињеница и доказа, већ је генерално задатак редовних судова да оцијене чињенице и доказе које су извели (види Европски суд, *Thomas против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 10. маја 2005. године, апликација број 19354/02). Задатак Уставног суда је да испита да ли је евентуално дошло до повреде или занемаривања уставних права (право на правично суђење, право на приступ суду, право на дјелотворан правни лијек и др.), те да ли је примјена закона била, евентуално, произвољна или дискриминаторска. Дакле, у оквиру апелационе надлежности Уставни суд се бави искључиво питањем евентуалне повреде уставних права или права из Европске конвенције у поступку пред редовним судовима.

43. Уставни суд запажа да је апелант коначном одлуком Апелационог вијећа проглашен кривим што је радњама поближе описаним у изреци пресуде починио кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва из члана 173 став 1 тачка е) у вези с чланом 180 став 1 КЗБиХ, које је починио 11. јула 1992. године. Наиме, Уставни суд запажа да је у конкретном случају Суд БиХ на основу свих проведених доказа утврдио да је апелант, у вријеме и на начин како је описано у изреци првостепене пресуде, предузео кривично-правне радње које представљају радње извршења кривичног дјела ратног злочина против цивилног становништва, то јест да је за вријеме рата у БиХ, кршећи правила међународног хуманитарног права, присилио другу особу на сексуални однос употребом пријетње директним нападом на њено тијело. При томе Уставни суд указује да је Суд БиХ појаснио на основу којих доказа је утврдио да постоје општи елементи кривичног дјела које је апеланту стављено на терет, затим да је утврђено да је апелант у то вријеме био припадник оружаних снага Војске Републике Српске, као и да је оштећена 3-1 била припадница хрватског народа те да из апелантових радњи произилази дискриминаторна намјера која је примјењивана на особу која није припадница српске етничке груп. За овакво утврђење Суд БиХ је дао детаљно и јасно образложење које ни у једном дијелу не изгледа произвољно или неприхватљиво само по себи, нити доводи у сумњу закључке о извршеном кривичном дјелу које је апеланту стављено

на терет. У том контексту, а будући да апелант посебно проблематизује да му је повријеђено право на одбрану јер није имао равноправан статус с Тужилаштвом БиХ, будући да апелант сматра да су докази одбране довели у озбиљну сумњу доказе Тужилаштва слиједом чега у оспореним одлукама није примијењен принцип *in dubio pro reo*, Уставни суд запажа да је Суд БиХ у првостепеној пресуди исцрпно образложио да је на основу исказа свједока у овом предмету, као и уложених материјалних доказа, утврдио да је поред постојања оружаног сукоба у инкриминисано вријеме, неспорно утврђено да је апелант у то вријеме био припадник оружаних снага Војске Републике Српске.

44. Затим, у погледу силовања оштећене З-1, Суд БиХ је навео да је на основу проведених доказа утврдио да се оно десило на начин и у временском периоду како је то описано у чињеничном супстрату измијењене оптужнице. Наведено је да је начин силовања увјерљиво описала оштећена З-1, а то су сагласно потврдили у својим исказима и свједоци Тужилаштва, Марија К., А. К. и Марко К., те да ови наводи нису доведени у питање исказима свједока одбране Милета Б., Момира Б. и К. Б., као ни изјавом коју је дао апелант у својству свједока. С тим у вези Суд БиХ је јако детаљно интерпретирао изјаве оштећене З-1 као и свих саслушаних свједока оптужбе и одбране, те исказ апеланта дат у својству свједока. При томе, Уставни суд запажа да је Суд БиХ нарочиту пажњу посветио анализи исказа који је дао апелант у својству свједока, те да је детаљно појаснио зашто сматра да апелантов исказ није вјеродостојан и да не доводи у сумњу његову кривицу, а чијом оцјеном су редовни судови утврдили да је апелант на описани начин починио кривично дјело које му је стављено на терет. Стога се показују као неосновани апелантови наводи да је у његовом случају прекршен принцип *in dubio pro reo*. Наиме, сходно мишљењу Уставног суда, позивање на принцип *in dubio pro reo* може да буде доведено у питање уколико изостане цјеловита анализа свих проведених доказа у образложењу судске одлуке која такву евентуалну сумњу отклања. У претходном дијелу ове одлуке Уставни суд је већ закључио да анализа проведених доказа нити у једном сегменту није изостала, тј. образложење оспорених пресуда не оставља никакву сумњу у закључак редовних судови да је апелант, на начин описан у изреци пресуде, починио то кривично дјело. Стога, Уставни суд сматра да су у конкретном случају апелантови наводи о повреди принципа *in dubio pro reo* такође неосновани.

