

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u Velikom vijeću, u predmetu broj **AP 3430/16**, rješavajući apelaciju **Midhata Velagića**, na osnovu člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 57. stav (2) tačka b), člana 59. st. (1) i (2) i člana 62. stav (1) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“ broj 94/14), u sastavu:

Zlatko M. Knežević, predsjednik

Mato Tadić, potpredsjednik

Mirsad Ćeman, potpredsjednik

Valerija Galić, sutkinja

Miodrag Simović, sudija

Seada Palavrić, sutkinja

na sjednici održanoj 19. decembra 2018. godine donio je

ODLUKU O DOPUSTIVOSTI I MERITUMU

Usvaja se apelacija **Midhata Velagića**.

Utvrđuje se povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prava na slobodu izražavanja iz člana II/3.h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ukida se Presuda Kantonalnog suda u Livnu broj 68 0 K 028567 15 Kž od 15. februara 2016. godine.

Predmet se vraća Kantonalnom sudu u Livnu koji je dužan po hitnom postupku donijeti novu odluku u skladu sa članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, članom II/3.h) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Nalaže se Kantonalnom sudu u Livnu da, u skladu sa članom 72. stav (5) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

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

OBRAZLOŽENJE

I. Uvod

1. Midhat Velagić iz Livna (u daljnjem tekstu: apelant), kojeg zastupa Emir Karača, advokat iz Sarajeva, a u njegovo ime voditelj poslova Slaven Jukić, advokat iz Livna, podnio je 10. augusta 2016. godine apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) protiv Presude Kantonalnog suda u Livnu (u daljnjem tekstu: Kantonalni sud) broj 68 0 K 028567 15 Kž od 15. februara 2016. godine i Presude Općinskog suda u Livnu broj 68 0 K 028567 13 K od 13. jula 2015. godine.

II. Postupak pred Ustavnim sudom

2. Na osnovu člana 23. st. (2) i (3) Pravila Ustavnog suda, od Kantonalnog i Općinskog suda, te od Kantonalnog tužilaštva u Livnu (u daljnjem tekstu: Tužilaštvo) zatraženo je 5. marta 2018. godine da dostave odgovore na apelaciju.
3. Kantonalni i Općinski sud su dostavili odgovore 14. marta, a Tužilaštvo 12. marta 2018. godine.

III. Činjenično stanje

4. Činjenice predmeta koje proizlaze iz apelacionih navoda i dokumenata predočenih Ustavnom sudu mogu se sumirati na sljedeći način.
5. Presudom Općinskog suda broj 68 0 K 028567 13 K od 13. jula 2015. godine, koja je potvrđena Presudom Kantonalnog suda broj 68 0 K 028567 15 Kž od 15. februara 2016. godine, apelant je proglašen krivim za krivično djelo izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 163. stav 2. u vezi sa stavom 1. Krivičnog zakona Federacije BiH (u daljnjem tekstu: KZFBiH), pa mu je izrečena uvjetna osuda kojom mu je utvrđena kazna zatvora u trajanju od jedne godine i istovremeno određeno da se ta kazna neće izvršiti ukoliko apelant u roku provjeravanja u trajanju od dvije godine po pravosnažnosti presude ne počini novo, isto ili slično krivično djelo. Općinski sud je naveo da je iz dokaza provedenih u postupku nesumnjivo utvrđeno da je apelant počinio navedeno krivično djelo tako što je na svom Facebook profilu javno objavio fotografiju kipa Isusa Krista koja se nalazi u Rio de Janeiru uz tekst „Idemooo trgajte“, na kojoj se u pozadini nalaze zastava Bosne i Hercegovine i dva zmaja koja lete prema kipu, s tim da „prvi zmaj ima otvorena usta i napada navedeni kip“. Na ovaj način je, kako je obrazložio Općinski sud, apelant „svjestan svog djela i njegove protupravnosti i želeći njegovo izvršenje, javno izazvao vjersku mržnju i netrpeljivost prema Hrvatima,

pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti, koji žive u BiH izlaganjem poruzi vjerskih simbola“. Općinski sud je naveo da je apelant pred sudom izjavio da je 6. septembra 2013. godine nogometna reprezentacija Bosne i Hercegovine igrala predzadnju utakmicu sa Slovačkom u svojoj kvalifikacijskoj grupi, a od rezultata je zavisilo hoće li se reprezentacija kvalificirati za Svjetsko prvenstvo u Brazilu. Na Facebooku su se tog dana, kako je dalje izjavio, pojavile razne slike u vezi s tom utakmicom, između ostalih i sporna slika koja se apelantu „učinila prikladnom jer je nikako drugačije nije ni vidio već kao sportsku“. Apelant je dalje izjavio da je spornu fotografiju našao na internetu i da nije na njoj pravio bilo kakve obrade jer, kako je izjavio, „to i ne zna“. Također, apelant je u izjavi istakao da je fotografija prikazivala „simbol Rio de Janeira“, a „zmajevi simbol reprezentacije BiH“, dok se zastava Bosne i Hercegovine nalazila na fotografiji umjesto neba. On je uz objavu te fotografije napisao: „Idemooo trgajte“, a izjavio je da je „to napisao u sportskom žargonu i to je bila podrška reprezentaciji BiH i drugu namjeru nije imao“. Također je izjavio da „nije primijetio da li su zmajevi imali otvorena usta, već je tu sliku vidio kao sportsku“, te da „nije ni vidio da zmajevi napadaju Isusa, niti je znao da je to Isus“.

