

УДК/UDC 342.4(497.6):341.231.14

341.645:341.231.14

343.8

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / REVIEW ARTICLE

*Академик проф. др Миодраг Н. Симовић*

Уставни суд Босне и Херцеговине  
Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

*Проф. др Марина М. Симовић*

Омбудсман за дјецу Републике Српске  
Факултет правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ у  
Бањој Луци

## **КАЖЊАВАЊЕ САМО НА ОСНОВУ ЗАКОНА (ИЗ ЧЛАНА 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА) У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ**

*Гаранција из члана 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, која је суштински елемент владавине права, заузима истакнуто мјесто у систему заштите према овој конвенцији, како је истакнуто чињеницом да од ње није могућа дерогација по члану 15, чак ни у времену рата или других јавних ванредних ситуација које угрожавају живот нације. Она треба да се тумачи и примјењује, како слиједи из њеног циља и сврхе, на такав начин да обезбиди дјелотворне заштитне механизме против произвољног кривичног гоњења, осуђујућих пресуда и кажњавања.*

Миодраг Н. Симовић, [miodrag.simovic@ustavnisud.ba](mailto:miodrag.simovic@ustavnisud.ba). Аутор је судија Уставног суда БиХ, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, редовни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука, редовни члан Европске академије наука и умјетности и редовни члан Балканског научног центра Руске академије природних наука.

Марина М. Симовић, [vlado\\_s@blic.net](mailto:vlado_s@blic.net). Ауторка је секретар у Омбудсману за дјецу Републике Српске и ванредни професор на Факултету правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ у Бањој Луци.

*Члан 7 Конвенције није ограничен на забрану ретроактивне примјене кривичног права на штету оптуженог. Он такође обухвата, уопштеније гледано, принцип да само закон може да дефинише кривично дјело и пропише казну (nullum crimen, nulla poena sine lege). Иако забрањује нарочито проширивање обима постојећих кривичних дјела на понашања која раније нису била кривична дјела, он такође предвиђа принцип да кривично право не смије да се тумачи широко на штету оптуженог, на примјер аналогичом.*

*Слиједи да кривична дјела и релевантне казне морају јасно да се дефинишу законом. Тај услов је испуњен када појединац може да зна из формулације релевантне одредбе, ако је потребно уз тумачење суда и након добијања одговарајућег правног савјета, која чињења и нечињења га чине кривично одговорним и коју казну може да добије због тога. Суд стога мора да потврди да су у вријеме када је оптужено лице извршило радње које су довеле до тога да је оно кривично гоњено и осуђено – на снази биле законске одредбе које су ту радњу проглашавале кажњивом и да кажњавање о коме је одлучено није превазилазило границу одређену том одредбом.*

**Кључне ријечи:** Устав Босне и Херцеговине; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода; Уставни суд Босне и Херцеговине; Европски суд за људска права; Кривично дјело.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Концепт „казне“ у члану 7 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода<sup>1</sup> јесте, као и појам „грађанских права и обавеза“ и „кривичне оптужбе“ у члану 6 став 1, аутономни концепт Конвенције. Да би заштита по члану 7 била дјелотворна, Европски суд за људска права<sup>2</sup> мора да има слободу да иде даље од онога што је на површини и да оцијени, сам за себе, да ли нека конкретна мјера по својој суштини чини „казну“ у смислу ове одредбе.<sup>3</sup>

Формулација члана 7 став 1, друга реченица, указује на то да је почетна позиција у свакој оцјени постојања казне питање да ли је нека мјера о којој је ријеч изречена након осуђујуће пресуде за „кривично дјело“. Други фактори који се могу узети у обзир као релеванти, у вези с тим, су: природа и циљ мјере; њена карактеризација по домаћем праву; процедуре укључене у доношење и имплементирање мјере и њена тежина.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> У даљем тексту: Европска конвенција.

<sup>2</sup> У даљем тексту: Европски суд.

<sup>3</sup> Види пресуду у предмету *Welch*, став 27 и предмету *Jamil*, став 30.

<sup>4</sup> Види пресуду у предмету *Welch*, став 27 и предмету *Jamil*, став 30.

Тежина мјере није одлучујућа сама по себи, пошто много некривичних мјера превентивне природе могу да имају значајан утицај на лица на која се односе.<sup>5</sup>

И Комисија за људска права и Европски суд у својој судској пракси направили су разлику између мјере која представља суштину „казне“ и мјере која се односи на „извршење“ или „спровођење“ „казне“. Као посљедица тога, тамо гдје се природа и циљ мјере односе на скраћење изречене казне или на промјену у режиму за раније ослобађање, то не чини дио „казне“ у смислу члана 7.<sup>6</sup> У предмету *Utley*, на примјер, Суд је нашао да промјене које су направљене у правилима о ранијем ослобађању, након што је подносилац представке осуђен, нису биле „примијењене“ на њега, већ су биле дио општег режима који се примјењује на све затворенике и далеко од тога да су биле казнене природе; природа и циљ те „мјере“ били су да се дозволи раније ослобађање, тако да се нису могле сматрати „тешким“ саме по себи. Суд је, сходно томе, нашао да примјена новог режима за раније ослобађање на подносиоца представке – није била дио „казне“ која је њему изречена.

У предмету *Kafkaris*, гдје су промјене у затворским прописима лишиле затворенике који служе доживотне затворске казне – укључујући и подносиоца представке – права на скраћење изречене казне, Суд сматра да су се промјене односиле на извршење изречене казне, а не на казну која је изречена подносиоцу представке, а која је остала доживотна казна затвора. Суд је објаснио да иако су промјене у затворским прописима и у условима ослобађања могле да доведу до тога да затворска казна подносиоца представке буде тежа, те промјене нису се могле тумачити као да му се уводи строжа казна од оне коју му је изрекао суд. У вези с тим, Суд је поновио да питања која се односе на политике ослобађања, начин њиховог спровођења и разлоге који су у њиховом основу – улазе у овлашћење страна уговорница Конвенције које треба да утврде своју политику у кривичној области.<sup>7</sup>

Међутим, Суд такође препознаје да у пракси разлика између мјере која представља „казну“ и мјере која се односи на „извршење“ или „спровођење“ казне – не може увијек да буде потпуно јасна.<sup>8</sup> У предмету *Kafkaris*, Суд је прихватио да је начин на који су затворски прописи који

<sup>5</sup> Види пресуде у предметима *Welch*, став 32 и *Van der Velden против Холандије (дец.)*, број 29514/05, ЕCHR 2006 XV.

<sup>6</sup> Види, између осталог, пресуде у предметима *Hogben, Hosein, L.G.R. против Шведске*, број 27032/95, Одлука Комисије од 15. јануара 1997. године; *Grava*, став 51; *Utley*; *Kafkaris*, став 142; *Monne против Француске (дец.)*, број 39420/06, од 1. априла 2008. године; *M. против Њемачке*, став 121 и *Giza против Пољске (дец.)*, број 1997/11, став 31, од 23. октобра 2012. године.

<sup>7</sup> Види пресуду у предмету *Achour*, став 44 и у предмету *Kafkaris*, став 151.

<sup>8</sup> Види пресуде у предметима *Kafkaris*, став 142; *Gurguchiani*, став 31 и *M. против Њемачке*, став 121.

су се односили на извршење изречене казне били схваћени и примијењени на доживотну казну затвора коју је служио подносилац представке – превазилазио само извршење казне. Иако је првостепени суд изрекао подносиоцу представке доживотну затворску казну, затворски прописи образложили су да је то заправо значило казну од 20 година затвора, на коју су затворске власти могле да примјењују скраћења изречене казне. Суд је сматрао да „разлика између обима доживотне затворске казне и начина њеног извршења – стога није директно очигледна” (став 148).

У пресуди у предмету *Gurguchiani*, Суд је сматрао да замјена изречене затворске казне – док се она издржава – протјеривањем и десето-годишњом забраном уласка у земљу, представља казну, управо као што је она која је изречена подносиоцу представке када је био осуђен.

У предмету *М. против Њемачке*, Суд је сматрао да продужење превентивног лишења слободе подносиоца представке од стране судова који су задужени за извршење изречених казни, по закону који је донесен након што је подносилац представке учинио кривично дјело, представља додатну изречену казну која му је ретроспективно одређена.

Европски суд жели да нагласи да термин „изречен“, који се користи у другој реченици, не може да се тумачи као да из подручја дјеловања члана 7 став 1 искључује све мјере које су уведене након изрицања казне. Суд понавља да у вези с тим од кључног значаја јесте да се Конвенција тумачи и примјењује на начин који чини права по Конвенцији практичним и дјелотворним, а не теоретским и илузорним.<sup>9</sup>

С обзиром на изнесено, Суд не искључује могућност да мјере које су предузели законодавни, управни органи или судови након што је изречена коначна казна или док се та казна издржавала, могу да доведу до поновног дефинисања или модификовања подручја казне коју је изрекао првостепени суд. Када се тако нешто догоди, Суд сматра да мјере о којима је ријеч треба да уђу у подручје забране ретроактивне примјене казни која се гарантује чланом 7 став 1 *in fine* Конвенције. Уколико би било другачије, државе би имале слободу – измјеном и допуном закона или поновним тумачењем утврђених прописа, на примјер – да усвоје мјере које ретроактивно поново дефинишу подручје дјеловања изречене казне, на штету осуђеног лица, када он није могао да замисли да ће се то догодити у вријеме када је учињено кривично дјело или изречена казна. У таквим условима члан 7 став 1 не би имао никакав користан ефекат за осуђена лица чији би се обим изречене казне промијенио *ex post facto* на њихову штету. Суд истиче да такве промјене морамо разликовати од промјена које су направљене у начину извршења изречене казне, које не улазе у подручје дјеловања члана 7 став 1 *in fine*.

<sup>9</sup> Види пресуду у предмету *Hirsi Jamaa и други против Италије [ГЦ]*, број 27765/09, став 175, ЕЦХР 2012 и *Scoppola (no. 2)*, став 104.

Да би се утврдило да ли се нека мјера која је предузета током извршења изречене казне односи само на начин извршења изречене казне или, управо супротно, утиче на њен обим, Суд мора да испита у сваком појединачном случају шта изречена казна заправо носи са собом по домаћем праву које је на снази у релевантно вријеме или, другим ријечима, која је њена суштинска природа. При томе, Суд мора узети у обзир домаће право у цјелини и начин на који се оно примјењивало у предметно вријеме.<sup>10</sup>

## 2. НОВИЈА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У више својих пресуда Европски суд је поновио је да члан 7 Конвенције не дозвољава ретроактивну примјену кривичног закона на штету оптуженог. Ова одредба утјеловљује начело према којем кривично дјело и санкција могу бити прописани само законом, који не смије бити тумачен екстензивно – како би ишао на штету оптуженог. Кривично дјело мора бити законом јасно дефинисано (бити „доступно“) и појединац би требало да буде у стању да зна (моћи „предвидјети“) из текста мјеродавне законске одредбе – по потреби уз информисани правни савјет – због којих чињења или пропуста може кривично одговорати.

Сагласно Конвенцији, кажњиво дјело и одговарајућа казна морају бити јасно дефинисани законом. Појединац мора из самог значења одредбе знати које радње или пропусти подразумијевају кривичну одговорност. Међутим, закони се доносе на начин да омогућавају општу примјену, па као такви не могу увијек бити прецизни. Иако је пожељно да закон буде јасан, увијек постоји неизбјежна могућност да се путем судске интерпретације закон прилагоди потребама друштва. Закон се може сматрати довољно предвидљивим, чак и ако је особа требало да претходно затражи правни савјет о могућим посљедицама свог понашања.

2.1. *Василиаускас против Литваније*<sup>11</sup> (осуда подносиоца за геноцид супротна је члану 7 Конвенције будући да није у складу с међународноправном дефиницијом геноцида нити општим начелима права на снази у вријеме учињења дјела)

Подносилац захтјева је од 1952. до пезионисања 1972. године радио за Службу државне безбједности литванског СССР-а (МГБ), те потом КГБ-а. Као виши оперативни официр МГБ-а за регију Шакиаи, по службеној дужности је 2. јануара 1953. године судјеловао у операцији против двојице партизана на подручју наведене регије. Пружајући отпор хапшењу, оба партизана убијена су услед паљбе из ватреног

<sup>10</sup> Види пресуду у предмету *Kafkaris*, став 145.

<sup>11</sup> Захтјев број 35343/05, пресуда Великог вијећа од 20. октобра 2015. године.

оружја. Због заслуга за успјешност наведене операције, подносилац је био одликован. Након стицања независности Литваније, јавно тужилаштво је у априлу 2001. године покренуло истражни поступак ради смрти двоје партизана у наведеном догађају. У септембру исте године подигнута је оптужница против подносиоца, за кривично дјело геноцида на основу члана 71 Кривичног закона (КЗ). Теретио се да је као припадник МГБ-а био свјестан главне сврхе и метода дјеловања тог државног органа, а то су физичко уништавање дијела литванског становништва, односно, припадника партизанског покрета (као засебне политичке групе која је након Другог свјетског рата пружала отпор Совјетском Савезу у борби за ослобођење и независност Литваније), чиме је преузео активну улогу у испуњавању таквог циља, лично лишивши живота двоје припадника те групе.

У међувремену, 2003. године, на снагу је ступио нови КЗ који је кривично дјело геноцида прописао у члану 99. Окружни суд у Каунасу је 4. фебруара 2004. године прогласио подносиоца кривим за кривично дјело геноцида по члану 99 новог КЗ-а и осудио га на казну затвора од шест година. Пресуду је у септембру 2004. године потврдио жалбени суд. Одбацивши приговор подносиоца да је дефиниција геноцида у члану 99 КЗ-а у супротности с дефиницијом из члана 2 Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године (Конвенција о геноциду), жалбени суд је у својој одлуци навео да је укључивање политичких група у опис бића кривичног дјела геноцида у члану 99 КЗ-а у складу с „реалношћу“, те да Конвенција о геноциду ничим изричито не спречава државе странке да тумаче концепт геноцида шире него га прописује Конвенција. Истакнуо је да су литвански партизани, као политичка група, истодобно били дијелом литванског народа, као засебне националне групе. С обзиром на то да су совјетски злочини против литванског народа провођени према критеријуму национално-етничке припадности, жалбени суд је сматрао да су у подносиоачевом случају испуњени предуслови за остваривање дјела геноцида сагласно међународном праву.

Врховни суд је у фебруару 2005. године потврдио пресуду. Додатно се позвао на члан 2 Закона о одговорности за геноцид над литванским становништвом из 1992. године, којим је прописано да се убијање литванског становништва за вријеме окупације и анексије од стране Совјета – има сматрати кривичним дјелом геноцида. Будући да је та одредба транспонирана у члан 99 КЗ-а, Врховни суд је закључио да дилеме подносиоца о тумачењу концепта геноцида ваља одбацити.