45. Затим, у погледу апелантових навода да му је повријеђено право на равноправност страна у поступку због одбијања провођења предложених доказа Уставни суд наглашава да члан 6 Европске конвенције не гарантује право да сви доказни приједлози буду прихваћени. Такође, право на правично суђење не захтијева да се слиједи било каква одређена правила у оцјењивању доказа пред кривичним судовима. Домаћи судови треба да оцијене приједлоге

који су изнесени њима, као и значај доказа на које оптужени желе да се позове (види, *inter alia*, Европски суд за људска права, *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Шпаније*, пресуда од 6. децембра 1988. године, серија А број 146, тачка 68). Институције Европске конвенције су усвојиле став да домаћи судови уживају дискреционо овлашћење да сами одлуче да саслушају свједоке за које сматрају да ће им помоћи у утврђивању истине, односно да оцијене да ли је нужно да се позову предложени свједоци или проведу други предложени докази, пазећи да се не наруше смисао и циљ права на правично суђење који обавезују да се суђење одвија «под једнаким условима» и уз «једнакост оружја». Члан 6 став 3 Европске конвенције захтијева само да суд наведе разлоге због којих је одлучио да не проведе предложене доказе које је оптужени изричито захтијевао (види Европски суд за људска права, *Vidal protiv Белгије*, пресуда од 22. априла 1992. године, серија А број 235, тачка 34).

46. Доводећи принципе из претходне тачке у везу с конкретним случајем, Уставни суд запажа да је Суд БиХ, како то произилази из првостепене пресуде, провео све доказе које је, након проведених доказа Тужилаштва БиХ, предложила апелантова одбрана. Даље, Уставни суд запажа да је након тога Суд БиХ одбио апелантов приједлог за провођење додатних доказа, затим апелантов приједлог за вјештачење његове урачунљивости *tempore criminis* као и да је Апелационо вијеће одбило апелантов приједлог за саслушање два „нова свједока“. У вези с тим, Уставни суд запажа да је Суд БиХ, у складу с одредбама члана 239 ЗКПБиХ, детаљно и јасно образложио зашто није прихватио ни један од напријед наведених апелантових приједлога и да је при томе истакао зашто наведени приједлози не доприносе разјашњењу ствари, те с тим у вези зашто је из проведених доказа закључено да је апелант починио кривично дјело које му је стављено на терет. Тиме је, дакле, Апелациони суд испоштовао своју обавезу гарантовану чланом 6 став 3д Европске конвенције која, у смислу праксе Европског суда, захтијева само да суд наведе разлоге због којих је одлучио да не проведе предложене доказе које је оптужени изричито захтијевао.

47. Стога, Уставни суд сматра да у конкретном случају није изостала брижљива и савјесна оцјена свих доказа, на основу којих је утврђено ван сваке разумне сумње да је апелант починио кривично дјело за које је проглашен кривим. Чињеница да је суд одбио да проведе и неке од доказа које је апелант предлагао представља дискреционо право суда да одлучи које доказе сматра релевантним за расправљање конкретне ствари, а што има упориште и у ставу да се оптуженом не гарантује неограничено право да се осигура појављивање свједока на суду. Најзад, Уставни суд указује да су у образложењу оспорене првостепене пресуде исцрпно побројани и докази оптужбе и докази одбране који су проведени на главном претресу, а чијом оцјеном су редовни судови утврдили да је апелант на описани начин починио кривично дјело.