6. Općinski sud je također saslušao i svjedoke, od kojih je svjedok Z. K., urednik portala Livno online, rekao da je od nepoznate osobe „koja je [apelantov] prijatelj na Facebooku“ dobio e-mail sa slikom „na kojoj zmaj ide prema kipu Isusa Krista s natpisom 'Idemooo trgajte““. Ovaj svjedok je dalje izjavio da je to objavio na stranici Livno online „bez imena i prezimena [apelanta]“, ali da je „samo napisao da je uposlenik MUP-a kao i tekst 'Tko nas to štiti, policajac širi vjersku mržnju na Facebooku““. Također je naveo da je o tom tekstu na Livno online portalu bilo „dosta komentara koje je uklonio jer se spominjalo ime i prezime [apelanta]“, te da je tu fotografiju preuzeo i portal Herceg Bosna. Ovaj svjedok je također izjavio „da se kao vjernik osjećao nelagodno“, te da je ta fotografija bila na Facebooku „15 dana prije nego što ju je svjedok objavio na Livno online“. Dalje, sud je naveo i da je drugi svjedok A. B. izjavio da je on uposlen u MUP-u u Livnu, da je znao da je apelant na svom Facebooku objavio spornu fotografiju, ali „da on konkretno ništa nije poduzimao po tom predmetu, ali je čitao komentare kojih je bilo jako puno i to komentari iz kojih je proizlazila nacionalna mržnja i koji su osuđivali [apelanta]“. Ostala tri saslušana svjedoka su bili apelantovi prijatelji koji su s njim i gledali utakmicu i koji su svjedočili da su vidjeli da je apelant objavio spornu fotografiju na svom Facebook profilu, ali da je to bila isključivo objava prije utakmice, te da su je i oni shvatili samo u sportskom smislu kao podršku reprezentaciji. Naročito je svjedok S. M. izjavio da spornu fotografiju nije vidio kao nešto što bi „moglo ugroziti rimokatoličko stanovništvo“, te da ni kod

njega ta fotografija „nije izazvala bilo kakav drugi osjećaj jer [apelanta] poznaje cijeli život“, dok je svjedok B. T. izjavio da spornu fotografiju nije ni vidio na Facebooku već na portalima Livno online i Relax, ali da „on tu ne vidi ništa jer je to bilo prisutno tijekom prvenstva, to je simbol grada, na njoj se vidi zastava BiH i navijačka skupina BiH koji se zovu zmajevi“. Također, Općinski sud je naveo da je iz nalaza vještaka kojeg je angažirao utvrđeno da je „broj osoba koje mogu vidjeti objavu na Facebook profilu optuženog 147“, te da se vještak nije mogao izjasniti koliko ih je tu objavu vidjelo u vrijeme kada je apelant objavio na svom Facebook profilu.

7. Iz provedenih dokaza Općinski sud je zaključio da je apelant objavio spornu fotografiju na svom Facebook profilu, da je tu fotografiju nepoznata osoba dostavila uredniku portala Livno online, koji je dalje tu fotografiju objavio na tom portalu, a zatim je objavljena i na nekim drugim portalima, te da je izazvala komentare „iz kojih je proizlazila nacionalna mržnja“. Dalje, sud je zaključio da se na osnovu tih komentara vidi da je „kod jednih sporna fotografija s natpisom izazvala vjersku mržnju i negodovanje, a da drugi dio osoba podržava [apelanta] i njegovu objavu“. Dalje, Općinski sud je obrazložio da nije prihvatio apelantovu odbranu da je on spornu sliku vidio samo kao sportsku podršku reprezentaciji Bosne i Hercegovine jer je takva njegova odbrana „nelogična, neuvjerljiva i očigledno dana u cilju izbjegavanja kaznene odgovornosti“. Također, Općinski sud je naveo da nije prihvatio ni apelantovu izjavu da spornom fotografijom nije izazivao vjersku mržnju i netrpeljivost „jer je i sam vjernik, a u islamu je Isus jedan te isti čovjek i za njega je sveti čovjek“, zato što je apelant u unakrsnom ispitivanju rekao „da nije primijetio da zmaj ima otvorena usta, niti da napada Isusa, niti je znao da je to Isus“. Također, Općinski sud je naveo da nije mogao prihvatiti ni odbranu u dijelu u kojem je apelant izjavio da je natpis uz spornu fotografiju „Idemooo trgajte“ napisan u „sportskom žargonu“ jer se, prema mišljenju tog suda, „to ne može tako protumačiti“.
8. Na osnovu navedenog, Općinski sud je zaključio da je nesumnjivo dokazano da je apelant spornu fotografiju objavio s namjerom da izazove vjersku mržnju i netrpeljivost i da su na taj način u njegovom postupanju sadržana sva bitna obilježja krivičnog djela koje mu je stavljeno na teret. U vezi s tim, Općinski sud je istakao da je kip Isusa Krista u Rio de Janeiru „zaštitni znak kršćanstva u Brazilu, tj. vjerski simbol brazilskih kršćana, Isus Krist je simbol kršćanstva, utemeljitelj kršćanstva i božanska osoba“. Stoga je zaključio da je apelant spornom fotografijom „na kojoj zmaj s otvorenim ustima napada kip Isusa Krista te natpisom 'Idemooo trgajte', javno izložio poruzi vjerski simbol, na koji način je izazvao vjersku mržnju i netrpeljivost među pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti koji žive u FBiH“, i to javno, budući da je, kako je

sud naveo, tu objavu, prema nalazu vještaka, moglo vidjeti 140 osoba koje su apelantovi „prijatelji“ na Facebooku. Sud je zaključio da je apelant postupao s direktnim umišljajem i da na to „upućuju svi naprijed izvedeni dokazi“.