Подносилац захтјева је тврдио да је његова осуда за геноцид противна члану 7 Конвенције. Навео је да је кривични закон на основу којег је осуђен, ступио на снагу 2003. године, а да су домаћи судови тумачили појам геноцида у ширем садржају од оног какав је био дефи-

нисан међународним правом које је било на снази у вријеме чињења дјела. Наиме, члан 99 КЗ-а међу заштићене групе, које се имају сматрати жртвама геноцида, укључује и политичке групе, док оне нису обухваћене чланом 2 Конвенције о геноциду. Вијеће Европског суда препустило је одлучивање о предмету Великом вијећу.

С обзиром на то да је злочин геноцида транспониран у литванско кривично законодавство 1992. године, а нови КЗ је ступио на снагу 2003. године, Европски суд је утврдио да је подносилац осуђен на основу прописа који нису били на снази 1953. године, и то слиједом њихове ретроактивне примјене. Пошто описана ситуација упућује на повреду члана 7 Конвенције, Суд је у првом реду испитивао осуду подносиоца с аспекта њеног упоришта у међународном праву које је било на снази 1953. године.

Да ли су међународноправни инструменти о забрани геноцида подносиоцу у довољној мјери били доступни? Велико вијеће је утврдило да је међународно право 1953. године јасно дефинисало и признавало геноцид као међународни злочин, како кодификацијом у облику Конвенције о геноциду, тако и раније – осудом геноцида у Резолуцији Генералне скупштине УН-а из 1946. године. Стога је закључило да је ријеч о дјелу чији су опис и међународноправни инструменти кажњивости за подносиоца били у довољној мјери „доступни“.

Да ли је подносилац могао предвидјети да радње због којих је осуђен могу бити оквалификоване као геноцид на основу међународног права на снази 1953. године? Велико вијеће је у односу на наведено питање заузело негативни суд, и то из сљедећих разлога: Прво, међународноправном дефиницијом геноцида, садржаном у члану 2 Конвенције о геноциду, таксативно су наведене четири заштићене групе – националне, етничке, расне или религијске, те она не обухвата и „политичке групе“. Штавише, *travaux préparatoires* упућивали су на намјеру држава да се политичке групе искључе из досега дефиниције геноцида. Друго, упркос подијељеним мишљењима у међународном обичајном праву о обиму дјела геноцида, као и становитом фаворизовању криминализације геноцида и над политичким групама, међународноправна кодификација геноцида ипак је испустила политичке групе из његове дефиниције и с таквим суженим досегом је досљедно задржана у наредним међународноправним инструментима и јуриспруденцији међународних судова. Треће, у погледу аргумента тужене државе да су литвански партизани били „дијелом“ националне групе која је као таква заштићена Конвенцијом о геноциду, Европски суд сматра да подносилац 1953. године није могао предвидјети тумачење појма „дјелимично уништи ... група“ из члана 2 Конвенције о геноциду“, како су у својим одлукама изнијели домаћи судови. Подносилац посебно није могао предвидје-

ти смјернице за тумачење тог појма нити критеријуме за утврђење геноцида у случајевима намјерног уништења „дијела“ заштићене групе који су касније настали у пракси међународних судова, посебно Међународног кривичног суда за бившу Југославију и Међународног суда правде. Према тим смјерницама и критеријумима, уништење „дијела“ заштићене групе може се сматрати геноцидом према читавој заштићеној групе под условом да је ријеч о значајном дијелу групе.

Да ли су домаћи судови тумачили подносиоцеве радње у складу с разумијевањем концепта геноцида какво је било на снази 1953. године? Разматрајући ово питање Велико вијеће је водило рачуна о стриктним предусловима за утврђење геноцида, у смислу постојања доказа *in concreto* о посебној намјери да се заштићена група циљано уништи у цјелости или дјелимично, што представља јемство да се такав закључак неће донијети олако. Суд је сматрао да литвански судови нису тумачили геноцид у складу са схватањем његовог концепта какав је био на снази 1953. године. Домаћи судови нису располагали чврстим аргументима за утврђење чињенице да су литвански партизани 1953. године чинили битан дио националне групе.

Иако је жалбени суд оквалификовао литванске партизанае као „представнике литванског народа“, дакле као националне, а не политичке групе, није појаснио смисао појма „представници“ нити је изложио историјске или чињеничне темеље за такво утврђење, а исто је пропустио учинити и Врховни суд. Надаље, иако је прихватио да су радње подносиоца имале за циљ уништити партизанае као засебну и јасно идентификујућу групу, карактеристичну по њеном оружаном отпору совјетској власти, Европски суд није аутоматизмом прихватио тврдње тужене државе да конвенцијски појмови „национални“ или „етнички“ могу, према својем уобичајеном значењу, бити проширени на партизанае. Суд је устврдио да домаће власти имају право тумачити дефиницију геноцида шире од њеног међународноправног схватања, али таква дискрециона овлашћења не дозвољавају домаћим судовима да осуде особу на основу ретроактивне примјене такве шире дефиниције. Штавише, закључак домаћих судова да су жртве геноцида потпадале под међународноправну дефиницију геноцида, изведен је аргументом аналогije, и то на штету подносиоца, што чини осуду против њега неодрживом.

Да ли је осуда подносиоца оправдана на основу члана 7 став 2 Конвенције? Велико вијеће је одбацило тврдње тужене државе о кажњивости подносиоцевих радњи на основу општих начела права признатих од цивилизованих народа. Поновило је контекстуалну природу одредбе става 2 члана 7 Конвенције, која не имплицира могућност одступања од општег правила забране ретроактивности, већ има за сврху осигурати да се ваљаност судјења за злочине учињене у Другом свјетском рату не доводи у питање.

Узимајући у обзир све наведено, Велико вијеће Европског суда је установило да подносиочева осуда за геноцид није имала упориште у члану 7 Конвенције и утврдило је повреду те одредбе.

*2.2. Берланд против Француске*<sup>12</sup> (мјере безбједности одређене према особи с душевном сметњом не представљају казну у конвенцијском смислу)

Против подносиоца захтјева је 14. септембра 2007. године подигнута оптужница због сумње да је напао двоје људи и убио бившу дјевојку на начин да ју је на радном мјесту неколико пута избод ножем након што му је рекла да га више не жели видјети. Током новембра 2008. године, државни тужилац је Истражном одјељењу надлежног суда у Дијону поднио захтјев, тражећи да утврди да је подносилац одговоран. Наиме, сагласно Закону о смањеној урачунљивости због душевних сметњи, од 25. фебруара 2008. године, у поступцима у којима се особе с душевним сметњама терете за чињење кривичног дјела, надлежан суд овлашћен је утврдити да таква особа није кривично одговорна, те према таквој особи одредити принудни смјештај и (или) мјеру безбједности. Ово законско рјешење било је другачије од претходног законског рјешења (које је било на снази у вријеме када је учинилац учинио дјело) према којему се с особама с душевним сметњама поступало као према особама у односу на које надлежни суд током поступка није прикупио довољно доказа на основу којих би могао одлучити о кривици. Наиме, тада би истражни судија или надлежни суд донио одлуку о обустављању поступка или ослобађајућу пресуду. Надлежни суд је у пресуди од 18. фебруара 2009. године утврдио да подносилац није кривично одговоран јер има душевну сметњу која утиче на његову моћ расуђивања и због које није у могућности контролисати своје понашање. Надаље, одредио је подносиоцу три мјере безбједности: принудни смјештај, забрану приближавања особама које је напао, те забрану посједовања оружја.

Подносилац је против наведене пресуде поднио ревизију наводећи да је због примјене новог закона њему изречена кривичноправна санкција која не би била изречена да је надлежан суд примијенио закон који је у тренутку чињења противправног дјела био на снази. Пресудом од 14. априла 2010. године, ревизијски суд је одбио ревизију с образложењем да се начело према којем казна мора бити одређена законом – не примјењује на мјере безбједности одређене према особама за које надлежни суд утврди да нису кривично одговорне због душевне сметње.

Позивајући се на члан 7 став 1 Конвенције, подносилац је приговарао на ретроактивну примјену Закона о смањеној урачунљивово-

<sup>12</sup> Захтјев број 42875/10, пресуда од 3. септембра 2015. године.

сти због душевних сметњи од 25. фебруара 2008. године. Овај закон састоји се од два дијела. Први дио односи се на превентивни смјештај у установу специјализовану за особе којима је изречена казна затвора у трајању од 15 година или више, а код којих постоји опасност да неће у потпуности издржати казну. Поступак поводом којег је подносилац поднио захтјев Суду, односи се на други дио који уводи нови поступак у којем је надлежни суд овлашћен утврдити недостатак кривичне одговорности због душевне сметње.

Будући да се подносилац позвао на члан 7 став 1 Конвенције, Европски суд је испитивао да ли је закон којим су прописане мјере безбједности које је суд изрекао подносиоцу, ступиле на снагу прије или након доношења првостепене пресуде, те јесу ли представљале казну у конвенцијском смислу. Суд је истакао да је конвенцијски појам казне из члана 7 став 1 аутономан, те како је стога ирелевантна дефиниција казне у домаћем правном систему. Исто тако, примијетио је да државе чланице Савјета Европе различито уређују кривично законодавство, те да одређена санкција у једном правном систему може бити казна, док у другом може бити мјера безбједности. Стога, Суд мора разликовати казну (као што је то, примјера ради, превентивни смјештај којег предвиђа њемачко законодавство) од мјере безбједности (нпр. уписивање учинилаца кривичних дјела против полне слободе у регистар учинилаца) која није обухваћена чланом 7 Конвенције.

Суд је, прије свега, примијетио да је мјеру безбједности одредило Истражно одјељење надлежног суда у Дијону. Тај исти суд донио је првостепену пресуду којом је утврдио да из доказа произлази да је подносилац учинио дјело из оптужнице, али да није кривично одговоран, јер болује од душевне сметње која утиче на његову моћ расуђивања и због које није у могућности контролисати своје понашање. Надлежни суд је нагласио да „из доказних средстава произлази да је (подносилац) учинио дјело које му је стављено на терет. Међутим, то не значи да се против њега мора изрећи казна, већ указује на постојање стања које може проузроковати правне посљедице.“

Суд је, исто тако, примијетио да је ревизијски суд сматрао да треба избрисати ријечи „својевољно“ из првостепене пресуде будући да је изостао елемент урачунљивости, као један од елемената кривичног дјела. Стога је Суд закључио да надлежни суд није подносиоцу одредио мјере безбједности као казну због учињеног кривичног дјела. Надаље, у француском законодавству мјере које су одређене подносиоцу не представљају казну на коју би се могло примијенити начело ретроактивности. Сврха одређивања принудног смјештаја била је та да се подносиоцу омогући одговарајући медицински третман, те да се сприје-

чи репетитивно понашање. Поред тога, за вријеме трајања принудног смјештаја подносилац је био у могућности поднијети захтјев за његовим укидањем. Слиједом изнесеног, принудни смјештај, чије трајање није било унапријед одређено, није представљао казну јер је његова сврха била превентивна, а не репресивна.

У односу на друге двије изречене мјере безбједности – забрану приближавања и забрану посједовања оружја, Суд је навео да су се оне могле одредити када је то било нужно због спречавања репетитивног понашања особе код које је изостао елемент кривичне одговорности, због заштите особе која је дјело учинила, жртве или породице жртве, те због спречавања ремећења јавног реда и мира. Надаље, Суд је примијетио да је сврха одређивања принудног смјештаја била да се подносиоцу омогући одговарајући медицински третман, те да се спријечи репетитивно понашање. Поред тога, Суд је истакао да је током трајања принудног смјештаја подносилац био у могућности поднијети захтјев за његовим укидањем. Слиједом тога, принудни смјештај чије трајање није унапријед било одређено, није представљао казну јер је његова сврха била превентивна, а не репресивна.

На крају, Суд је примијетио да је надлежни суд у случају непридржавања могао укинути мјере безбједности, те их замијенити казном затвора у трајању од двије године. Међутим, до тога је могло доћи једино под условом да је учинилац у тренутку чињења кривичног дјела био кривично одговоран. У таквом случају, дошло би до понављања поступка.

Сагласно изнесеном, Суд је закључио да мјере безбједности изречене подносиоцу не представљају „казну“ у смислу члана 7 став 1 Конвенције, него превентивне мјере које искључују примјену начела ретроактивности. Суд је стога утврдио да није дошло до повреде члана 7 став 1 Конвенције.

### 2.3. *Рохлена против Чешке Републике*<sup>13</sup> (није дошло до ретроактивне примјене закона код продуженог кривичног дјела)

Против подносиоца захтјева је 29. маја 2006. године подигнута оптужница због континуираног злостављања супруге у раздобљу од 2000. до 2006. године, и то под утицајем алкохола. Надаље, против подносиоца је подигнута и оптужница ради злостављања дјецe, те што је прокоцкао кућни буџет на апаратима за срећу. Према наводима из оптужнице, државно тужилаштво сматрало је подносиоца кривим за кривично дјело „злостављања особе у заједничком домаћинству“ из члана 215а Кривичног закона, које је прије 1. јуна 2004. године, када је ступио на снагу нови Кривични закон, представљало кривична дјела „насиље према појединцу или групи појединаца“ и „напад који узрокује тјелесну озљеду“.

---

<sup>13</sup> Захтјев број 59552/08, пресуда Великог вијећа од 27. јануара 2015. године.

Суд је 18. априла 2007. године осудио подносиоца због кривичног дјела „злостављања особе у заједничком домаћинству“, учињеног у раздобљу од 2000. до 2006. године, и изрекао му казну затвора од двије године, те примијенио условну осуду у трајању од пет година. Подносиоцу је изречена и мјера надзора, те му је одређено лијечење од алкохолизма.

Домаћи суд је заузео став да се и дјела учињена прије ступања на снагу новог Кривичног закона могу квалификовати као кривично дјело „злостављања особе у заједничком домаћинству“, будући да су она у вријеме када су учињена представљала најмање кривично дјело „насилје према појединцу или групи појединаца“ прописано чланом 197а старог Кривичног закона. Подносилац је против првостепене пресуде поднио жалбу у којој је оспорио чињенична утврђења. Међутим, жалбени суд је ову жалбу одбио.