Осим тога, у односу на апелантове наводе да није имао довољно времена за припрему завршне ријечи у писменој форми, Уставни суд указује да ЗКПБиХ не прописује обавезу припреме завршне ријечи у писменој форми, нити предвиђа да, уколико завршна ријеч није поднесена у писменој форми, настају посљедице за сам поступак и право на одбрану оптуженог лица, те да пропуштање подношења завршне ријечи у писменој форми ни на који начин не умањује квалитет одбране у кривичном поступку нити негативно утиче на исход поступка. Стога, Уставни суд закључује да апеланту због тога није била ускраћена разумна могућност да представи свој случај, укључујући и доказе, под условима који га не стављају у неповољнији положај у односу на супротну страну, а на начин који би довео у питање равноправност странака у поступку. С обзиром на наведено, Уставни суд сматра да принцип равноправности страна у поступку није на било који начин нарушен на апелантову штету.

48. Стога, Уставни суд није пронашао елементе који би указивали на повреду права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције у контексту апелационих навода које је разматрао у претходним тачкама ове одлуке..

б) Кажњавање само на основу закона

49. Члан 7 Европске конвенције гласи:

1. Нико се не може сматрати кривим за кривично дјело настало чињењем или нечињењем које није представљало кривично дјело у вријеме извршења, према националном или међународном праву. Исто тако, изречена казна неће бити тежа од оне која се примјењивала у вријеме извршења кривичног дјела.

2. Овај члан не утиче на суђене или кажњавање било које особе која је крива за чињење или нечињење, ако је то дјело у вријеме извршења представљало кривично дјело према општим начелима признатим код цивилизованих народа.

50. С друге стране, у погледу апелантових навода да је у овом поступку произвољно примијењено материјално право, Уставни суд запажа да из пресуде Апелационог вијећа, као и жалбе коју је апелант доставио у прилогу апелације, произилази да је апелант у жалби истакао да је требало да се у његовом случају примијени КЗСФРЈ који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела који је за њега блажи и повољнији, а не КЗБиХ, који је за њега неповољнији и строжи. С тим у вези Уставни суд подсјећа да је у досадашњој пракси разматрао више готово идентично чињеничних и правних питања с аспекта кршења члана 7 Европске конвенције.

51. Уставни суд прије свега указује да се ради о кривичном дјелу које је у одредбама КЗБиХ прописано у члану 173 став 1 тачка е) - Кривична дјела против човјечности и

вриједности заштићених међународним правом (Глава XVII), односно које је у одредбама КЗСФРЈ прописано у члану 142 - Кривична дјела против човјечности и међународног права (Глава XVI). Дакле, ради се о кривичном дјелу из групе тзв. ратних злочина. Такође, Уставни суд запажа да је у конкретном предмету, у погледу кршења члана 7 Европске конвенције, покренуто питање које је неопходно сагледати с више аспеката и одговорити на основни апелациони навод у погледу примјене „блажег“ закона.

52. С тим у вези Уставни суд подсјећа да је питање примјене блажег закона, у контексту Одлуке Европског суда у предмету Абдуладхима Мактоуфа и Горана Дамјановића (види Европски суд, *Мактоуф и Дамјановић против Босне и Херцеговине*, апликације бр. 2312/08 и 34179/08, пресуда од 18. јула 2013 године; у даљњем тексту: *Мактоуф и Дамјановић*), разматрао читавом низу својих одлука које је донио након наведене одлуке Европског суда, те се с обзиром на наведено у том контексту, у погледу уопштених разматрања о примјени блажег закона, у цијелости позива на образложење тих одлука (види нпр., Одлука о допустивости и меритуму број *АП 325/07* од 27. септембра 2013. године, тачка 35. до 45), и *АП 556/12* од 4. јула 2014. године, тачка 44. до 50. доступна на www.ustavnisud.ba), с обзиром да се наведена образложења у том дијелу у цијелости односе и на ову одлуку.