9. Kantonalni sud je Presudom broj 68 0 K 028567 15 Kž od 15. februara 2016. godine odbio apelantovu žalbu, pa je u obrazloženju, između ostalog, naveo da se taj sud „ne može baviti onim 'što bi bilo kad bi bilo' jer predmet optužnice nije komentar koji je stavljen na portalu“, odnosno da sud nije mogao utvrđivati je li tekst „Tko nas to štiti, policajac širi vjersku mržnju na Facebooku“, koji je na Livno online postavio urednik, svjedok Z. K., „podstakao druge da reagiraju ili ne.“ Kantonalni sud je također naveo da nisu tačni apelantovi žalbeni navodi „da je ostalo neutvrđeno je li originalni komentar izazvao kakvu vjersku ili nacionalnu mržnju“ jer je svjedok Z. K. izjavio da se o spornoj fotografiji „pričalo petnaest dana prije“ nego što ju je on objavio na Livno online portalu, „pa je prvostupanjski sud ovu činjenicu i cijenio, jer da ova fotografija objavljena na Facebooku nije izazvala vjersku mržnju ista ne bila dostavljena Z. K., pa je neutemeljen prigovor da objava na Facebooku nije 'javna', jer sve što je dostupno većem broju ljudi jeste javno“. Kantonalni sud je odbio i apelantov prigovor da je sud pogrešno ispitivao svjedoke „jer je upravo bitno što je navedena fotografija izazvala kod ljudi“, kao i da je neosnovan apelantov prigovor da u prvostepenoj odluci nije pravilno obrazložen umišljaj, budući da, prema mišljenju Kantonalnog suda, „iz obrazloženja prvostupanjske presude jasno i nedvojbeno proizlazi zbog čega smatra da je [apelant] počinio djelo i iz čega proizlazi njegov umišljaj.“ Također, Kantonalni sud je naveo da apelantov žalbeni „komentar, a ne prigovor [...] da kip Isusa Krista u Brazilu ne bi trebao predstavljati simbol Hrvata prije nego što predstavlja simbol Brazila kod radnje izvršenja ovog kaznenog djela“ nije relevantan. Naime, sud je naveo da je nesporno da je kip Isusa Krista simbol kršćanstva, pa je stoga apelant svojom radnjom izvrgao poruzi kip Isusa, „a daljnji komentar iznesen u žalbi branitelja je neprimjeren je li iz neznanja ili namjere ovom sudu nebitno je.“

IV. Apelacija

a) Navodi iz apelacije

10. Apelant smatra da mu je osporenim odlukama prekršeno pravo iz člana II/3.e) i h) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 6. i 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija). U odnosu na pravo na pravično suđenje, apelant ističe da se pravo na odbranu ne iscrpljuje samo u tome da se optuženom omogući da odbranu iznese, već i da sud brižljivo i savjesno njegovu odbranu ispita i ocijeni, te da o tome da adekvatne

razloge u obrazloženju. Obrazloženje odluke u tom smislu ne bi smjelo ostavljati nikakvu sumnju u pogledu zaključaka suda o tome da je odbrana, kako je to sud naveo u konkretnom slučaju, „nelogična, neuvjerljiva i neosnovana ili usmjerena na izbjegavanje krivične odgovornosti“. Apelant navodi da „odbrana ne može biti od strane suda u cijelosti ignorirana, kao da uopšte nije ni postojala“, odnosno da je sud morao dati razloge zbog kojih je zaključio da je apelantova odbrana „nelogična, neuvjerljiva i neosnovana ili usmjerena na izbjegavanje krivične odgovornosti“, što sudovi nisu uradili. Stoga, apelant smatra da je propustom da u presudi objasni svoje zaključke u odnosu na odbijanje njegove odbrane iz navedenih razloga sud prekršio njegovo pravo na obrazloženu presudu, koje je dio prava na pravično suđenje. Apelant smatra da su odbijanjem da njegovu odbranu ispita „u svjetlu okolnosti u kojima je preduzeo čin objave sporne fotografije na svom Facebook profilu“ sudovi prekršili i njegovo pravo iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije. Ovaj navod apelant obrazlaže time da u spisu, prema njegovom mišljenju, ne postoje dokazi iz kojih bi proizlazilo postojanje bitnih obilježja krivičnog djela za koje je osuđen, te da sudovi nisu obrazložili u čemu se to sastoji „izlaganje poruzi Isusa Krista u Rio de Janeiru, šta predstavlja stvarnu činjeničnu osnovu za utvrđenje činjenice da jedan od zmajeva koji lete iznad preko zastave BiH napada kip Isusa Krista, te zbog kojih razloga takav položaj zmaja predstavlja 'izlaganje poruzi vjerskog simbola““, kao ni „zbog kojih se razloga objava koja je na Facebooku dostupna samo kategoriji 'prijatelja optuženog' čiji se broj u trenutku ove objave nije mogao pouzdano utvrditi, a po prilici ih je bilo 140, smatra javnom objavom, te kako ova restrikcija konzumenata objave utiče na namjeru apelanta u situaciji kada je on mogao objavu činiti dostupnom svima na Facebooku, a nije, te niz drugih činjenica koje utiču na postojanje ovog krivičnog djela.“

11. Također, smatra da je izostalo obrazloženje o tome na osnovu čega su sudovi utvrdili da je kod apelanta postojala namjera da objavljivanjem sporne fotografije izazove „vjersku mržnju i netrpeljivost prema Hrvatima“. U vezi s tim, apelant navodi da je krivično djelo za koje je osuđen moguće počiniti isključivo s umišljajem, odnosno za to krivično djelo mora postojati „specijalni, ciljni, direktni umišljaj“ za izazivanje vjerske mržnje i netrpeljivosti „prema Hrvatima, pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti, koji žive u BiH“, i to objavljivanjem sporne slike uz natpis „Idemooo trgajte“. Apelant u vezi s tim navodi i da u presudama uopće ne postoji „činjenično obrazloženje poveznice“ između sporne fotografije i navodne namjere da se njenim objavljivanjem „javno izazove osjećanje vjerske mržnje i netrpeljivosti prema Hrvatima, pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti, koji žive u BiH, a moralo bi postojati“, budući da je apelant osuđen da je postupao s namjerom da izazove takvu mržnju.