Врховни суд је 21. фебруара 2008. године одбио ревизију подносиоца с образложењем да када постоји „продужено кривично дјело“, његова класификација у кривичном праву мора се процјењивати сагласно закону који је био на снази у тренутку чињења посљедње радње. Нови закон се стога примјењује и на радње учињене прије његовог ступања на снагу, под условом да се ради о радњама које су представљале кривично дјело према ранијем закону. Врховни суд је закључио да су радње подносиоца учињене прије 1. јуна 2004. године, када је ступио на снагу нови Кривични закон, представљале кривична дјела описана и кажњива сагласно чл. 197а и 221 Кривичног закона који је био на снази у тренутку када су ти напади учињени, те како су стога испуњени основни услови за постојање продуженог кривичног дјела. Уставни суд је 10. јуна 2008. године одбио уставну тужбу подносиоца, наводећи да су одлуке донесене од стране домаћих надлежних судова логичне и досљедне, те нису довеле до ретроактивне примјене закона који би узроковао повреду Конвенције.

Позивајући се на члан 7 Конвенције, подносилац је приговарао да је дошло до ретроактивне примјене Кривичног закона, истичући да је осуђен за продужено кривично дјело злостављања особе у заједничком домаћинству, те како је осуда обухватала и радње извршене прије увођења наведеног кривичног дјела у Кривични закон. Вијеће Европског суда је 18. априла 2013. године донијело пресуду којом је утврдило да није дошло до повреде члана 7 Конвенције. Сагласно члану 43 Конвенције, подносилац је поднио захтјев за подношењем случаја Великом вијећу које је 9. септембра 2013. године прихватило захтјев.

Европски суд је нагласио да није овлашћен да одлучује о кривичној одговорности подносиоца захтјева, будући да је такво одлучивање искључу-

чиво у рукама домаћих судова. Задатак Суда је испитати представљају ли подносиоцеве радње, укључујући оне учињене прије 1. јуна 2004. године, када је на снагу ступио нови Кривични закон, кривично дјело које је на довољно предвидљив начин дефинисано домаћим правом. Надаље, Суд је требало да установи да ли је због примјене наведене одредбе од стране домаћих судова на радње које је подносилац учинио прије 1. јуна 2004. године – постојала могућност да се подносиоцу изрекне тежа казна.

Европски суд је примијетио да је против подносиоца донесена осуђујућа пресуда због континуираног физичког и психичког насиља које је подносилац под утицајем алкохола учинио над својом супругом између 2000. и 2006. године. Врховни суд је у пресуди од 21. фебрура 2008. године прихватио правну класификацију да се ради о кривичном дјелу злостављања особе у заједничком домаћинству према Кривичном закону који је био на снази од дана 1. јуна 2004. године, те је исту правну класификацију примијенио и на нападе које је подносилац учинио према својој супрузи прије наведеног датума. Врховни суд је стога закључио да је члан 215а примјењив и на радње које је подносилац раније учинио, под условом да су те радње биле квалификоване као кривично дјело по ранијем Кривичном закону. Надаље, установио је да су напади које је подносилац учинио прије 1. јуна 2004. године представљали кривична дјела описана и кажњива по чл. 197а и 221 Кривичног закона који је у то вријеме био на снази. Врховни суд је закључио да су подносиоцеве раније радње представљале кривично дјело злостављања особе у заједничком домаћинству. Будући да је предметно кривично дјело учињено у раздобљу од 2000. до 2006. године, Врховни суд је додао да су због трајања злостављања испуњене материјалне претпоставке због којих се може сматрати да се ради о његовом тежем облику.

Европски суд је истакао да је Врховни суд у свом тумачењу узео у обзир начин на који је концепт продуженог кривичног дјела уведен у Кривични закон током 1994. године, односно прије првог напада којег је подносилац починио према својој супрузи. Будући да су подносиоцеве радње, учињене прије 1. јуна 2004. године, представљале кривична дјела описана и кажњива чл. 197а и 221 став 1 Кривичног закона који је у вријеме њиховог чињења био на снази, те су обухватале и битне елементе кривичног дјела одређеног чланом 215а новог Кривичног закона, Суд је закључио да домаћи судови нису ретроактивно примијенили закон када су подносиоцу изrekli осуђујућу пресуду сагласно одредбама каснијег закона, а пресуда је обухватала радње прије његовог ступања на снагу.

Узимајући у обзир околности случаја и јасноћу домаћих одредаба, Суд је заузео став да је подносилац који је устрајао у својим нападима и након 1. јуна 2004. године, када је нови Кривични закон ступио на

снагу, требало и могао да очекује да ће против њега бити покренут кривични поступак због продуженог кривичног дјела које ће се одређивати сагласно оном кривичном закону који је био на снази у тренутку када је посљедњи напад учињен. Подносилац је био у могућности да предвиди да ће кривично одговарати не само за континуиране нападе учињене након, него и прије 1. јуна 2004. године. Суд сматра да је кривично дјело за које је подносилац осуђен, у тренутку чињења имало свој правни основ у домаћем закону који је то кривично дјело довољно јасно дефинисао, у складу с условима предвидљивости које поставља члан 7 Конвенције.

У односу на питање је ли је подносиоцу могла бити изречена тежа казна, Суд је установио да чињеница да су радње учињене прије ступања на снагу новог Кривичног закона оцјењиване према том закону – није утицала на повећање тежине казне подносиоцу. Штавише, да су се радње учињене прије и након 1. јуна 2004. оцјењивале засебно, подносилац би се изложио ризику изрицања теже казне, будући да постојање неколико појединачних кривичних дјела доводи до постојања отежавајућих околности.

Суд је примијетио да је начин на који је концепт продуженог кривичног дјела одређен чешким правом, у складу с европском правном традицијом која је укоријењена у законодавствима већине држава чланица Вијећа Европе. Суд је закључио да није дошло до ретроактивне примјене закона, те да подносилац није био изложен тежој казни од оне која би му била изречена да је осуђен за свако кривично дјело појединачно.

Сагласно наведеном, Суд је утврдио да није дошло до повреде члана 7 Конвенције.

#### 2.4. *Ashlarba против Грузије*<sup>14</sup> (коришћење општепознатих колоквијалних појмова у кривичном законодавству није довело до повреде Конвенције)

Подносилац захтјева је пресудом од 27. марта 2007. године, сагласно члану 223 став 1 новог грузијског Кривичног закона, осуђен као припадник „криминалног подземља“. Наведена пресуда произашла је из истраге која је проведена против А. К. (који је у наведеној организацији имао улогу тзв. „шефа криминалног подземља“, што је еквивалент називу „кум“ у италијанској мафији), а у којој је откривено да је подносилац од њега редовно примао упутства за предузимање криминалних радњи. Подносилац је на основу наведене законске одредбе, као припадник „криминалног подземља“, осуђен за три догађаја, на казну затвора у трајању од седам година. Иако појмови „криминално

---

<sup>14</sup> Захтјев број 45554/08, пресуда од 15. јула 2014. године.

подземље“ и „шеф криминалног подземља“ нису дефинисани у грузијском Кривичном закону, они су појашњени у другим законима који су усвојени истога дана кад и Кривични закон (Закон о организованом криминалу). Подносилац је у свом захтјеву навео да је дошло до повреде члана 7 Конвенције јер закон према којем је осуђен као припадник „криминалног подземља“ није довољно прецизан у дијелу у којем описује какво понашање треба да буде – да би се сматрало учествовањем у криминалној организацији нити је јасно каква је казна за такво понашање предвиђена.

Европски суд је примијетио да се утицај „криминалног подземља“ није протезао само на затворски систем, већ и на цјелокупно грузијско друштво, и то посебно на младе који представљају најосјетљивију друштвену групу. Разлог због којег је законодавац донио овакав закон, био је да омогући држави да се што ефикасније бори против организованог криминала који не само да утиче на криминално подземље, већ и на бројне аспекте уобичајеног друштвеног живота. Студије и поднесци о утицају „криминалног подземља“, које је грузијска влада доставила, показују да је наведени феномен дубоко укоријењен у грузијско друштво, а називи као што су „криминално подземље“ и „шеф криминалног подземља“ представљају општепознате термине у грузијском друштву.

Грузијски законодавац је наведене појмове унио у сам закон на начин да учествовање у „криминалном подземљу“ представља кривично дјело, а појам „главног лопова подземља“ односи се на учиниоца који је припадник таквог подземља. Грузијско законодавство је одлучило да наведене колоквијалне термине унесе у сам закон, јер их је на такав начин шира јавност могла боље разумјети. Стога, Суд није прихватио подносиочеве наводе да му појмови као што је „криминално подземље“ нису могли бити познати, јер припадају криминалном слоју друштва, пошто из поступка који су провела домаћа тијела јасно произлази друкчије.

Европски суд је установио да је члан 223 став 1 Кривичног закона дио већег законодавног пакета чији циљ је био да омогући држави што ефикаснију борбу против организованог криминала. У вези с тим, Суд је установио да се и у другим прописима, који су дио наведеног законодавног пакета, такође користе појмови „криминално подземље“ и „шеф криминалног подземља“. Закључио је да ако подносилац и није разумио наведене општепознате појмове, могао је из цјелокупног законодавног пакета који се односио на борбу против организованог криминала или уз одговарајућу правну помоћ, предвидјети да ће за своје понашање кривично одговорати. Слиједом наведеног, Суд је установио да у овом предмету није дошло до повреде члана 7 Конвенције.

## 2.5. *Navalnyy v. Russia*<sup>15</sup> (повреда чл. 7 и 6 став 1 Конвенције)

Апликанти су *Aleksey Navalnyy* и *Oleg Navalnyy*, руски држављани. *Aleksey Navalnyy* је опозициони челник и популарни блогер. Његов брат *Oleg Navalnyy*, који је предузетник, издржавао је казну у казненопоправној колонији у регији *Oryol*. Предмет се тиче притужбе да је њихова кривична осуда за прање новца и превару заснована на непредвидивој примјени кривичног закона и да је поступак био произвољан и неправичан.

У 2008. години двије фирме, руска подружница француске фирме *Yves Rocher* (друштво с ограниченом одговорношћу, *Yves Rocher Vostok*) и друштво с ограниченом одговорношћу *Multidisciplinary Processing* (МРК), које су биле клијенти државне *Russian Post*, склопили су уговоре с агенцијом *Chief Subscription Agency* (GPA). GPA је основана као руско друштво с ограниченом одговорношћу од стране друге фирме, инкорпориране на Кипру, коју су апликанти и њихови родитељи стекли у 2007. години. *Oleg Navalnyy*, који је такође радио као руководилац Руске поште, одиграо је активну улогу у функционисању GPA. Према споразумима, GPA се обавезала пружати услуге просљеђивања робе *Yves Rocher Vostok* и логистичке услуге, као што су штампање и дистрибуција телефонских рачуна – у МРК. Затим је GPA подумоворио услуге с бројним другим фирмама. GPA и његови извођачи пружали су ове услуге *Yves Rocher Vostok* до краја 2012. и МРК до марта 2013. године.

У истом раздобљу, *Aleksey Navalnyy* водио је све већу јавну антикорупцијску кампању усмјерену на високе јавне функционере. Организовао је низ политичких скупова, укључујући и један на *Bolotnaya* тргу у Москви у мају 2012. године. Циљ тог окупљања било је протестовање против „злоупотребе и кривотворења“ на предсједничким изборима који су одржани раније у 2012. години. Такође је истраживао активности шефа Истражног одбора Руске Федерације. У априлу 2012. године, Истражни одбор покренуо је кривични поступак против *Alekseja Navalnyya* у другом случају пронејере (предмет „Kirovles“, о којем се говорило у случају *Navalnyy u Ofitserov protiv Русије*).<sup>16</sup>

Истражни одбор је у децембру 2012. године поднио кривичну пријаву на основу материјала из случаја *Kirovles*, због сумње да су *Aleksey* и *Oleg Navalnyy* учинили превару с *Yves Rocherom Vostokom* и да су прали новац од незаконитих трансакција. Они су накнадно оптужени за превару и прање новца. Истражитељ је одбио захтјев *Olega Navalnyya*, у фебруару 2013. године, да се петорица запосленика *Yves Rochera Vostoka* испитају као свједоци, суочавањем лицем у лице. То-

---

<sup>15</sup> Захтјев број 101/15, пресуда од 17. октобра 2017. године.

<sup>16</sup> Захтјеви бр. 46632/13 и 28671/14.

ком поступка, финансијски директор *Yves Rocher Vostok* поднио је извјештај унутрашње ревизије истражитељу наводећи да фирма није претрпјела штету или губитак због свог уговора с ГРА.

У фебруару 2014. године, првостепени суд је наредио да се *Aleksey Navalnyu* смјести у кућни притвор као превентивну мјеру, која је била на снази до 5. јануара 2015. године. Апликанти су 30. децембра 2014. године осуђени за прање новца и превару МРК и *Yves Rocher Vostok*. *Aleksey Navalnyu* добио је условну осуду од три и по године, а *Oleg Navalnyu* казну затвора у трајању од три и по године.

Првостепени суд је утврдио да су апликанти основали „лажну фирму“ (ГРА), с намјером да је користе као посредника за пружање услуга клијентима Руске поште, МРК и *Yves Rocher Vostok*. Сматрао је да је *Oleg Navalnyu* искористио интерне податке о томе како је Руска пошта престала пружати фирмама одређене услуге, те је увјерио те клијенте да користе ГРА као замјену; да је обмануо клијенте о политици одређивања цијена ГРА-е и његовом односу с Руском поштом, чиме их је лишио слободе избора пружаоца услуга; да је промовисао услуге своје фирме, знајући да ће морати предуговорити посао с другим фирмама и да је ГРА задржао разлику у цијени између онога што је МРК и *Yves Rocher Vostok* платио за своје услуге и што је ГРА платио својим кооперантима.

Жалбе апликаната на пресуду су одбијене.

Позивајући се на члан 7 Конвенције, апликанти су се жалили да су били осуђени за дјела која су била законита у то вријеме и да су власти прошириле тумачење Кривичног закона у њиховом случају у тако широким и двосмисленим условима да нису задовољили захтјеве предвидивости. Позивајући се на члан 6 ст. 1, 2 и 3(д) (право на правично суђење, претпоставку невиности, право на учествовање и испитивање свједока), они тврде да су кривични поступци против њих били произвољни и неправични. Такође се позивају на члан 18 (ограничење коришћења права).

Европски суд је утврдио да су руски судови, при одлучивању о кривичним пријавама против апликаната, опсежно и непредвидиво тумачили на њихову штету дјело комерцијалне преваре у оквиру руског Кривичног закона. Стога, није било предвидиво да би комерцијално понашање апликаната представљало превару или комерцијалну превару. Слиједом тога, било је једнако непредвидиво да ће добит изведена из њихових комерцијалних активности бити приход од криминала чија би се употреба могла сматрати прањем новца. Суд је сматрао да су одлуке домаћих судова биле произвољне и очигледно неразумне. То је нарушило правичност кривичног поступка на такав начин да су друга јемства у овом кривичном поступку постала ирелевантна.