53. Доводећи претходно изнесене принципе у везу с конкретним предметом Уставни суд указује да питање примјене материјалног права зависи од околности сваког предмета појединачно. Уставни суд наглашава да те околности зависе од висине изречене казне и запријеђене казне, односно од распона прописаних казни према закону који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела и у закону на основу ког је изречена казна (КЗСФРЈ односно КЗБиХ). У вези с тим, Уставни суд подсјећа да је кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва било дефинисано у оба закона (КЗСФРЈ и КЗБиХ) на идентичан начин, али да је распон запријеђене казне различит. Будући да је апеланту у конкретном случају за кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва изречена казна затвора у трајању од седам година, која према КЗБиХ представља мању казну од законског минимума запријеђене казне за то кривично дјело (према члану 173 КЗБиХ то је казна затвора од најмање 10 година), Уставни суд сматра да је и у овом случају од посебне важности било да се утврди који је закон (КЗСФРЈ или КЗБиХ) блажи, односно повољнији у погледу прописане минималне казне, што је Апелационо вијеће у конкретном случају пропустило да учини.

54. Наиме, Уставни суд примјећује да је Апелационо вијеће испитало и дало образложење због чега је у конкретном случају примијенило релевантне одредбе КЗБиХ у односу на

кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва. Међутим, Уставни суд запажа да је Апелационо вијеће у том правцу појаснило да преузети КЗСФРЈ прописује смртну казну, а да КЗБиХ за исто кривично дјело прописује казну дуготрајног затвора, те се у том смислу позвало на више својих одлука у којима је, искључиво због могућности изрицања смртне казне, закључило да је КЗБиХ блажи за починиоца. Наиме, Апелационо вијеће је, с аспекта прописаних казни, установило да је поређење максималних затворских казни основна околност за одлучивање о том питању и да је, стога, КЗБиХ блажи закон, јер не постоји тежа казна од смртне казне која је била максимална казна према КЗСФРЈ. Такође је истакнуто да је смртна казна била на снази у вријеме учињења кривичног дјела и да се не може једноставно занемарити. Након компарирања казни, Апелационо вијеће је закључило да је запријеђена казна према КЗБиХ у сваком случају повољнија, јер не прописује смртну казну која је према међународном обичајном праву свакако строжа од казне дуготрајног затвора.

55. Уставни суд, у вези с образложењем оспорене пресуде Апелационог вијећа у погледу примјене КЗБиХ као „блажег“ закона, примјећује да апеланту није изречена казна дуготрајног затвора, већ му је, због постојања посебно олакшавајућих околности, изречена казна затвора у трајању од седам година, дакле казна која је испод прописаног минимума. То, даље, значи да апеланту није изречена казна за тежи облик кривичног дјела ратног злочина против цивилног становништва, што би даљњим компарирањем с одредбама КЗСФРЈ, којим је за такав облик кривичног дјела запријеђена казна затвора у трајању од пет до 15 година, значило да је постојала могућност да се апеланту изрекне казна у краћем трајању, у оквиру прописаног распона. С обзиром на наведено, имајући у виду запријеђени распон казни према КЗСФРЈ и КЗБиХ, недвосмислено произилази да је у околностима конкретног случаја блажи КЗСФРЈ с тим да та околност сама по себи не значи да би апелант и добио мању казну да је у његовом случају примијењен КЗСФРЈ. Стога, Уставни суд сматра да су, у околностима конкретног случаја, оспореним пресудама повријеђена апелантова права из члана 7 став 1 Европске конвенције те да је у том смислу, с циљем заштите апелантових уставних права, довољно да се укине оспорена Пресуда Апелационог вијећа број С1 1 К 003426 10 Крл (Х-КРЖ-07/442) од 27. септембра 2011. године и врати предмет том суду да донесе нову одлуку у складу с чланом 7 став 1 Европске конвенције, у односу на изрицање казне.

56. На крају, Уставни суд указује да ни у овом случају, као ни у низу предмета из новије праксе у којима је утврдио повреду члана II/2 Устава Босне и Херцеговине и члана 7 став 1 Европске конвенције и укинуо пресуде Суда БиХ с налогом да се донесе нова одлука којом ће бити отклоњена утврђена повреда, није одлучивао о прекиду издржавања казне затвора и апелантовом евентуалном пуштању на слободу, нити о процедури према којој ће Суд БиХ

донијети нову одлуку. Такође, Уставни суд наглашава да је оспорена другостепена пресуда укинута овом одлуком Уставног суда само у односу на примјену члана 7 Европске конвенције, те да ће о евентуалном лишавању слободе апеланта одлучивати Тужилаштво БиХ и Суд БиХ, у складу са својим надлежностима.