12. Dalje, u odnosu na kršenje prava iz člana 10. Evropske konvencije, apelant smatra da ima pravo na ovakvu objavu i da je ta objava zaštićena garancijama navedenog člana. Apelant navodi da je on objavio fotografiju zaliva Rio de Janeiro na kojoj je neko drugi, a ne on, dodao sliku zmajeva i zastave Bosne i Hercegovine. U vezi s tim, apelant ističe da su kip Isusa Krista kakav je objavljen na toj fotografiji i Glava šećera „notorno poznati simboli“ Rio de Janeiro i Brazila, te da je spornu fotografiju isključivo objavio „kao znak svoje podrške fudbalskoj reprezentaciji Bosne i Hercegovine u sportskom susretu sa reprezentacijom Slovačke u okviru nadmetanja u kvalifikacijama za odlazak na Svjetsko prvenstvo u fudbalu u Brazilu“, što sudovi nisu pravilno cijevali, niti su svoje stavove o tome obrazložili kako je to već naveo. Također, apelant ističe da sudovi nisu u obrazloženju iznijeli ništa o tome jesu li kao utvrđenu uzeli činjenicu da je onog dana kada je apelant objavio spornu sliku zaista bila utakmica između nogometnih reprezentacija BiH i Slovačke, je li ta utakmica bila u okviru kvalifikacija za plasman na Svjetsko prvenstvo, nazivaju li se reprezentativci BiH zaista Zmajevima, te može li se zaliv u Rio de Janeiro „sa kipovima Isusa Krista i Glavom šećera prihvatiti kao simbol Brazila“. Apelant smatra da su sudovi morali to utvrditi i u obrazloženjima odluka očitovati se o tim navodima koje je iznio, kako bi utvrdili je li tačan njegov navod da je objavljivanjem sporne slike želio podržati reprezentaciju BiH.

b) Odgovori na apelaciju

13. Kantonalni sud je u odgovoru naveo da je u odluci koju je apelant osporio iznio razloge kojima se rukovodio kada je odbio njegovu žalbu i potvrdio prvostepenu presudu, te da predlaže da Ustavni sud odbije apelaciju.
14. Općinski sud je u odgovoru naveo da je pravilno primijenio odredbe KZFBiH i Zakona o krivičnom postupku FBiH (u daljnjem tekstu: ZKPFBiH), te da je cijevalio dokaze pojedinačno i u međusobnoj vezi i na osnovu toga utvrdio da je apelant počinio krivično djelo za koje je osuđen. Općinski sud smatra da je u svojoj presudi jasno obrazložio da je apelant to krivično djelo počinio s direktnim umišljajem, pa je predložio da Ustavni sud odbije apelaciju.
15. Tužilaštvo je također u odgovoru istaklo da smatra da su i Tužilaštvo i sudovi postupali u skladu sa zakonima i s Evropskom konvencijom, te da je apelacija neosnovana.

V. Relevantni propisi

16. U **Krivičnom zakonu FBiH** („Službene novine FBiH“ br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17) relevantne odredbe glase:

*Član 163.**Izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti*

(1) *Ko javno izaziva ili raspaljuje narodnosnu, rasnu ili vjersku mržnju, razdor ili netrpeljivost među konstitutivnim narodima i ostalima koji žive u Federaciji, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do pet godina.*

(2) *Ko krivično djelo iz stava 1. ovog člana učini prisilom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi narodnosnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obilježja ili grobova, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.*

(Napomena: Odredba stava 1. ovog člana je izmijenjena tako da je kazna u tom stavu promijenjena i sada stoji od *tri mjeseca do tri godine*. Izmjena objavljena u „Službenim novinama FBiH“ broj 42/10.)

VI. Dopustivost

17. U skladu sa članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.
18. U skladu sa članom 18. stav (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako je podnesena u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio.
19. U konkretnom slučaju predmet osporavanja apelacijom je Presuda Kantonalnog suda broj 68 0 K 028567 15 KŽ od 15. februara 2016. godine protiv koje nema drugih djelotvornih pravnih lijekova mogućih prema zakonu. Osporenu odluku apelant je primio 11. juna 2016. godine, a apelacija je podnesena 10. augusta 2016. godine, tj. u roku od 60 dana, kako je propisano članom 18. stav (1) Pravila Ustavnog suda. Konačno, apelacija ispunjava i uvjete iz člana 18. st. (3) i (4) Pravila Ustavnog suda jer ne postoji neki formalni razlog zbog kojeg apelacija nije dopustiva, niti je očigledno (*prima facie*) neosnovana.
20. Imajući u vidu odredbe člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, člana 18. st. (1), (3) i (4) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je utvrdio da predmetna apelacija ispunjava uvjete u pogledu dopustivosti.

VII. Meritum

21. Apelant smatra da mu je osporenim odlukama prekršeno pravo iz člana II/3.e) i h) Ustava Bosne i Hercegovine i pravo iz čl. 6. i 10. Evropske konvencije. Ustavni sud će, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja i apelantove navode da mu je izrečenom krivičnom sankcijom prekršeno pravo na slobodu izražavanja, najprije razmotriti pitanje eventualnog kršenja tog prava.