## 2.6. *Kadusic v. Switzerland*<sup>17</sup> (повреда члана 5, нема повреде члана 7 и члана 4 Протокола број 7 уз Конвенцију)

Апликант је Михрет Кадушић, швајцарски држављанин. Био је приворен у затвору у Бостаделу (Мензинген, Швајцарска). Случај се тичао одређивања институционалне терапеутске мјере, односно промјене казне након доношења пресуде и током трајања издржавања казне.

У мају 2005. године, апликант је осуђен за неколико кривичних дјела на осам година затвора. Ова је пресуда је потврђена по жалби. Током издржавања казне апликант је подвргнут низу процјена, које су идентификовале параноичне и нарцисоидне поремећаје личности и високи ризик поновног кривичног дјела.

У јулу 2010. године, на основу допунског извјештаја који је садржавао оцјену да апликант није показао мотивацију да промијени своје разумијевање дјела која је учинио и да није имао способност развијања емпатије, орган за извршење казне затражио је од жалбеног суда да утврди да ли су испуњени услови за превентивно затварање након затвора или институционалну терапијску мјеру. На крају поступка тај суд је наложио институционалну терапеутску мјеру и обуставио остатак казне коју је апликант требало да издржи. Апликант се безуспјешно жалио Савезном суду.

Позивајући се на члан 5 став 1, члан 7, те члан 4 Протокола број 7 уз Конвенцију, апликант се жалио на институционалну терапијску мјеру која му је одређена.

Европски суд је утврдио да је терапеутска мјера, која представља лишавање слободе, наложена неколико мјесеци прије очекиваног пуштања апликанта, на основу психијатријских извјештаја који нису били довољно свјежи, те примијетио да апликант још није пребачен у установу која одговара његовом менталном поремећају. Слиједи да је његов притвор након примјене терапијске мјере био неспојив с циљем првобитне осуде. Међутим, Суд је утврдио да није било ретроактивне примјене теже казне од оне прописане законом који је био на снази у вријеме чињења дјела. На крају, Суд је истакао да су домаће власти, које су сматрале поновну процјену апликантовог менталног стања као новооткривену околност, измијениле првобитну пресуду „у складу са законом и кривичним поступком државе“.

## 2.7. *Ruban v Ukraine*<sup>18</sup> (нема повреде члана 7 Конвенције)

Случај се тичао права на повољнију казну због празнина у законодавству. Апликант је Рубан који је издржавао доживотну казну затвора за тешко убиство.

<sup>17</sup> Захтјев број 43977/13, пресуда од 9. јануара 2018. године.

<sup>18</sup> Захтјев број 8927/11, пресуда од 12. јула 2016. године.

У јулу 2009. године, апликант је у првостепеном поступку осуђен за тешко убиство и разбојништво. Дјела су учињена 1996. године и у то вријеме Кривични закон Украјине из 1960. године предвиђао је 15 година затвора или смртну казну за кривично дјело тешко убиство. Међутим, 29. децембра 1999. године Уставни суд је утврдио да је смртна казна неуставна, и то са тренутним дејством. Три мјесеца касније, 29. марта 2000. године, Парламент је усвојио измјене и допуне Кривичног закона како би замијенио укинуту смртну казну доживотним затвором за кривично дјело тешког убиства. Рубан је тако осуђен на доживотну казну затвора.

У жалби Врховном суду у јулу 2010. године апликант је тврдио да је могао добити блажу казну која је важила за кривично дјело тешког убиства у периоду од три мјесеца између одлуке Уставног суда и измјена Кривичног закона, односно 15 година затвора. Међутим, Врховни суд је потврдио пресуду из јула 2009. године, уз напомену да је апликант исправно осуђен.

Апликант је, позивајући се на члан 7 Конвенције, навео да у случају да је био осуђен у току три мјесеца постојања правне празнине између времена када је смртна казна укинута у Украјини, а још није уведена доживотна казна затвора, судови не би имали другог избора него да га осуде на максималних 15 година затвора. Европски суд је нагласио важност узимања у обзир онога што је намјера законодавца и да ли је то хуманизовање кривичног закона и ретроактивно дејство блажег закона. По мишљењу Суда, стварање празнине од три мјесеца – између укидања смртне казне и њене замијене доживотним затвором – није била намјерно. У сваком случају у апликантовом предмету Парламент је замијенио смртну казну доживотном казном и судови су стога, у ствари, примијенили блажи облик казне.

### 2.8. *Koprivnikar v. Slovenia*<sup>19</sup> (повреда члана 7 Конвенције)

Апликант је Боштјан Копривникар, словеначки држављанин који је био затворен у затвору у Доб при Мирни у Словенији. Апликант тврди да му је изрицањем тридесетогодишње казне затвора прекршен принцип „нема казне без закона“. Између 2004. и 2009. године апликант је осуђен по три одвојене кривичне оптужнице за сљедећа кривична дјела: пљачка, убиство, те плаћање лажним чеком и преварно коришћење банковне картице. За свако дјело посебно је осуђен на казну затвора у износу од четири и 30 година, односно пет мјесеци.

У јануару 2012. године, Окружни суд у Љубљани спојио је апликанту три казне затвора у јединствену казну од 30 година, при томе одлучивши да не примијени одредбу Кривичног закона из 2008. године, према којој је

---

<sup>19</sup> Захтјев број 67503/13, пресуда од 24. јануара 2017. године.

максимална дужина јединствене казне затвора 20 година. Суд је истакао да је један од захтјева владавине права да кривичне одредбе буду написане у јасном и разумно прецизном начину. Суд је утврдио да је одредба Закона из 2008. године била нејасна и двосмислена, јер је утврђено да је максимална примјењива казна 30 година, али је ограничено да укупна дужина јединственог затвора буде 20 година. Суд је заузео став да законодавац није намјеравао да омогући да се особе које су осуђене на 30-годишњу казну затвора за једно кривично дјело – „окористе“ максималном казном за јединствени затвор од 20 година. Суд је утврдио да је (претходни) Закон из 1994. године садржавао 30-годишњи максимум за јединствену казну, те да је амандманима из 2011. године замијењен 20-годишњи максимум прописан у Закону из 2008. године – са 30-годишњим максимумом. Суд је оцијенио да је законодавац погријешио приликом израде Закона из 2008. године, те је одлучио да не примјењује 20-годишњи лимит.

Апликант је уложио жалбу против пресуде тврдећи да је тиме повријеђен принцип „нема кривичног дјела без закона и нема казне без закона“, те да примарни метод тумачења закона треба бити семантички метод. Виши суд у Љубљани је 2012. године одбио жалбу, понављајући образложење нижег суда. Апликант се онда обратио Врховном суду, који је нашао да одредба не може бити тумачена у цјелости одвојено од њеног историјског контекста и накнадних амандмана, који показују њен прави смисао. Апликант се потом жалио Уставном суду, који је одбио жалбу. Апликант је у марту 2015. године осуђен за још једно убиство (учињено 2002. године), те му је изречена још једна 30-годишња казна. Врховни суд је одбио његову жалбу у јуну 2016. године.

Позивајући се на члан 7 Конвенције (нема казне без закона), апликант се жалио да му је укупном казном затвора од 30 година, која је изречена пресудом из јануара 2012. године, повријеђен принцип да само закон може дефинисати дјело и прописати казну.

Европски суд је истакао да су домаћи судови тумачили мањкаве законске одредбе прибјегавајући различитим начинима интерпретације и на тај начин дошли до закључка да је треба схватити као наметање казне од 30 година. Они су то учинили, упркос чињеници да је таква казна била тежа него што је максимална казна изричито предвиђена у примијењеној законској одредби и да је, имајући у виду стварни текст те одредбе, то очигледно било на штету апликанта. У складу с тим и имајући у виду претходна разматрања, Суд је закључио да су домаћи судови пропустили да осигурају поштовање начела законитости садржаног у члану 7 Конвенције. Суд даље сматра да је укупна казна изречена апликанту у супротности не само са принципом да само закон може прописати казну, већ и са принципом ретроактивности блажег кривичног закона.

### 3. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

У вези с претходним, Уставни суд Босне и Херцеговине<sup>20</sup> подсјећа на став Европског суда према којем „није задатак суда доносити одлуку о апелантовој кривици, јер је то првенствено ствар процјене домаћих судова, него размотрити са становишта члана 7 став 1 Европске конвенције јесу ли апелантове радње, у вријеме када су предузете, представљале кривично дјело дефинисано с довољном доступношћу и предвидљивошћу у домаћем закону“.<sup>21</sup>

Уставни суд подсјећа и на став који је заузео Европски суд у предмету *S.W. против Велике Британије*<sup>22</sup> у којем је утврђено да нема повреде права из члана 7. Европске конвенције. Наиме, у наведеном предмету апелант се жалио да ја осуђен за кривично дјело силовања супруге, за које је у тренутку када је учињено имао имунитет, тј. није био кривично одговоран. Међутим, Европски суд је нашао да одлука домаћих судова представља „разумно предвидљив развој закона“ и да због карактера силовања, као изузетно понижавајућег, подносилац представке не може тврдити да је изложен арбитрарном гоњењу.

#### 3.1. Одлука о допуствости и меритуму број АП 86/05 од 13. октобра 2005. године

У конкретном случају апелант наводи да је поступак вођен и он оптужен за продужено кривично дјело које као такво није било прописано у Кривичном закону Брчко Дистрикта БиХ, ни као институт или као категорија, ни као конкретна чињеница или правна квалификација.

Овај апелантов навод Уставни суд сматра неоснованим и уважава образложење које је дао Апелациони суд Брчко Дистрикта БиХ у својој пресуди, према којем је институт продуженог кривичног дјела у кривично законодавство уведен у интересу оптуженог, те да он представља повољност за оптуженог. Да нема тог института, оптуженом би било суђено за свако од учињених кривичноправних радњи и за сваку од тих радњи би му биле утврђене посебне казне, па би му по томе уз примјену одредаба о стицању кривичних дјела била изречена јединствена казна, што је за оптуженог несумњиво неповољније него у случају када се примјењује институт продуженог кривичног дјела, те када му се суди и утврђује казна прописана за једно дјело. И док није била уведена као

<sup>20</sup> У даљем тексту: Уставни суд.

<sup>21</sup> Види Европски суд, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], пресуда у предмету бр. 34044/96, 35532/97 и 44801/98, став 51, ЕCHR 2001-II.

<sup>22</sup> Види Европски суд, *S.W. против Велике Британије*, пресуда од 22. новембра 1995. године, А-335-Б.

институт у кривично законодавство, конструкција продуженог кривичног дјела, коју је створила правна теорија, била је прихваћена у судској пракси и судови су тај институт оправдано примјењивали.

На основу наведеног, Уставни суд сматра да, примјеном института продуженог кривичног дјела, што је у конкретном предмету било повољније за апеланта, није дошло до повреде апелантовог права из члана 7 Европске конвенције.

### 3.2. Одлука о допустивости и меритуму број АП 2281/05 од 6. јула 2007. године

Апелант је осуђен за извршење кривичног дјела – неизвршење одлуке Уставног суда из члана 239 Кривичног закона БиХ за радње које је предузео као директор Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске. Конкретно, да је спријечио извршење рјешења Уставног суда тако што је „послао обавјештење које је потписао његов замјеник од 23. новембра 2001. године Подручној јединици Лакташи у којем је захтијевао да се у предмету, који се односи на споменуто рјешење Уставног суда БиХ, не врше никакве промјене без знања и претходног обавјештења Управе на чијем је челу био, због чега није ни поступано према рјешењу Уставног суда БиХ“.

У вези с наводом о ретроактивној примјени закона у односу на апеланта, Уставни суд је утврдио да је Кривични закон БиХ ступио на снагу 1. марта 2003. године. Неспорно је дакле да тај закон није био на снази у вријеме када је апелант извршио радње за које је осуђен и стога је неприхватљиво образложење Суда БиХ у оспореној пресуди да је у то вријеме постојало кривично дјело чији законски опис одговара опису кривичног дјела за које је осуђен апелант. У вријеме када је апелант извршио радње за које је осуђен, није постојала норма на основу које је осуђен, стога није ни могао бити свјестан да радње које је предузео представљају кривично дјело за које је осуђен у смислу принципа из члана 7 Европске конвенције који су цитирани раније у овој одлуци Уставног суда.

С обзиром на наведено, Уставни суд закључује да је у односу на апеланта дошло до повреде члана 7 став 1 Европске конвенције.

Апелантица је осуђена за кривично дјело неизвршења одлуке Уставног суда БиХ из члана 239 Кривичног закона БиХ, јер је донијела и потписала Рјешење од 15. априла 2003. године и Закључак од 26. јуна 2003. године, због чега није поступано према рјешењу Уставног суда од 2. новембра 2001. године.

У смислу принципа изложеног у претходном ставу, Уставни суд се искључиво ограничио на питање је ли у вријеме када је апеланти-

ца предузела инкриминисане радње постојало кривично дјело за које је осуђена. Неспорно је да је у вријеме када је апелантица предузела радње извршења кривичног дјела већ ступио на снагу Кривични закон БиХ. У члану 239 овог закона, како је цитирано у тачки 17 ове одлуке Уставног суда, јасно је дефинисано ко су одговорна лица и које радње се сматрају радњама извршења кривичног дјела неизвршења одлуке Уставног суда, Суда БиХ и Дома за људска права. Апелантица је, стога, у вријеме предузимања радњи извршења кривичног дјела своје понашање могла и морала прилагодити овим нормама и бити свјесна да ће је радње које предузима изложити кривичном гоњењу.

С обзиром на наведено, Уставни суд закључује да у односу на апелантицу није дошло до повреде члана 7 став 1 Европске конвенције.

### 3.3. Одлука о допуствости и меритуму број АП 3388/06 од 17. марта 2009. године

У конкретном случају апелант изричито наводи да дјело за које је осуђен у вријеме извршења није представљало кривично дјело, јер му се ставља на терет извршење кривичних дјела „трговине људима“ и „прања новца“, која су дефинисана тек у Кривичног закона БиХ који је ступио на снагу 1. марта 2003. године.

Уставни суд примјећује да је Суд БиХ, одлучујући о апелантовој жалби, закључио да је члан 4 Кривичног закона БиХ, тј. одредбе које дефинишу временско важење кривичног закона, у поступку – правилно примијењен. Суд БиХ је навео да је кривично дјело трговине људима комплексно и трајно кривично дјело. Посљедице наведеног кривичног дјела трају све док траје противправно стање настало његовим извршењем, те, у складу са тим, чак и када је дјело довршено у формалноправном смислу, у материјалноправном смислу кривично дјело није довршено све док траје настало противправно стање, а у конкретном смислу то је подређеност и искоришћавање жртве. Дакле, према ставу Суда БиХ, и у ситуацији када су радње предузете прије ступања на снагу Кривичног закона БиХ, али посљедица траје након ступања на снагу Кривичног закона БиХ, укупни криминални догађај треба везати и правно вредновати по Кривичном закону БиХ, односно по члану 186 став 2, у вези са чланом 1.