ц) Остали наводи

ц1) Право на личну слободу и сигурност

57. Апелант такође наводи да му је оспореним одлукама повријеђено и право из члана II/3д) Устава Босне и Херцеговине и члана 5 Европске конвенције, али није посебно образложио те наводе. У вези с тим, Уставни суд запажа да из уводног дијела оспорених пресуда произилази да се апелант бранио са слободе, те да до правоснажности одлуке којом је проглашен кривим није дошло до његовог лишења слободе. Стога, будући да апелант осим паушалних навода није понудио било какве аргументе нити је доставио било какве доказе који би могли да укажу на кршење овог права, Уставни суд закључује да су и ови апелантови наводи неосновани.

ц2) Општа забрана дискриминације

58. Апелант је указао и на повреду прав из члана 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију.

59. Члан 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију гласи:

Општа забрана дискриминације

1. Уживање свих права одређених законом осигураће се без дискриминације на било којој основи као што је спол, раса, боја коже, језик, вјера, политичко или друго мишљење, национално или социјално поријекло, припадност националној мањини, имовина, рођење или други статус.

2. Никога не смију дискриминирати јавна тијела на било којој основи, како је и наведено у ставу 1.

60. Из навода апелације произилази да се апелант позвао и на право на забрану дискриминације према члану 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију. У вези с тим Уставни суд подсјећа да члан 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију садржи општи принцип забране дискриминације и гарантује уживање свих права одређених законом без дискриминације на било којој основи као што је пол, раса, боја коже, језик, вјера, политичко или друго мишљење, национално или социјално поријекло, припадност националној мањини, имовина, рођење или други статус.

61. Уставни суд запажа да у конкретном случају апелант осим навођења цитиране одредаба није понудио доказе и аргументе који би указивали да је он другачије третиран у односу на друге особе које су оптужене за иста или слична кривична дјела, нити из навода апелације и достављене документације то произилази. При томе Уставни суд запажа да апелантове генералне тврдње о дискриминацији без прецизирања у односу на које лице или групу лица је дискриминисан и без доставе релевантне документације везане за те околности, онемогућава Уставни суд да испитује апелантове наводе о дискриминацији.

62. Имајући у виду наведено, Уставни суд закључује да су апелантови наводи о повреди права из члана 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију неосновани.

VIII. Закључак

63. Уставни суд закључује да је Суд БиХ прекршио апелатно право из члана II/2 Устава Босне и Херцеговине и члана 7 став 1 Европске конвенције јер је у конкретном случају ретроактивна примјена КЗ била на апелантову штету у погледу изрицања казне.

64. С друге стране Уставни суд закључује да није прекршено апелантово право на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 Европске конвенције, јер у околностима конкретног случаја нема ничега што би упутило на закључак да је у осталом дијелу оспорених одлука било произвољности Суда БиХ у односу на остале апелантове приговоре на које је неосновано указао.

65. Такође, Уставни суд сматра да нема повреде права на личну слободу и сигурност из члана II/3д) Устава Босне и Херцеговине и члана 5 Европске конвенције када апелант, осим паушалних навода, не понуди било какве аргументе нити достави било какве доказе који би могли да указују на кршење тог права.

66. Уставни суд закључује да су апелантови наводи о повреди права из члана 1 Протокола број 12 уз Европску конвенцију, неосновани јер апелант није понудио било какве доказе да је у овом поступку био подвргнут различитом третману у аналогној ситуацији.

67. На основу члана 59 ст. (1), (2) и (3) и члана 62 став (1) Правила Уставног суда, Уставни суд је одлучио као у диспозитиву ове одлуке.

68. Сходно члану VI/5 Устава Босне и Херцеговине, одлуке Уставног суда су коначне и обавезујуће.

Предсједица
Уставног суда Босне и Херцеговине

Валерија Галић