Pravo na slobodu izražavanja

22. Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi:

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava

2. ovog člana, što uključuje:

[..]

h) Slobodu izražavanja.

23. Član 10. Evropske konvencije glasi:

1. Svako ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo obuhvaća slobodu vlastitog mišljenja, primanja i saopćavanja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprečava države da zahtijevaju dozvole za rad radio, televizijskih i kinematografskih preduzeća.

2. Pošto ostvarivanje ovih sloboda povlači za sobom dužnosti i odgovornosti, ono se može podvrgnuti formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja informacija dobivenih u povjerenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.

24. Kod ispitivanja kršenja prava na slobodu izražavanja Ustavni sud mora najprije odgovoriti na pitanje postoji li miješanje u apelantovo pravo na slobodu izražavanja, pa ako postoji: je li to miješanje bilo opravdano, odnosno: i) je li bilo „propisano zakonom“, ii) je li imalo neki legitiman cilj i iii) je li bilo „neophodno u demokratskom društvu“.

25. U konkretnom slučaju apelant je proglašen krivim za krivično djelo izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 163. KZFBiH zbog toga što je objavio

spornu sliku na vlastitom Facebook profilu. Iz toga nesumnjivo proizlazi da je izrečenom sankcijom došlo do miješanja u apelantovo pravo na slobodu izražavanja.

i) Je li miješanje bilo „propisano zakonom“?

26. Ustavni sud ponovo ističe da, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud), izraz „propisano zakonom“ u drugom stavu člana 10. zahtijeva ne samo da mjere kojima se ograničava pravo na slobodu izražavanja imaju pravni osnov u domaćem zakonu već se odnosi i na kvalitet zakona u pitanju. Naime, zakon mora biti dostupan, a njegovi efekti moraju biti predvidljivi (vidi Evropski sud, između mnogih, *Delfi AS protiv Estonije*, presuda od 16. juna 2015. godine, predstavka broj 64569/09, tačka 120. s daljnjim referencama). Što se tiče zahtjeva predvidljivosti, i Evropski i Ustavni sud kontinuirano ističu da se norma ne može smatrati „zakonom“ u smislu člana 10. stav 2. Evropske konvencije ako nije formulirana dovoljno precizno da bi svakome omogućila da svoje ponašanje uskladi s normom. Svako mora biti u stanju da predvidi, u stepenu koji se razumno može očekivati u okolnostima konkretnog slučaja, posljedice koje određeno ponašanje može imati, ali te posljedice ne moraju biti predvidljive s apsolutnom sigurnošću. Ali, dok je takva sigurnost u značenju zakona poželjna, ona može za sobom povući pretjeranu rigidnost, pa zakon mora biti takav da omogućava primjenu u različitim, promjenljivim situacijama. Stoga je neizbježno da se u mnogim zakonima koriste izrazi koji su, u većoj ili manjoj mjeri, neodređeni i čija interpretacija i primjena zavise od sudske prakse (vidi Evropski sud, *Sekmadienis LTD protiv Litvanije*, presuda od 30. januara 2018. godine, predstavka broj 69317/14, tačka 64. s daljnjim referencama).
27. U konkretnom slučaju, kako je već rečeno, miješanje u apelantovo pravo je bilo propisano u članu 163. KZFBiH kojim se zabranjuju određeni oblici govora mržnje bilo u pisanom ili usmenom obliku (stav 1. kojim se zabranjuje javno izazivanje ili raspaljivanje narodnosne, rasne ili vjerske mržnje, razdor ili netrpeljivost među konstitutivnim narodima i ostalima), ali i druga djela (stav 2. kojim se zabranjuje izlaganje poruzi narodnosnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenje tuđih simbola, sknavljenje spomenika, spomen-obilježja ili grobova). U vezi s tim, Ustavni sud naglašava da odredbe koje se tiču govora mržnje, naročito one koje su situirane u krivične zakone, trebaju biti dovoljno definirane i precizne tako da ne bi bile na štetu slobodi izražavanja i da ne bi dovele u pitanje princip pravne sigurnosti zbog eventualne nepredvidljivosti. Imajući to u vidu, Ustavni sud zapaža da izrazi iz člana 163. stav 1. KZFBiH kao što su raspirivanje, razdor i netrpeljivost imaju vrlo široko značenje, da u zakonu nisu posebno definirani, ali i da bi bilo nerealno očekivati da se tim izrazima da precizna pravna definicija ili da zakonodavac navede iscrpnu listu značenja, odnosno djela koja bi se mogla

svrstati pod ove izraze. Stoga, Ustavni sud naglašava da je kod primjene ove odredbe vrlo izražena obaveza suda da obrazloži kako je i na koji način utvrdio da se određena postupanja mogu svrstati pod ove izraze, vodeći računa o zaštiti slobode izražavanja kao osnova demokratskog društva (*mutatis mutandis, ibid.*, presuda *Sekmadienis LTD*, tačka 66).