Уставни суд запажа да је Кривични закон БиХ, који је примијењен у апелантовом случају, ступио на снагу 1. марта 2003. године и дефинисао кривична дјела трговине људима и прања новца, за која је апелант осуђен. У пресуди Суда БиХ наведено је да је апелант кривично дјело учинио у току 2002. и 2003. године, дакле, прије и послје ступања на снагу закона. Суд БиХ је навео да се ради о таквом кривичном дјелу

које је трајало и у тренутку ступања на снагу Кривичног закона БиХ. Како је Суд БиХ несумњиво утврдио у току поступка, апелант је одређене радње извршења предузимао у марту и априлу, па чак и јулу 2003. године, дакле након ступања на снагу Кривичног закона БиХ.

Због свега наведеног, Уставни суд налази да Суд БиХ није повриједио члан 7 Европске конвенције када је апеланта осудио и казнио за кривично дјело из чл. 186 и 209 Кривичног закона БиХ.

#### 3.4. Одлука о допустивости и меритуму број АП 3133/11 од 27. марта 2015. године

Апеланти сматрају да су проглашени кривим и осуђени за радње које не представљају нити имају обиљежја кривичних дјела за која су проглашени кривим, односно да нису остварени елементи бића кривичних дјела пореске утаје и злоупотребе положаја или овлашћења. У односу на кривично дјело пореске утаје апеланти су истакли да су редовни судови утврдили да су апеланти ускратили подношење захтијеваних података, и то у намјери да избјегну плаћање пореза Фудбалског савеза БиХ, те да у наведеној радњи не постоји избјегавање плаћања личних опорезивих прихода апеланата, што је према законској дефиницији обиљежја дјела из члана 210 Кривичног закона БиХ – битно и конститутивно обиљежје тог дјела. Стога, према мишљењу апеланата, проглашени су кривим за радњу која не представља нити има обиљежја кривичног дјела пореске утаје из члана 210 Кривичног закона БиХ. Такође, апеланти сматрају да нису учинили ни кривично дјело злоупотребе положаја или овлашћења јер нису имали својство службеног или одговорног лица, због чега нису остварени елементи бића наведеног кривичног дјела.

У вези с наводима апеланата да су проглашени кривим и осуђени за кривична дјела која нису кривична дјела према кривичном закону у смислу члана 7 став 1 Европске конвенције, Уставни суд, имајући у виду да су кривична дјела која су апелантима стављена на терет била прописана законом као таква у вријеме њиховог извршења, изнесене наводе сматра неоснованим. Из навода апелације произлази да апеланти сматрају да су њихове радње редовни судови погрешно правно квалификовали као радње извршења предметних кривичних дјела, будући да, према мишљењу апеланата, нису остварени битни елементи бића кривичних дјела која су им стављена на терет. С тим у вези, Уставни суд уочава да су редовни судови неспорним утврдили статус Фудбалског савеза БиХ као удружења грађана – спортске организације која окупља све фудбалске асоцијације и клубове на нивоу БиХ и статус апеланата као одговорних лица у правном лицу са прецизно одређеним обимом овлашћења и одговорности у смислу члана

2 став 6 и члана 383 Кривичног закона Федерације БиХ, као и члана 210 Кривичног закона БиХ. Уставни суд не сматра произвољним образложења која су редовни судови дали за своје закључке да су се у радњама апеланата остварили елементи бића предметних кривичних дјела.

Разматрајући наводе апеланата у контексту наведеног, Уставни суд не види никакву произвољност нити широко тумачење кривичног закона на штету апеланата у оквиру редовних судових у смислу члана 7 Европске конвенције. Такође, према мишљењу Уставног суда, апеланти су без икакве сумње из садржаја одредбе члана 383. Кривичног закона Федерације БиХ и члана 210 Кривичног закона БиХ могли схватити које кривичне радње и пропусти су их могли учинити кривично одговорним.

У односу на наводе апеланата да је Кривични закон БиХ у погледу продуженог кривичног дјела пореске утаје ретроактивно примијењен на радње апеланата које су извршене прије 1. марта 2003. године, када је на снагу ступио Кривични закон БиХ, Уставни суд наглашава да су у конкретном случају апеланти проглашени кривим да су учинили продужено кривично дјело пореске утаје. При томе је апелационо вијеће Суда БиХ сматрало да се код конструкције продуженог кривичног дјела примјењује закон који је био на снази у вријеме извршења посљедње радње која улази у састав тог дјела, те да је то у конкретном случају Кривични закон БиХ.

Продужено кривично дјело (*delictum continuatum*) представља кривичноправну конструкцију која постоји када учинилац у временском континуитету учини више истих или истородних кривичних дјела која се због околности које их повезују у једну кривичноправну цјелину – кривичноправно квалификују као једно кривично дјело. Институт продуженог кривичног дјела је у кривично законодавство уведен у интересу оптуженог, те представља повољност за оптуженог.<sup>23</sup>

Према ставу Европског суда, продужено кривично дјело је, према својој дефиницији, кривично дјело које је извршено у одређеном периоду.<sup>24</sup> Кад се оптужба односи на продужено кривично дјело, принцип правне сигурности захтијева да радње које чине такво кривично дјело и кривична одговорност оптуженог буду јасно дефинисани у оптужници, затим у одлуци коју суд доноси мора бити јасно да су осуда и казна резултат утврђења која чине елементе продуженог кривичног дјела постављеног у оптужници.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Види Уставни суд, Одлука о допуствости и меритуму број АП 86/05 од 13. октобра 2005. године, тачка 60, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 17/06.

<sup>24</sup> Види Европски суд, *Ecer i Zeyrek против Турске*, пресуда од 27. фебруара 2001. године, став 33.

<sup>25</sup> Види Европски суд, *Pelissier i Sassi против Француске*, број апликације 25444/94, став 51.

У односу на праксу Европског суда, Уставни суд истиче да је у предмету *Рохлена против Чешке Републике* апликант осуђен пред домаћим судовима за продужено кривично дјело злостављања лица које живи под истим кровом из члана 215а став 1 и 2б Кривичног закона Чешке Републике, које је као кривично дјело конституисано допунама Кривичног закона Чешке Републике 1. јуна 2004. године, и то за радње извршене у периоду од 2000. до 2006. године. Европски суд је истакао да није спорна примјена релевантних одредби кривичног закона које су на снази након 1. јуна 2004. године на радње које су учињене након тог датума, већ да се питање које мора бити расправљено односи на то да ли су примјеном – проширењем закона (релевантних одредаба) на радње које су учињене прије тог датума – нарушене гаранције из члана 7 Европске конвенције. Апликант је, према оцјени Европског суда, био у позицији да предвиди правне последице својих радњи и да прилагоди своје понашање у складу с тим. Имајући у виду наведено, одлучено је да нема повреде члана 7 Европске конвенције.<sup>26</sup>

Осим наведеног, Европски суд је у предмету *Veeber против Естоније* закључио да све радње оптуженог које су садржане у продуженом кривичном дјелу морају бити кажњиве у вријеме када су учињене.<sup>27</sup>

Уставни суд истиче да су у конкретном случају апеланти учинили кривичноправне радње пореске утаје које су као такве у Федерацији БиХ биле прописане Кривичним законом Федерације БиХ из 1998. године (ступио на снагу 28. новембра 1998. године), касније Кривичним законом Федерације БиХ из 2003. године (ступио на снагу 29. јула 2003. године), те да су наведене кривичноправне радње на нивоу БиХ биле инкриминисане од 1. марта 2003. године (када је на снагу ступио Кривични закон БиХ).

Имајући у виду наведено, неспорно је да продужено кривично дјело постоји када је учинилац с намјером учинио више истих или истоврсних кривичних дјела која, с обзиром на начин чињења, њихову временску повезаност и друге стварне околности које их повезују, чине јединствену цјелину. Дакле, продужено кривично дјело представља јединствено кривично дјело. Када суд изрекне пресуду, он њоме обухвата сва кривична дјела која улазе у састав продуженог кривичног дјела, а извршена су до дана доношења пресуде. Такође, будући да је ријеч о јединственом кривичном дјелу, не примјењују се правила о стицају кривичних дјела, односно правило о одмјеравању казне за кривична дјела у стицају, већ се за продужено кривично дјело изриче једна казна

---

<sup>26</sup> Види Европски суд, *Рохлена против Чешке Републике*, број 2, апликација број 59552/08, пресуда од 27. јануара 2015. године.

<sup>27</sup> Види Европски суд, *Veeber против Естоније*, број 2, апликација број 45771/99, пресуда од 21. јануара 2003. године.

– као да се ради о само једном дјелу. У том смислу, потребно је прецизно одређење временског оквира продуженог кривичног дјела и радњи које улазе у његов састав, како би се избјегла ситуација да учињено кривично дјело остане некажњено, односно омогућило учиниоцу да избјегне одговорност, али, исто тако, да се изречена казна односи на тачно одређене радње за које се лице које је у питању терети. Уставни суд запажа да је Апелационо вијеће истакло да се код конструкције продуженог кривичног дјела примјењује закон који је био на снази у вријеме извршења посљедње радње која улази у састав тог дјела.

Имајући у виду наведено, Уставни суд запажа да из докумената у спису предмета произлази да су апеланти кривично дјело пореске утаје учинили у периоду од 1. јануара 2001. до 31. децембра 2005. године, да су посљедње радње које улазе у састав предметног кривичног дјела извршене 2005. године, а да је примијењени Кривични закон Федерације БиХ на снази од 1. марта 2003. године, из чега произлази неспоран закључак да је у конкретном случају примијењен закон који је био на снази у вријеме извршења посљедње радње која улази у састав конкретног продуженог кривичног дјела пореске утаје. Уставни суд наглашава да, према наведеној пракси Европског суда, произлази да радње оптуженог које су садржане у продуженом кривичном дјелу у вријеме извршења могу бити кажњиве и као друго кривично дјело различито од онога које је обухваћено посљедњом извршеном радњом (дакле није морало бити прописано законом који је примијењен у тренутку извршења посљедње радње продуженог кривичног дјела).<sup>28</sup>

Полазећи од чињенице да су апеланти као држављани ентитета (Федерације БиХ) у којем је било законом прописано кривично дјело пореске утаје учинили наведено кривично дјело, затим да су на нивоу БиХ исте радње касније инкриминисане као кривично дјело, Уставни суд сматра да се на апеланте као учиниоце продуженог кривичног дјела могао примијенити државни закон (Кривични закон БиХ), имајући у виду да су апеланти наставили вршити исто кривично дјело и након ступања на снагу државног закона. Апеланти су у конкретном случају могли претпоставити да настављање њиховог понашања након 1. марта 2003. године носи ризик да буду осуђени за продужено кривично дјело и слиједом тога према одредбама закона које су биле на снази у вријеме када су учинили посљедњу радњу извршења.

Имајући у виду наведено, Уставни суд закључује да је кривично дјело које се апелантима ставља на терет било прописано законом, без обзира на то што до 1. марта 2003. године предметно кривично дјело није било прописано законом БиХ, већ законом ентитета. У контексту свега

---

<sup>28</sup> Види *оп. цит. Рохлена против Чешке Републике*,

наведеног, Уставни суд не може закључити да су у случају апеланата доведене у питање гаранције из члана 7 став 1 Европске конвенције.

Стога, према мишљењу Уставног суда, у конкретном случају оспореним пресудама није повријеђено право апеланата из члана 7 Европске конвенције.

### 3.5. Одлука о допустивости и меритуму број АП 1498/18 од 23.априла 2018.

Уставни суд примјећује да је предмет конкретне апелације чињеница да апелант не може замијенити изречену казну затвора новчаном казном, а за што је постојала могућност у вријеме раније важећег закона (КЗ), када је учињено дјело, те сматра да је примијењен закон који је за њега неповољнији. С друге стране, редовни суд је навео да се одредба о временском важењу закона (из члана 9 Кривичног законика Републике Српске) односи на период до правноснажности пресуде, као и да је у конкретном случају ријеч о извршењу већ изречене затворске казне.

У вези с наведеним, Уставни суд најприје примјећује да, према пракси Европског суда, сама чињеница да је пресуда постала правноснажна – није од кључног значаја за примјену члана 7 Европске конвенције. Наиме, Европски суд је утврдио да термин „изречен“ (који се односи на казну – изречена казна) не може да се тумачи тако да из подручја дјеловања члана 7 Европске конвенције искључује све мјере које су уведене након изрицања казне, а што је управо оно што се покреће предметном апелацијом. Наиме, након што је апеланту изречена казна (за кривично дјело за које му се судило по одредбама раније важећег КЗ), апелант је поднио захтјев да се затворска казна замијени новчаном казном. Стога је кључно питање, које је Уставни суд требало да испита у предметном случају, да ли се ради о извршењу правноснажно изречене казне затвора, што не би потпадало у оквир заштите члана 7 Европске конвенције (како је навео суд, одбијајући апелантов захтјев) или се ради о мјери која утиче на „сам обим казне“, а што већ улази у оквир заштите члана 7 Европске конвенције.

У конкретном случају апелант је правноснажном пресудом осуђен на шест мјесеци затвора по раније важећем КЗ. Уставни суд примјећује да је КЗ у члану 33 став 2 (Изрицање казне затвора) прописивао да се изречена казна затвора која не прелази шест мјесеци – може на захтјев осуђеног лица замијенити новчаном казном. При томе, да би дошло до примјене наведеног члана, односно замјене потребно је било испунити неколико услова, прије свега утврђен је (у Републици Српској) законски лимит од шест мјесеци који не смије прећи правноснажно изречена казна затвора. Даље, потребан је захтјев осуђеног лица, али оно што је кључно потребно – је-

сте одлука суда о наведеном захтјеву. Стога, могло би се рећи да је раније важећи закон прописивао могућност да осуђено лице, под одређеним условима, добије „другачију казну“ од оне коју је редовни суд правоснажно изрекао. Наведено, по мишљењу Уставног суда, представља „модификацију казне“ јер под законом прописаном условима и након одлуке суда о захтјеву осуђеном лицу се изриче новчана казна – што је у својој суштини и врсти сасвим другачије од казне затвора која му је претходно била изречена. Дакле, лице које је било осуђено на затворску казну до шест мјесеци – могло је да очекује да умјесто казне затвора добије новчану казну.