28. Dalje, apelant upravo smatra da sudovi u osporenim odlukama nisu dovoljno jasno obrazložili zašto bi objavljivanje sporne slike s natpisom predstavljalo izazivanje ili raspirivanje mržnje, netrpeljivosti ili razdora među konstitutivnim narodima, i to izvrgavanjem poruzi vjerskih simbola, zbog čega smatra da je primjena zakona bila proizvoljna. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da apelant i ne postavlja pitanje kvaliteta zakona, već suštinski postavlja pitanje jesu li sudovi u svojim obrazloženjima dali dovoljne i prihvatljive razloge za ograničavanje apelantove slobode izražavanja krivičnom sankcijom. Imajući to u vidu, Ustavni sud prihvata da je miješanje u apelantovo pravo na slobodu izražavanja bilo „propisano zakonom“ u smislu člana 10. Evropske konvencije, pa će nastaviti s ispitivanjem je li to miješanje imalo legitiman cilj i je li bilo „neophodno u demokratskom društvu“ (*mutatis mutandis, op. cit.*, presuda *Sekmadienis LTD*, tačke 67-68. s daljnjim referencama).

ii) Postojanje legitimnog cilja

29. Ustavni sud smatra da iz osporenih odluka nesumnjivo proizlazi da su te odluke donesene s ciljem zaštite prava drugih, što svakako predstavlja jedan od legitimnih ciljeva iz stava 2. člana 10. Evropske konvencije.

iii) Je li miješanje bilo „neophodno u demokratskom društvu“?

30. Kako i Evropski i Ustavni sud konzistentno ističu u svojim odlukama, sloboda izražavanja predstavlja jedan od osnova demokratskog društva i jedan od osnovnih uvjeta za njegov napredak i za samoispunjenje svakog pojedinca. Pod uvjetima iz stava 2. člana 10. Evropske konvencije, sloboda izražavanja se odnosi ne samo na informacije ili ideje koje se prihvataju ili smatraju neuvredljivim već i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiravaju. Evropski sud ističe da su to zahtjevi pluralizma, tolerancije i slobodoumnosti bez kojih nema „demokratskog društva“. S druge strane, član 10. Evropske konvencije propisuje i da sloboda izražavanja može biti ograničena, ali ta ograničenja moraju biti striktno tumačena, a potreba za ograničenjima slobode izražavanja mora biti uvjerljivo utvrđena i obrazložena (vidi Evropski sud, između ostalih, *Von Hannover protiv Njemačke* br. 2, presuda od 7. februara 2012. godine, predst. br. 40660/08 i 60641/08, tačka 101).

31. Prema praksi Evropskog suda, izraz „neophodno“ u smislu člana 10. stav 2. Evropske konvencije implicira postojanje „hitne društvene potrebe“. U vezi s tim, države članice Vijeća Evrope imaju određenu diskrecionu ocjenu pri odlučivanju o tome postoji li takva potreba, ali ta diskreciona ocjena „ide ruku pod ruku s evropskim nadzorom koji obuhvata kako zakon tako i odluke kojima se zakon primjenjuje, pa i odluke koje donosi nezavisan sud“. Stoga je Evropski sud ovlašten dati konačnu ocjenu o tome je li neko nametnuto „ograničenje“ u skladu sa slobodom izražavanja kako je štiti član 10. Evropske konvencije (*op. cit.*, presuda *Sekmadienis LTD*, tačka 71. s daljnjim referencama). Međutim, u vršenju ove nadležnosti Evropski sud neće, kako konzistentno ističe, zauzeti mjesto nadležnih domaćih vlasti, već će razmotriti jesu li odluke koje su domaće vlasti donijele u skladu sa članom 10. Evropske konvencije. To ne znači da je supervizija Evropskog suda ograničena na utvrđivanje je li domaća vlast razumno, pažljivo i u dobroj vjeri vršila svoja diskreciona ovlaštenja, već će ispitati je li miješanje u pravo iz člana 10. Evropske konvencije, u okolnostima svakog konkretnog slučaja u cjelini, bilo proporcionalno legitimnom cilju koji se želio postići i jesu li razlozi i obrazloženja koji su dati za miješanje u ovo pravo bili „relevantni i dovoljni“. Pri tome, Evropski sud se mora uvjeriti da su domaće vlasti primijenile standarde koji su u skladu s principima utjelovljenim u članu 10. Evropske konvencije (vidi Evropski sud, između ostalih, *Medžlis Islamske zajednice Brčko i dr. protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 27. juna 2017. godine, predstavka broj 17224/11, tačka 75. i *op. cit.*, presuda *Sekmadienis LTD*, tačka 72).
32. Također, Evropski sud ističe da širina diskrecione ocjene zavisi od više faktora, među kojima je vrsta izražavanja od naročite važnosti. U vezi s tim, Evropski sud naročito naglašava da unutar člana 10. stav 2. Evropske konvencije ima malo prostora za ograničavanje političkog govora ili debate o pitanjima od javnog interesa. Međutim, šira diskreciona ocjena je općenito ostavljena domaćim vlastima kada se radi o reguliranju slobode izražavanja u vezi s izjavama kojima se mogu povrijediti nečija lična uvjerenja u sferi morala ili, naročito, vjere. Također, stav 2. člana 10. Evropske konvencije izričito potvrđuje da sloboda izražavanja nosi sa sobom dužnosti i odgovornosti. Među njima je, u kontekstu vjerskih uvjerenja, opći zahtjev da se osigura mirno uživanje u pravima i slobodama iz člana 9. Evropske konvencije, kao i dužnost da se izbjegava, koliko je to moguće, izražavanje koje je, u odnosu na simbole koji su predmet dubokog poštovanja, nepotrebno uvredljivo ili profano (*op. cit.*, *Sekmadienis LTD*, tačke 73-74. s daljnjim referencama).
33. Također, Evropski sud je u presudi *Savva Terentyev protiv Rusije* ukazao i na izvještaj specijalnog izvjestioca za promoviranje i zaštitu prava na slobodu mišljenja i izražavanja

(podnesen u skladu s Rezolucijom Komiteta za ljudska prava Ujedinjenih nacija 16/4, A/67/357 od 7. septembra 2012. godine), u kojem je naročito istaknuto da se prilikom odlučivanja o tome predstavlja li neko izražavanje podsticanje na mržnju mora uzeti u obzir nekoliko ključnih elemenata: stvarna i neposredna opasnost od nasilja do kojeg će doći zbog tog izražavanja, namjera da se izazove diskriminacija, neprijateljstvo ili nasilje, te sudska ocjena sveukupnog konteksta, s obzirom na to da međunarodno pravo zabranjuje određene vrste izražavanja zbog njihovih posljedica, a ne zbog sadržaja, zato što je ono veoma uvredljivo u jednoj zajednici, ne mora biti takvo i u drugoj. Dakle, kontekstualna analiza mora uključiti razmatranje različitih faktora, uključujući i primjere tenzija između vjerskih ili rasnih zajednica, diskriminaciju protiv ciljane grupe, ton i sadržaj izražavanja, osobu koja navodno podstiče na mržnju i način na koji je izražavanje objavljeno. Kako je Evropski sud istakao, izražavanje koje pojedinac objavi „maloj i ograničenoj grupi korisnika Facebooka nema istu težinu kao i izjava objavljena na *mainstream* internetskoj stranici.“ Također je istaknuto da se od država zahtijeva da zakonom zabrane „bilo kakvo promoviranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koja predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili mržnju, ali da nema zahtjeva da se takvo izražavanje neophodno kriminalizira [...] samo ozbiljni i ekstremni primjeri podsticanja na mržnju [...] trebaju biti kriminalizirani“ (vidi Evropski sud, *Savva Terentyev protiv Rusije*, presuda od 28. augusta 2018. godine, predstavka broj 10692/09, tačka 34).

34. Vraćajući se na konkretan predmet, Ustavni sud najprije zapaža da je apelant i tokom postupka pred sudovima i u apelaciji izričito tvrdio da je znao da je spornu fotografiju objavio na dan kada je igrala nogometna reprezentacija BiH za kvalifikacije za Svjetsko prvenstvo u Brazilu, da je smatrao da ta fotografija predstavlja „simbol grada Rio de Janeira“ i da je samo tako gledao, a ne kao simbol kršćanstava sveukupno. U vezi s tim, Ustavni sud ističe da Isus Krist jeste nesumnjivo simbol kršćanstva, ali i da je općepoznato da je statua Isusa Krista Iskupitelja na planini Corcovado u Rio de Janeiru, koja je uvrštena u jedno od novih sedam svjetskih čuda, postala svjetski prepoznatljiv kulturni simbol grada Rio de Janeiro i Brazila. Dalje, apelant je izričito tvrdio i tokom postupka i u apelaciji da je on sliku objavio na svom Facebook profilu isključivo kao „sportsku podršku reprezentaciji“, pa Ustavni sud smatra da iz toga proizlazi da apelant nije imao namjeru da učestvuje u ili doprinese nekoj javnoj debati koja se ticala bilo kakve rasprave o vjerskim pitanjima ili drugim pitanjima od javnog interesa u smislu člana 10. Evropske konvencije. Dakle, u takvoj situaciji diskreciona ocjena koja je ostavljena domaćim vlastima, odnosno sudovima u konkretnom slučaju je šira, kako je to već navedeno. Ipak, takva

diskreciona ocjena nije neograničena, pa će Ustavni sud ispitati jesu li se sudovi u osporenim odlukama kretali unutar granica te diskrecione ocjene.

35. Ustavni sud smatra da se opisana fotografija ne može cijeliti izvan konteksta svih okolnosti predmeta, zbog čega u konkretnom slučaju ne može zaključiti da je ta fotografija takva da na prvi pogled podstiče mržnju na osnovu vjere ili da predstavlja napad na vjeru. Međutim, Ustavni sud ukazuje i da je Evropski sud u svojoj praksi zaključio da se ne može isključiti mogućnost da izražavanje koje nije na prvi pogled uvredljivo može imati takav utjecaj u određenim okolnostima, ali da se o tome moraju dati relevantni i dovoljni razlozi (*op. cit., Sekmadienis LTD*, tačka 78. s daljnjim referencama). Stoga, Ustavni sud smatra da su u konkretnom slučaju sudovi bili obavezni da u osporenim odlukama daju relevantne i dovoljne razloge zbog čega su sporna slika i natpis uz nju, koji prema mišljenju Ustavnog suda na prvi pogled ne predstavljaju uvredu za vjeru i vjernike, bili suprotni pravu drugih da mirno uživaju u svojoj vjeri.
36. Imajući to u vidu, Ustavni sud ne može prihvatiti da su razlozi koji su u obrazloženjima dati o tome zašto je potrebno apelanta proglasiti krivim i kazniti za krivično djelo koje mu je stavljeno na teret relevantni i dovoljni. Naime, prvostepeni sud je došao do zaključka da je apelant objavljivanjem sporne slike „javno izazvao vjersku mržnju i netrpeljivost prema Hrvatima, pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti“, a da pri tom u odluci nije dao dovoljno i relevantno obrazloženje o tome zašto ne može prihvatiti apelantovu odbranu da je spornu sliku „objavio samo kao sportsku podršku reprezentaciji Bosne i Hercegovine“. U vezi s tim, prvostepeni sud je naveo da nije mogao prihvatiti apelantovu odbranu da nije želio izazivati vjersku mržnju jer je na spornoj fotografiji prikazan „zmaj sa otvorenim ustima koji napada kip Isusa Krista“, te zato što se natpis uz spornu fotografiju „Idemooo trgajte“ „po mišljenju suda to ne može tako protumačiti“. Pri tome se ni iz čega ne može zaključiti da su sudovi imali u vidu da će se kažnjavanjem apelanta umiješati u njegovu slobodu izražavanja i da su smatrali da je neophodno da vode računa o tome i da u vezi s tim uzmu u obzir sve neophodne faktore koji su već navedeni (vidi tačku 33. ove odluke), pa da na osnovu toga odluče o postojanju „hitne društvene potrebe“ za takvo miješanje i o tome daju relevantna i dovoljna obrazloženja. Tako se prvostepeni sud u obrazloženju nije ni na koji način upuštao u ono što su i apelant i svjedoci opisali kao kontekst i okolnosti u kojem je sporna fotografija s natpisom objavljena. Osim toga, prvostepeni sud nije objasnio zašto nije uzeo u obzir to da statua Isusa Krista Iskupitelja na planini Corcovado nije isključivo vjerski, već i svjetski prepoznatljiv kulturni simbol Rio de Janeira i Brazila, što je apelant izričito isticao i što ne može biti nepoznato ni sudu, te zašto je prikazivanje upravo te statue u konkretnom slučaju bilo uvredljivo za „pripadnike rimokatoličke