Уставни суд се у својој одлуци број АП 2809/12<sup>29</sup> веома детаљно бавио питањем примјене ове одредбе која је постојала (и још увијек постоји у осталим кривичним законима на територији Босне и Херцеговине), те је утврдио повреду у наведеном предмету закључивши да је повријеђено апелантово право на правично суђење из члана II/3е) Устава БиХ и члана 6 Европске конвенције у вези с правом из члана II/2 Устава БиХ због непрецизности норме и неуједначеног начина примјене ове одредбе које доводе до различитих одлука суда по захтјевима осуђених лица. У наведеном предмету Уставни суд је, између осталог, истакао: „Дакле, пошто релевантне одредбе које регулишу питање замјене казне затвора новчаном казном, због своје непрецизности, остављају могућност да их редовни судови различито тумаче, Уставни суд сматра да такве одредбе нису формулисане на начин који би задовољио принцип владавине права, односно принцип правне сигурности као његовог основног елемента. Према томе, примјена спорних одредаба у пракси доводи до правне несигурности осуђених који испуњавају прописане услове у остваривању тог законом предвиђеног права. Управо због наведеног те околности да предметна одредба у готово идентичном тексту егзистира како у Кривичном закону БиХ и кривичним законима ентитета тако и у Кривичном закону Брчко дистрикта БиХ, Уставни суд сматра неопходним ову одлуку доставити надлежним органима на свим нивоима власти ради предузимања активности из оквира њихове надлежности, како би се спорне одредбе којима је регулисано питање замјене казне затвора новчаном казном прецизирале, прије свега, у језичком смислу, те како би се на тај начин отклонила различита тумачења надлежних судова приликом њихове примјене, а како то произлази из образложења ове одлуке“.

Враћајући се опет на околности конкретног предмета, Уставни суд напомиње да није у његовој надлежности да се бави питањем како би редовни суд, да је одлучивао по раније важећем КЗ, одлучио о апелантовом захтјеву да му се казна затвора замијени новчаном казном. Оно што Уставни суд

---

<sup>29</sup> Види одлука о допустивости и меритуму од 24. маја 2013. године, доступна на [www.ustavnisuud.ba](http://www.ustavnisuud.ba).

жели да истакне, а што је по његовом мишљењу кључно у овом предмету, јесте да је раније важећи КЗ, према чијим одредбама је апелант правноснажно осуђен, давао могућност апеланту да му се изречена казна, која не прелази шест мјесеци, замијени новчаном казном. Наиме, у дијелу одлуке који се односи на чињенично стање наведено је да је апелант проглашен кривим због учињеног кривичног дјела изазивање опште опасности из члана 402 став 7 у вези са ст. 2 и 4 истог члана раније важећег КЗ. За наведено дјело апеланту је, примјеном института о ублажавању казне из чл. 38 и 39 раније важећег КЗ, изречена казна затвора у трајању од шест мјесеци. Стога се може рећи да је апелант, према одредбама члана 33 раније важећег КЗ, испуњавао законом прописане услове за замјену казне затвора новчаном казном јер му је била изречена затворска казна од шест мјесеци.

У вријеме када је предметно кривично дјело учињено, па све до ступања на снагу Кривичног законика Републике Српске, апелант је, као и свако друго лице које је осуђено на казну затвора до шест мјесеци, могао тражити замјену казне затвора новчаном казном. По мишљењу Уставног суда, такав захтјев апеланта или било ког другог осуђеног лица за замјену казне затвора новчаном казном – не би се могао сматрати „извршењем казне затвора“. Наиме, казна затвора се извршава упућивањем у надлежну установу, на основу упутног акта, односно јављањем на издржавање надлежној установи. Извршење казне затвора, као и осталих казни, регулисано је одредбама Закона о извршењу кривичних санкција, док је овдје ријеч о кривичном закону у материјалном смислу.

Члан 33 став 2 раније важећег КЗ прописивао је не извршење казне затвора, већ једну нову могућност да казна затвора „постане“ новчана казна, уколико су испуњени законом прописани услови у погледу висине затворске казне, те након одлуке суда о захтјеву осуђеног лица. Дакле, члан 33 став 2 раније важећег КЗ прописивао је један посебан институт (замјена казне затвора новчаном казном) који сада не предвиђа нови кривични законик. То је даље подразумијевало уплату новчаног износа осуђеног лица који је редовни суд утврдио (утврђивање висине новчане казне такође је могло бити „спорно“, што је Уставни суд разматрао у својој досадашњој пракси),<sup>30</sup> те се тек уплатом утврђеног новчаног износа казна (и) „извршава“. У противном, суд би донио одлуку да се изврши казна затвора или као трећа могућност, уколико осуђено лице плати новчану казну дјелимично, казна затвора би се одређивала сразмјерно износу који није плаћен, што подразумијева опет нову одлуку суда о „висини казне затвора“.

Према томе, никако се не може говорити да члан 33 став 2 раније важећег КЗ прописује извршење казне затвора, већ се ради (под законом прописаним околностима након одлуке суда о захтјеву осуђеног

---

<sup>30</sup> Види АП 3230/17 и АП 4568/16, доступне на [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

лица) о новом, другачијем облику „казне“ која погађа правноснажно осуђено лице. Ради се о „институту замјене казне“, коју је познавао раније важећи КЗ, који је свим лицима који су испуњавали законом прописан услов давао могућност да траже другачију казну од изречене казне затвора, која је за њих блажа – новчану казну. У конкретном случају, апелант је покушао користити наведени институт (претходно је објашњено да је и испуњавао законом прописане услове, јер је био осуђен на казну затвора од шест мјесеци) и поднио захтјев за замјену казне затвора новчаном казном, али је његов захтјев одбијен јер нови кривични законик више не прописује наведени правни институт.

Стога, непостојање наведеног института у Кривичном законнику који је сада на снази, којим се укида могућност која је до тада постајала у закону – да осуђено лице може замијенити једну казну другом и то у њеној суштини, представља управо мјеру којом се модификује сама казна (изречена казна затвора до шест мјесеци), а не мјеру којом се она извршава. Дакле, без обзира на чињеницу да је правноснажна пресуда апеланту изречена мјесец дана након што је ступио на снагу сада важећи кривични законик, апелант је правноснажно осуђен на казну затвора у трајању од шест мјесеци по одредбама раније важећег КЗ, што му је у складу са одредбама раније важећег КЗ давало могућност да наведену казну затвора замијени новчаном казном. С обзиром на то да сада важећи кривични законик искључује такву могућност, неспорно је да нови важећи закон утиче на лица којима је изречена казна затвора која не прелази период од шест мјесеци (у Републици Српској), конкретно на апеланта, те се не ради о извршењу казне, већ о мјери која утиче на саму „казну“, односно апелантову немогућност да казну затвора замијени блажом и по њега очито повољнијом новчаном казном.

Имајући у виду наведено, Уставни суд закључује да је примјеном одредби Кривичног законика повријеђено апелантово право из члана 7 Европске конвенције.

#### **4. ПРЕДМЕТИ „РАТНИХ ЗЛОЧИНА“ У КОНТЕКСТУ ЧЛАНА 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ**

У досадашњој пракси, релевантни предмети који се тичу ратних злочина, а у којима је Уставни суд испитивао оспорене судске одлуке у складу са стандардима члана 7 Европске конвенције су: АП 1785/06 од 30. марта 2007. године<sup>31</sup> и АП 519/07 од 29. јануара 2010. године.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Одлука о допуствости и меритуму, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 57/07, у даљњем тексту: *Мактоуф*.

<sup>32</sup> Одлука о допуствости и меритуму, објављена у „Службеном гласнику БиХ“ број 20/10, у даљњем тексту: *Самаршић*.

Европски суд је (18. јула 2013. године) донио пресуду у предмету апликаната Абдуладхима Мактоуфа и Горана Дамјановића<sup>33</sup> у којој је утврдио повреду члана 7 Европске конвенције. Европски суд је у овој пресуди, прије свега, констатовао да су неки злочини, конкретно злочин против човјечности, у домаћи закон уведени тек 2003. године, па да судови немају никакву другу могућност него да у таквим предметима примјењују Кривични закон БиХ из 2003. године. Међутим, указано је да предметне апликације покрећу потпуно различита питања од оних у предмету *Шимшић* с обзиром на то да су ратни злочини које су учинили апликанти Мактоуф и Дамјановић представљали кривична дјела према домаћем закону у вријеме када су почињени (тачка 55).

Европски суд је истакао да његов задатак није да размотри *in abstracto* да ли је ретроактивна примјена КЗБиХ из 2003. године у предметима ратних злочина сама по себи инкомпатибилна са чланом 7 Европске конвенције, те да се ово питање мора процјењивати за сваки предмет појединачно, узимајући у обзир конкретне околности сваког предмета, а посебно да ли су домаћи судови примијенили закон чије су одредбе најповољније за оптуженог (тачка 65). У цитираној одлуци је, даље, истакнуто да је дефиниција ратних злочина иста у члану 142 став 1 Кривичног закона СФРЈ из 1976. године, који се примјењивао у вријеме извршења предметних кривичних дјела, и у члану 173 став 1 Кривичног закона БиХ, који је у конкретном предмету примијењен ретроактивно. Међутим, указано је да ова два закона пружају различит распон казни за ратне злочине. С тим у вези је указано на то да је апликант Дамјановић осуђен на казну затвора од 11 година, што је мало изнад минималне казне затвора у трајању од десет година коју прописује Кривични закон БиХ, а према Кривичном закону СФРЈ било му је могуће изрећи казну затвора у трајању од само пет година (тач. 67 и 68).

Европски суд није прихватио аргументацију да је Кривични закон БиХ блажи за апликанте од Кривичног закона СФРЈ, јер не прописује смртну казну. У вези с тим је указано на то да је према Кривичном закону СФРЈ само за најтеже облике ратних злочина била запријеђена смртна казна, те пошто ниједан од апликаната није проглашен кривим за одузимање живота, злочини за које су они осуђени очигледно нису спадали у ту категорију. Штавише, апликанту Мактоуфу је изречена најнижа могућа казна, а апликанту Дамјановићу казна која је тек мало виша од најниже казне коју прописује Кривични закон БиХ за ратне злочине. У тим околностима Европски суд је сматрао да је у наведеном предмету од посебног значаја било да се установи који је закон блажи у погледу минималне казне, те да је то, без икакве сумње, Кривични закон СФРЈ (тачка 69).

---

<sup>33</sup> Види, Европски суд, *Мактоуф и Дамјановић против Босне и Херцеговине*, апликације бр. 2312/08 и 34179/08, пресуда од 18. јула 2013. године.

Европски суд је, даље, навео да су казне које су изречене апликанатама биле унутар распона кажњавања који је прописан и Кривичним законом СФРЈ и Кривичним законом БиХ и да се, стога, не може са сигурношћу тврдити да би иједан од апликаната био блаже кажњен да је примијењен Кривични закон СФРЈ из 1976. године. Међутим, и поред тога, Европски суд је указао да: „Оно што је од кључног значаја, међутим, јесте да су апликанти могли добити ниже казне да је тај закон (напомена: Кривични закон СФРЈ) примијењен у њиховим предметима“ (тачка 70). У том смислу Европски суд је указао и на праксу Суда БиХ у новијим предметима ратних злочина у којим се примјењује Кривични закон СФРЈ, умјесто Кривичног закона БиХ посебно с циљем примјене најблажих правила кажњавања. Европски суд је, оцјењујући наведено, закључио да „(...) с обзиром на то да постоји реална могућност да је ретроактивна примјена Закона из 2003. године била на штету апликаната у погледу изрицања казне, не може се рећи да им је осигурана дјелотворна заштита од наметања веће казне, што представља повреду члана 7 Европске конвенције“ (тачка 70).

Даље, Европски суд није прихватио аргумент да се правило које забрањује ретроактивну примјену кривичног законодавства не примјењује уколико је неко дјело, у вријеме његовог чињења, представљало кривично дјело према „општим правним начелима која признају цивилизовани народи“, у смислу значења члана 7 став 2 Европске конвенције. Наиме, Европски суд је истакао да овај став није у складу са *Travaux préparatoires* који имплицирају да се може сматрати да члан 7 став 1 садржи опште правило неретроактивности, а да члан 7 став 2 представља само контекстуално појашњење за аспект кривичне одговорности из тог правила, а који је додат како би се осигурало да нема никакве сумње у погледу ваљаности кривичних поступака након Другог свјетског рата у погледу злочина који су учињени током тог рата. Стога је јасно да они који су састављали текст Европске конвенције нису имали намјеру да дозволе било какав општи изузетак од правила неретроактивности, а Европски суд је, с тим у вези, у бројним предметима закључио да су два става члана 7 узајамно повезана и да треба да се тумаче на усклађен начин (тачка 72).

Европски суд није прихватио ни аргумент да је обавеза државе, према међународном хуманитарном праву, да се ратни злочини кажњавају на адекватан начин – захтијевала да се у предметном случају не примијени правило о забрани ретроактивности. У вези с тим је истакнуто да се правило неретроактивности злочина и казни, такође, налази у Женевским конвенцијама и њиховим допунским протоколима. Штавише, с обзиром на то да су казне изречене апликантима биле унутар распона прописаног

и Законом из 1976. и Законом из 2003. године, Европски суд је сматрао да је очигледно неоснован аргумент да апликанти не би били адекватно кажњени у случају да је примијењен Закон из 1976. године (тачка 74).

Имајући у виду све наведено, Европски суд је закључио да је дошло до повреде члана 7 Европске конвенције у односу на оба апликанта. Међутим, Европски суд је јасно нагласио да то не значи да је у њиховом случају требало да буду изречене блаже казне, него само да је требало да буде примијењен Кривични закон СФРЈ из 1976. године.

4.1. Одлука о допустивости и меритуму број АП 325/08 од  
27. септембра 2013. године (ратни злочин против цивилног  
становништва)

Према наводима из апелације (апеланта Зорана Дамјановића), оспорене одлуке Суда БиХ нису у складу са чланом 7 Европске конвенције с обзиром на то да је апелант осуђен према одредбама Кривичног закона БиХ, а он (апелант) сматра да је требало да буде осуђен према одредбама Кривичног закона СФРЈ, јер је тај закон био на снази у вријеме извршења предметног кривичног дјела (ратни злочин против цивилног становништва) и јер тај закон, наводно, прописује блажну казну за предметно кривично дјело, те је повољнији, односно блажи за апеланта. Стога је Уставни суд оспорене одлуке испитао са аспекта њихове усклађености са чланом 7 Европске конвенције.