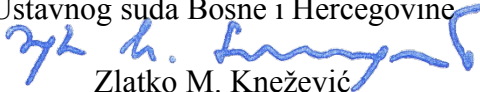
vjeroispovijesti koji žive u FBiH“, ili zašto je ocijenjeno da je ovakva apelantova odbrana „nelogična, neuvjerljiva i usmjerena na izbjegavanje krivične odgovornosti“. Ove manjkavosti u obrazloženju prvostepene presude nije otklonio ni Kantonalni sud, niti se posebno bavio tim pitanjima.

37. Također, sudovi nisu uopće obrazložili jesu li i kako uzeli u obzir činjenicu da je apelant spornu sliku i natpis objavio na svojoj Facebook stranici i da je bila dostupna malom broju ljudi, odnosno samo onima koji su apelantovi „prijatelji“ na Facebooku, kao ni to da je tek objavljivanjem na portalu Livno online uz prilično sugestivan naslov urednika tog portala („Tko nas to štiti, policajac širi mržnju na Facebooku“), s kojeg su to preuzeli i drugi portali, sporna fotografija postala dostupna široj javnosti. Dalje, sudovi su naveli da je objavljivanje sporne fotografije na informativnom portalu Livno online izazvalo komentare „iz kojih je proizlazila nacionalna mržnja“, odnosno da je „kod nekih koji su komentirali sporna slika izazvala vjersku mržnju i negodovanje, a kod drugih odobravanje“. Međutim, iz ovakvog obrazloženja se ne može zaključiti zašto se navodna mržnja koja je, kako sud navodi, iznesena u komentarima trećih osoba na portalu Livno online može isključivo staviti na teret apelantu koji je spornu fotografiju objavio na svom Facebook profilu dostupnom ograničenom broju ljudi (vidi tačku 33. ove odluke), odnosno zašto se objavljivanje sporne fotografije s natpisom na apelantovom Facebook profilu ne može shvatiti nikako drugačije već samo kao umišljajno izvršenje krivičnog djela koje mu je stavljeno na teret.
38. Osim toga, Ustavni sud ne može zanemariti ni to da je apelantu na osnovu takvih zaključaka utvrđena stroga sankcija, godinu dana zatvora, uz period odgode pod uvjetom, te da sud nije obrazložio zbog čega apelantovo izražavanje predstavlja tako ekstreman oblik podsticanja na mržnju da mu je potrebno izreći takvu kaznu, a naročito kako je objavljivanje sporne fotografije s natpisom u okolnostima u kojima je to učinjeno bilo moguće svrstati pod izraze „izazivanje ili raspirivanje razdora ili netrpeljivosti“ koje za sobom povlači krivičnu odgovornost.
39. Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud smatra da redovni sudovi nisu u osporenim odlukama ni pokušali postići pravičnu ravnotežu između zaštite prava vjernika s jedne i zaštite apelantovog prava na slobodu izražavanja s druge strane, budući da su sudovi, bez iznošenja relevantnih i dovoljnih razloga, uz nejasna i neadekvatna obrazloženja svojih zaključaka dali apsolutni primat zaštiti vjerskih osjećaja, bez vođenja računa o miješanju u apelantovu slobodu izražavanja. Zbog toga, Ustavni sud smatra da je prekršeno apelantovo pravo iz člana II/3.h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije.

40. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da je prekršeno i apelantovo pravo na obrazloženu odluku kao dio prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, ali da nema potrebe o tome davati posebno obrazloženje jer se isti razlozi koji su dati u tačkama 35-36. ove odluke odnose i na kršenje ovog prava, te da nema potrebe posebno ispitivati i navode o kršenju prava iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije.

VIII. Zaključak

41. Ustavni sud zaključuje da je prekršeno apelantovo pravo iz člana II/3.h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10. Evropske konvencije u situaciji kada su redovni sudovi apelanta proglasili krivim za krivično djelo izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 163. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZFBiH zato što nisu postigli pravičnu ravnotežu između zaštite apelantovog prava na slobodu izražavanja i zaštite vjerskih prava drugih, budući da u osporenim odlukama nisu dali relevantne i dovoljne razloge kojima bi opravdali miješanje u ovo apelantovo pravo.
42. S obzirom na ovaj zaključak, Ustavni sud zaključuje da je prekršeno i apelantovo pravo na obrazloženu odluku kao dio prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.
43. Na osnovu člana 59. st. (1) i (2) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud je odlučio kao u dispozitivu ove odluke.
44. Prema članu VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine, odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće.

Predsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Zlatko M. Knežević