Уставни суд, најприје, указује на то да се предмет апеланта Зорана Дамјановића како у погледу чињеничног супстрата, тако и у погледу правног питања не разликују од предмета *Мактоуф и Дамјановић*, који је разматрао Европски суд у цитираној одлуци. У вези с тим, Уставни суд указује и да је апелант Зоран Дамјановић проглашен кривим и осуђен за исти кривичноправни догађај истом пресудом Суда БиХ, као и апликант Горан Дамјановић. Даље, апелант Зоран Дамјановић је осуђен за кривично дјело ратни злочин против цивилног становништва у складу са чланом 173 Кривичног закона БиХ иако се ради о дјелу које је учињено 2. јуна 1992. године, односно у вријеме када је био на снази Кривични закон СФРЈ, који је у члану 142 прописивао на идентичан начин исто кривично дјело. Дакле, и у апелантовом случају Кривични закон БиХ је примијењен ретроактивно.<sup>34</sup>

Уставни суд, даље, примјећује да из образложења оспорених пресуда произлази да је Суд БиХ примјену материјалног права, конкретно Кривичног закона БиХ, те оцјену да је овај закон блажи по апеланта – засновао на аргументацији која се може сумирати на сљедећи начин: да

---

<sup>34</sup> Види, *Мактоуф и Дамјановић*, тачка 67.

члан 7 став 2 Европске конвенције дозвољава изузетак од општег правила о забрани ретроактивности садржаног у ставу 1 истог члана; да је, с обзиром на запријећену казну, блажи закон по апеланта Кривични закон БиХ, јер одредбе члана 173 тог закона не прописују смртну казну за предметно кривично дјело за разлику од одредаба члана 142 Кривичног закона СФРЈ који је био на снази и који се примјењивао у вријеме извршења предметног кривичног дјела, те да је обавеза државе, према међународном хуманитарном праву, да се ратни злочини кажњавају на адекватан начин – захтијевала да се у предметном случају не примијени правило о забрани ретроактивности.

Дакле, ради се о идентичним аргументима који су били разматрани и пред Европским судом у предмету *Мактоуф и Дамјановић*.<sup>35</sup> Сходно наведеном, Уставни суд сматра да нема разлога да у овом дијелу не прихвати разлоге и образложења Европског суда и у конкретном предмету.

Наиме, апеланту Зорану Дамјановићу изречена је казна затвора у трајању од десет година и шест мјесеци према одредбама члана 173 став 1 тачка ц) Кривичног закона БиХ. Уставни суд примјећује да изречена казна улази у распон казне за наведено кривично дјело како је она прописана и у Кривичном закону БиХ и у Кривичном закону СФРЈ. Према Кривичном закону СФРЈ, запријећена казна је била казна затвора од пет до 15 година или, у најтежим случајевима, смртна казна – умјесто које се могла изрећи и казна затвора од 20 година. Према Кривичном закону БиХ, запријећена казна је казна затвора у трајању од десет до 20 година или, у најтежим случајевима, казна дуготрајног затвора од 20 до 45 година. Даље, Уставни суд примјећује да из оспорених пресуда произлази да се дјела за која је апелант Зоран Дамјановић проглашен кривим и кажњен, не могу сврстати у најтеже облике ратних злочина (губитак живота) за које је, према Кривичном закону СФРЈ, било могуће изрећи смртну казну. Наиме, Суд БиХ је апеланта прогласио кривим и осудио због тога што је активно учествовао у премлаћивању групе заробљених мушкараца бошњачке националности, Дакле, не ради се о најтежим облицима предметног кривичног дјела за које је било могуће изрећи апеланту максималну запријећену казну за предметно кривично дјело. Штавише, апеланту је изречена казна затвора која је тек мало виша од најниже казне коју прописује Кривични закон БиХ за ратне злочине (десет година и шест мјесеци) из чега се може закључити да је опредјелење суда било да се апелант блаже казни.

Због тога, у конкретном случају, није било потребно утврђивати који закон прописује блажу максималну казну, већ је било неопходно утврди-

---

<sup>35</sup> Тач. 69–74.

ти који је закон блажи у погледу минималне казне.<sup>36</sup> Имајући у виду да је минимум казне затвора према Кривичном закону СФРЈ пет година, а према Кривичном закону БиХ десет година, недвосмислено произлази да је у околностима конкретног случаја блажи Кривични закон СФРЈ без обзира на чињеницу да, с обзиром на прописани распон казне затвора, не значи да би апелант и добио мању казну затвора да је у његовом случају примијењен Кривични закон СФРЈ. Наиме, од кључног значаја је то да је апелант могао добити нижу казну да је овај закон и примијењен.<sup>37</sup>

Доводећи у везу околности конкретног случаја са цитираним ставовима Европског суда, те ставовима заузетим у предмету *Мактоуф и Дамјановић*, Уставни суд сматра да и у конкретном случају постоји реална могућност да је ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ била на апелантову штету у погледу изрицања казне, а што је противно члану 7 став 1 Европске конвенције.

Уставни суд закључује да је оспореним пресудама Суда БиХ дошло до кршења члана 7 став 1 Европске конвенције због погрешне примјене закона у односу на кривицу и казну, те се оспорене пресуде морају укинути у цјелости.

#### 4.2. Одлука о допуствости и меритуму број АП 4065/09 од 22. октобра 2013. године (геноцид)

Према наводима из апелација, оспорене одлуке Суда БиХ нису у складу с чланом 7 Европске конвенције, с обзиром на то да су апеланти осуђени према одредбама Кривичног закона БиХ, док они (апеланти) сматрају да је требало да буду осуђени према одредбама Кривичног закона СФРЈ, јер је тај закон био на снази у вријеме извршења предметног кривичног дјела (геноцид) и закон, наводно, прописује блажу казну за то кривично дјело, те је повољнији односно блажи за апеланте.

У вези с тим, Уставни суд, прије свега, указује да се ради о кривичном дјелу које је у одредбама Кривичног закона БиХ прописано у члану 171 у Глави XVII – кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом, односно које је у одредбама Кривичног закона СФРЈ прописано у члану 141 у Глави XVI – кривична дјела против човјечности и међународног права. Дакле, ради се о кривичном дјелу из групе тзв. ратних злочина. Стога је Уставни суд оспорене одлуке испитао с аспекта њихове усклађености с чланом 7 Европске конвенције.

У вези с тим, Уставни суд запажа да је Европски суд у предмету *Шимшић* одбио као очигледно неосновану апликацију у којој је апли-

<sup>36</sup> Види, *Мактоуф и Дамјановић*, тачка 69.

<sup>37</sup> Види, *Мактоуф и Дамјановић*, тачка 70.

кант указивао на повреду члана 7 Европске конвенције због тога што кривично дјело злочина против човјечности, за које је проглашен кривим и кажњен, у вријеме рата од 1992. до 1995. године није представљало кривично дјело према домаћем праву. Европски суд је у наведеној одлуци навео, између осталог, да дјела за која је апликант осуђен нису представљала злочине против човјечности према домаћем праву све до ступања Кривичног закона БиХ 2003. године, али је евидентно да су ова дјела, у вријеме када су учињена, представљала злочин против човјечности према међународном праву (став 23 одлуке), што имплицира да је Европски суд овај предмет разматрао с аспекта члана 7 став 2 Европске конвенције. Најзад, Европски суд је у наведеном предмету закључио да су апликантова дјела, у вријеме када су извршена, представљала кривично дјело дефинисано с довољно доступности и предвидивости према међународном праву, па је наводе у односу на члан 7 Европске конвенције одбио као очигледно неосноване (став 25 одлуке).

Надаље, Уставни суд запажа да је, с друге стране, Европски суд у предмету *Мактоуф и Дамјановић*, утврдио повреду члана 7 Европске конвенције. Европски суд је у наведеној пресуди, прије свега, констатовао да су неки злочини, конкретно злочин против човјечности, у домаћи закон уведени тек 2003. године, па да судови немају никакву другу могућност него да у таквим предметима примјењују Кривични закон БиХ из 2003. године. Међутим, указано је да те апликације покрећу потпуно различита питања од оних у предмету *Шимшић* с обзиром на то да су ратни злочини које су учинили апликанти Мактоуф и Дамјановић представљали кривична дјела према домаћем закону у вријеме када су учињени (тачка 55).

С тим у вези, Уставни суд истиче да је у својој најновијој пракси,<sup>38</sup> која слиједи праксу Европског суда разрађену у предмету *Мактоуф и Дамјановић*, који су такође проглашени кривим да су учинили кривично дјело ратног злочина против цивилног становништва из члана 173 Кривичног закона БиХ, утврдио да је дошло до кршења члана 7 став 1 Европске конвенције зато што је постојала реална могућност да је ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ, у ситуацији кад је предметно кривично дјело као такво егзистирало и у одредби члана 142 Кривичног закона СФРЈ, била на штету апликаната (апеланата) у погледу изрицања казне, што је противно члану 7 став 1 Европске конвенције.

Имајући у виду све наведено, те доводећи ставове Европског суда у везу с апелантовим предметом, Уставни суд најприје запажа да се тај предмет, како у погледу чињеничног супстрата тако и у погледу правног питања, разликује од наведених предмета Европског суда и Устав-

<sup>38</sup> Види Одлука о допустивости и меритуму број АП 325/08 од 27. септембра 2013. године, доступна на [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba), предмет *Дамјановић*.

ног суда у односу на правну квалификацију кривичног дјела, те висину изречене казне, те да је стога, с обзиром на висину изречене казне апеланту, потребно утврдити који је закон за апеланта блажи, у погледу максималне казне која се може изрећи апеланту.

Наиме, Уставни суд указује да су оспореним пресудама апеланти проглашени кривим и осуђени што су учинили кривично дјело геноцида из члана 171 Кривичног закона БиХ. Уставни суд запажа да је дефиниција геноцида иста у члану 141 Кривичног закона СФРЈ, који се примјењивао у вријеме извршења предметног кривичног дјела (дакле 1995. године) и у члану 171 Кривичног закона БиХ, који је у конкретном предмету примијењен ретроактивно. Из наведеног, дакле, слиједи да су апеланти проглашени кривим за кривично дјело које је као такво „представљало кривично дјело у вријеме извршења“ (у смислу прве реченице члана 7 став 1 Европске конвенције), а та чињеница, у смислу гаранција друге реченице члана 7 став 1 Европске конвенције, имплицира обавезу Уставног суда да испита да „изречена казна неће бити тежа од оне која се примјењивала у вријеме извршења кривичног дјела“. У контексту наведеног, Уставни суд указује да су апеланти, примјеном одредаба Кривичног закона БиХ, у коначници осуђени на казну дуготрајног затвора у распону од 28 до 32 године.

У вези с тим, Уставни суд указује да Кривични закон БиХ и Кривични закон СФРЈ пружају различит распон казни за кривично дјело геноцида за које су апеланти проглашени кривим. Наиме, према Кривичном закону СФРЈ запријеђена казна је била казна затвора од пет до 15 година или, у најтежим случајевима, смртна казна – умјесто које се могла изрећи и казна затвора од 20 година. Према Кривичном закону БиХ запријеђена казна је казна затвора у трајању од 10 до 20 година или, у најтежим случајевима – казна дуготрајног затвора од 20 до 45 година. Затим, Уставни суд указује да је у конкретном случају за радње које су апелантима стављене на терет, с обзиром на начин извршења тог кривичног дјела и његове посљедице, дакле пошто се ради о најтежем облику ратног злочина, постојала могућност да им се изрекне најтежа казна која је била прописана само за најтеже облике ратних злочина. Стога је, дакле, постојала могућност да се у конкретном случају апелантима изрекне најтежа казна.

Уставни суд указује да из наведеног произлази да је у конкретном предмету, за разлику од предмета Европског суда *Мактоуф и Дамјановић* и предмета Уставног суда *Дамјановић*, казна затвора која је изречена апелантима ближа максимуму прописане казне. С обзиром на то, Уставни суд указује да је, за разлику од тих предмета у којима се утврђивало који је закон блажи у погледу минимума казне, у конкретном случају потребно утврдити који је закон блажи за апеланте у погледу максимума прописане казне.

Уставни суд указује да је Европски суд у предмету *Scoppola против Италије*<sup>39</sup> заузео став да је неопходно да напусти праксу коју је установила Комисија у предмету *X против Њемачке* и утврдио да члан 7 став 1 Европске конвенције не гарантује само принцип забране ретроактивне примјене строжег кривичног закона, већ такође, имплицитно, гарантује принцип ретроактивне примјене блажег кривичног закона. Тај принцип је садржан у правилу да када постоји разлика између кривичног закона који је важио у вријеме извршења кривичног дјела и кривичних закона који су донесени и ступили на снагу након тога, а прије доношења правноснажне пресуде – судови морају примијенити закон чије одредбе су најповољније за оптуженог.

Доводећи у везу наведени принцип с конкретним случајем, у којем су апеланти осуђени за кривично дјело геноцида, Уставни суд сматра да се не може заузети уопштен (апстрактан) став који од два кривична закона (мисли се на Кривични закон СФРЈ и Кривични закон БиХ) предвиђа „блажу“ или „тежу“ казну за ово кривично дјело, те, с тим у вези, даље, апстрактно закључити који би од наведена два закона требало да се примјењује (у случајевима када оба закона прописују конкретна кривична дјела из области ратних злочина која се оптужницом стављају на терет) због тога што тај закон прописује „блажу казну“. Такви закључци моћи ће се изводити само у конкретним случајевима, те је сасвим могуће да ће долазити и до различите примјене наведених закона (Кривичног закона СФРЈ и Кривичног закона БиХ) јер се, како је већ речено, један те исти закон може показати, у зависности од конкретних околности сваког појединог случаја, у једној ситуацији као блажи а у другој као тежи у односу на казну која ће се изрећи. Уставни суд је мишљења да се може закључити да у случају када је предметно кривично дјело било инкриминисано у оба закона (у закону који је важио у вријеме извршења као и у закону који је накнадно донесен), да тада, у складу с другом реченицом става 1 члана 7 Европске конвенције, обавезно треба испитати који од два или више сукцесивно донесених закона предвиђа блажу казну, те примијенити тај закон, тј. закон који предвиђа блажу казну (принцип *favor rei*).

Уставни суд запажа да је у конкретном случају Суд БиХ апеланте осудио на казну дуготрајног затвора у трајању од 28 до 32 године. У вези с тим, а у контексту највише запријеђене (најтеже) казне која се може изрећи за то кривично дјело, Уставни суд указује да је одредбама члана 37 став 1 Кривичног закона СФРЈ прописано да се „смртна казна не може прописати као једина главна казна за одређено кривично дје-

---

<sup>39</sup> Види Европски суд, *Scoppola против Италије*, број 10249/03, од 17. септембра 2009. године.

ло“, те да је одредбама члана 38 став 2 такође утврђено да за „кривична дјела за која је прописана смртна казна, суд може изрећи и затвор у трајању од 20 година“. При томе, Уставни суд истиче да из ових одредби произлази да, дакле, за кривично дјело које су апеланти учинили није била једина прописана максимална казна (смртна казна) него да је, као њена алтернатива, у одређеним случајевима могла бити изречена и казна затвора у трајању од 20 година. Према томе, Уставни суд указује да се за кривично дјело геноцида у Кривичном закону СФРЈ могла изрећи казна затвора у трајању од пет до 15 година или казна затвора у трајању од 20 година или смртна казна.

У том контексту, Уставни суд указује да је неспорно да је смртна казна, која је као максимална казна за предметно кривично дјело прописана у Кривичном закону СФРЈ, строжа од казне дуготрајног затвора, која је као максимална казна прописана у Кривичном закону БиХ. Међутим, Уставни суд подсјећа да је чланом II/2 Устава БиХ прописано да се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији и у њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини, те да ови акти имају приоритет над свим осталим законима. У вези с тим, Уставни суд указује да је ступањем на снагу Устава БиХ (14. децембар 1995. године) ступио на снагу и Протокол број 6 уз Европску конвенцију којим је прописано да се смртна казна укида (члан 1), те да држава може у свом законодавству да предвиди смртну казну за дјела извршена у доба рата или непосредне ратне опасности (члан 2). При томе, Уставни суд указује да је након тога 3. маја 2002. године, на нивоу Савјета Европе, усвојен Протокол број 13 уз Европску конвенцију о укидању смртне казне у свим околностима, који је Босна и Херцеговина ратификовала 28. маја 2003. године. Имајући у виду наведено, Уставни суд указује да из наведеног јасно произлази да у вријеме доношења оспорених одлука, у току 2008. и 2009. године, није постојала ни теоријска ни практична могућност да апеланту буде изречена смртна казна за предметно кривично дјело.

С обзиром на то да, дакле, није било могуће апелантима изрећи смртну казну, поставља се питање која је то онда максимална казна могла бити изречена апелантима према Кривичном закону СФРЈ. У вези с тим, Уставни суд указује да је одредбама члана 38 став 2 Кривичног закона СФРЈ прописано да „за кривична дјела за која је прописана смртна казна, суд може изрећи и затвор од 20 година“. Према мишљењу Уставног суда, из цитиране законске одредбе јасно произлази да максимална казна за предметно кривично дјело, у ситуацији када више није могуће изрећи смртну казну – јесте казна затвора од 20 година. Поредити казну затвора од 20 година (као максималну казну за то кривично дјело према

Кривичном закону СФРЈ) с казном дуготрајног затвора од 45 година (као максималном казном за то кривично дјело према Кривичном закону БиХ), Уставни суд сматра да је у конкретном случају несумњиво да Кривични закон СФРЈ представља блажи закон за апеланте. Имајући у виду да је, дакле, према Кривичном закону СФРЈ апелантима било могуће изрећи максималну казну од 20 година, а да му је у конкретном случају, примјеном Кривичног закона БиХ изречена казна дуготрајног затвора у трајању од 33 године, Уставни суд сматра да је ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ била на штету апеланата у погледу изрицању казне, а што је противно члану 7 став 1 Европске конвенције.

4.3. Одлука о допустивости и меритуму број АП 2644/11 од 21. октобра 2014. године (злочин против човјечности, примјена праксе Европског суда заузете у предмету *Шимић против БиХ* у погледу члана 7 Конвенције)

Апелант је оспореним пресудама Суда БиХ, према одредбама Кривичног закона БиХ, осуђен на казну дуготрајног затвора у трајању од 22 године за кривично дјело злочин против човјечности. Тврди да су му оспореним пресудама повријеђене гаранције из члана 7 став 1 Европске конвенције и да у његовом случају није могао бити примијењен Кривични закон БиХ из 2003. године с обзиром на то да му се стављају на терет радње које су почињене 1992. године, када је на снази био Кривични закон СФРЈ, а који је, како наводи, био и блажи по њега.

С тим у вези, Уставни суд подсјећа да је Европски суд у предмету *Бобан Шимић против БиХ*<sup>40</sup> разматрао апликацију апликанта који је 2007. године осуђен за прогон као злочин против човјечности у односу на дјела учињена 1992. године. У наведеној одлуци Европски суд је указао да (тачка 23): „(...) Како ова дјела нису представљала злочин против човјечности према домаћем праву све до ступања на снагу Кривичног закона из 2003. године, евидентно је из докумената наведених у тач. 8–13 [Повеља Међународног војног суда (1945), Резолуција 95 (I) Генералне скупштине Уједињених нација о афирмацији принципа међународног права признатих у Повељи Нирнбершког суда (1946), Принципи међународног права признати у Повељи и пресуди Нирнбершког суда (1950), Нирнбершки принципи које је усвојила Комисија за међународно право (1950), Конвенција о незастаријевању ратних злочина и злочина против човјечности (1968), Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију – ИСТУ (1993) и Римски статут Међународног кривичног суда од 17. јула 1998. године] да су ова дјела, у вријеме када су учињена, представљала злочин против човјечности према међународном праву. У том

<sup>40</sup> Види, Европски суд, Одлука о допустивости од 10. априла 2012. године.

смислу, примјећује се да су у овом случају испуњени сви саставни елементи злочина против човјечности: побијана дјела су извршена у контексту ширег и систематичног напада усмјереног против цивилног становништва и апликант је био свјестан ових напада.<sup>41</sup> Најзад, Европски суд је закључио (тачка 25): „(...) да су дјела апликанта, у вријеме када су извршена, представљала кривично дјело дефинисано с довољно доступности и предвидивости према међународном праву“, те да су апликантови наводи о повреди члана 7 Европске конвенције очигледно неосновани.

Даље, Уставни суд указује и да је Европски суд у предмету *Мактоуф и Дамјановић*, подејећајући на став заузет у предмету *Шимшић*, истакао (тачка 55) да: „(...) Неки злочини, конкретно злочини против човјечности, у домаћи закон су уведени 2003. године. Суд БиХ и ентитетски судови стога немају никакве друге могућности него да примјењују Кривични закон из 2003. године у таквим предметима (види међународне материјале који се цитирају у тач. 31 и 32 у горњем тексту)... Суд је сматрао ирелевантном чињеницу да злочини против човјечности нису представљали кривично дјело према домаћем закону током рата 1992–1995, с обзиром на то да су та дјела у то вријеме представљала кривично дјело према међународном праву.“

Уставни суд је у својој досадашњој пракси слиједио цитирани став Европског суда у предмету *Шимшић* у ситуацијама када је апелацијама било покренуто питање примјене Кривичног закона БиХ из 2003. године у погледу кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172 Кривичног закона БиХ које је учињено прије ступања на снагу наведеног закона.<sup>42</sup>

Уставни суд сматра да су у околностима конкретног случаја у потпуности примјењиви разлози из одлуке Европског суда у предмету *Шимшић*. Наиме, и у конкретном случају апелант је проглашен кривим за кривично дјело злочин против човјечности из члана 172 Кривичног закона БиХ, а које је учинио као дио широког и систематичног напада против цивилног становништва, свјестан тог напада и свјестан да његове радње чине дио тога. Радње извршења кривичног дјела апелант је предузео 1992. године, тј. у вријеме када домаћим законом није било прописано кривично дјело ратни злочин против човјечности, али су представљале злочин против човјечности по међународном праву које је важило у вријеме њиховог извршења. У том смислу, примјена Кривичног закона БиХ из 2003. године не доводи у питање гаранције из члана 7 Европске конвенције, јер је дјело за које је апелант проглашен кривим било прописано у међународном праву у вријеме када је учињено.

<sup>41</sup> Супротно случају *Korbely*, §§ 83–85.

<sup>42</sup> Види, поред осталих, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП 1232/09 од 10. октобра 2012. године, доступна на веб-страници Уставног суда [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

Уставни суд закључује да у околностима конкретног случаја примјена Кривичног закона БиХ из 2003. године, супротно апелантовим тврдњама, не представља кршења члана 7 Европске конвенције.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Члан 7 Европске конвенције мора се тумачити и примјењивати на начин којим се осигурава успјешна заштита од арбитрарног гоњења, осуде и казне. Даље, члан 7 став 1 не гарантује само принцип забране ретроактивне примјене строжег кривичног закона већ, такође, имплицитно, принцип ретроактивне примјене блажег кривичног закона. Тај принцип је садржан у правилу да кад постоји разлика између кривичног закона који је важио у вријеме извршења кривичног дјела и кривичних закона који су донесени и који су ступили на снагу након тога, а прије доношења правноснажне пресуде, судови морају примјенити закон чије су одредбе најповољније за оптуженог. Најзад, према ставу Европског суда, државе слободно одлучују о властитим политикама кажњавања, али при томе се и даље морају придржавати члана 7 Европске конвенције.

Европски суд није искључио могућност да мјере које предузимају законодавни и други надлежни органи или судови након изрицања коначне казне или док се она још извршава могу да доведу до поновног дефинисања или модификовања саме казне коју је изрекао првостепени суд. Када се то догоди, такве мјере треба да уђу у подручје забране ретроактивне примјене казни које је загарантовано чланом 7 Европске конвенције. У супротном, државе би имале слободу да ретроактивно поновно дефинишу „подручје дјеловања изречене казне“ на штету осуђеног лица, односно да промијене обим изречене казне на штету осуђеног лица. Да би се утврдило да ли се нека мјера која је предузета током извршења изречене казне односи само на начин извршења изречене казне или, управо супротно, утиче на њен обим, мора се испитати у сваком појединачном случају шта изречена казна заправо носи са собом по домаћем праву које је на снази у релевантно вријеме или која је њена суштинска природа, узимајући у обзир домаће право у цјелини и на начин на који се примјењивало у релевантно вријеме.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Библиографске референце

1. Akandji-Kombe, Jean-François, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights, A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks*, No 7, Вијеће Европе, 2007;
2. Anagnostaras Georgios, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: the Impact of European Community Law*, *European Public Law*, vol. 7, br. 2, 2001;
3. Barkhuysen Том, van Emmerik L. Michiel, *Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects*, Den Haag, the legitimacy of highest courts ruling, pp. 437-449, N.J.H. Huls, ed., T.M.C. Asser Press, 2009;
4. Батистић Кос Весна, *Позитивне обавезе према Европској конвенцији за заштиту људских права и темељних слобода*, Загреб: Народне новине, Загреб, 2012;
5. Bertel Christian, Venier Andreas, *Strafprozessrecht*, MANZ Verlag, Wien, 2017;
6. Бурић, Зоран, *Обавеза извршења коначних пресуда Европског суда за људска права – у поводу одлуке и рјешења Уставног суда Републике Хрватске број У-III/3304/2011 од 23. јануара 2013. године*, Загреб: Загребачка правна ревија, вол. 2, број 1, 2013;
7. Van Dijk Peter i drugi, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed.*, Antwerpen: Oxford, Intersentia, 2006;
8. Vervaele John A. E., *European Criminal Law and General Principles of Union Law*, *Research Papers in Law*, Collège d'Europe, Brugge, 5, 2005;
9. Граовац Грегори, *Заштита права на особну слободу у казненом поступку у пракси Уставног суда Републике Хрватске [докторска дисертација]*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 2017;
10. Greer Steven, *The European Convention On Human Rights: Achievements, Problems And Prospects*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2006;
11. Ђурђевић Злата, *Реконструкција, јудичијализација, конституционализација, европеизација хрватског казненог процесног права V. новелом ЗКП/08 први дио?*, Загреб: Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2, 2013;
12. Erdal Ugur, Bakirici Hasan, *Article 3 of the European Convention on Human Rights, A practitioner's Handbook*, OMCT Handbook Series, Vol. 1, 2006;
13. Јосиповић Иво, *Ново хрватско имплементацијско међународно казнено право: процесноправни и организацијски аспекти*, Загреб: Хрватски љетопис за казнено право и праксу, вол. 10, 2013;
14. Крапац Давор, *Поступак пред Уставним судом Републике Хрватске: устројство и процедурални елементи уставног надзора*, Загреб: Народне новине, 2014;

15. Марковић Ратко, *Уставно право*, Београд, 2015;
16. Morawa Alexander, *The European Court of Human Rights Rejection of Petitions where the applicant Has Not Suffered a Significant Disadvantage*, Journal of transnational legal issues 1, Luzern;
17. Mowbray Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Bloomsbury Publishing, 2004;
18. Новокмет Анте, Сршен Зоран, *Неучинковити казнени поступак пред судовима – имплементација пресуда Европског суда за људска права*, Загреб: Хрватски љетопис за казнене знаности и праксу, вол. 24, 2, 2017;
19. Омејец Јасна, *Извршење пресуда и одлука Европског суда за људска права*, Загреб: Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 62, број 5-6;
20. Triffterer Otto, Ambos Kai (ur.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, С. Н. Beck; Hart, Nomos, 2016;
21. Haris, OBoyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2014;
22. Црнић Јадранко, *Владавина Устава – Заштита слобода и права човјека и грађанина или како покренути поступак пред Уставним судом Републике Хрватске*, Загреб: Информатор, 1994.

*Academician Full Professor Miodrag N. Simović, LL.D.*

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Active Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences, Active Member of the European Academy of Sciences and Arts and Active Member of the Balkan Scientific Center of the Russian Academy of Natural Sciences

*Associate Professor Marina M. Simović, LL.D.*

Secretary of the Ombudsman for Children of the Republic of Srpska and Associate professor at the Faculty of Law of „Apeiron“ University in Banja Luka

**PUNISHMENT SOLELY ON THE BASIS OF THE LAW (UNDER  
ARTICLE 7 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE  
PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL  
FREEDOMS) IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT  
FOR HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT OF  
BOSNIA AND HERZEGOVINA**

*Summary*

Guarantees set out in Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which is an essential element of the rule of law, has a prominent place in the system of protection under this Convention, as emphasized by the fact that it cannot be derogated under Article 15, not even in war times or other public extraordinary situations endangering the life of the nation. It should be interpreted and applied, as follows from its aim and purpose, in a way to provide efficient protection mechanisms against arbitrary prosecution, convictions and punishment.

Article 7 of the Convention is not limited to prohibition of retroactive application of criminal law to the detriment of the accused. Generally observed, it also includes the principle that only the law may define a criminal offense and prescribe a punishment (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Even though it prohibits widening of the scope of existing criminal offenses to behaviors that have not been criminal offences before, it also prescribes a principle that criminal law should not be interpreted in a wide sense to the detriment of the accused, for example by analogy.

It follows that criminal offenses and relevant punishments have to be defined clearly in the law. This requirement is fulfilled when an individual, from the formulation of relevant provision, and if necessary with interpretation of the court and after obtaining an appropriate legal advice, may know which actions or non-actions shall make him criminally liable and which punishment may be imposed on him for that. Therefore, the court has to confirm that, at a time the accused person had committed the actions that led to his prosecution and conviction – legal provisions declaring that action punishable and that the punishment imposed did not exceed the boundary determined under that provision, were in force.

**Key words:** *Constitution of Bosnia and Herzegovina; The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; The European Court of Human Rights; Criminal offense.*