ISSN 1512-8571

Udruženje sudija/sudaca
u Federaciji Bosne i Hercegovine

PRAVO I PRAVDA

Časopis za pravnu teoriju i praksu

GODINA XVIII.
BROJ 1.
SARAJEVO, 2019.

UDRUŽENJE SUDIJA/SUDACA
U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE
SARAJEVO, Valtera Perića 15

Uredništvo

Vildana HELIĆ,
mr Ljiljana FILIPOVIĆ, Dženana LATIĆ,
dr. Senad MULABDIĆ,
dr. Nurko POBRIĆ, Marin ZADRIĆ

Sekretar
Denis BILAJAC

Tel/fax: +387(0)33/668-035, E-mail: usfbih@bih.net.ba
us.fbih@pravosudje.ba

Lektor
Ilhana TAHMAZ JAMAK

Štampa
INTEABH doo - Sarajevo

ISSN 1512-8571

Časopis izlazi do dva puta godišnje

SARAJEVO, GODINA XVIII, BROJ 1., 2019.

UDRUŽENJE SUDIJA/SUDACA
U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

PRAVO I PRAVDA

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

SARAJEVO, GODINA XVIII, BROJ 1., 2019.

S A D R Ž A J:

Dr. sc. Ljiljana FILIPOVIĆ
RAZLOZI UKIDANJA PRVOSTEPENIH PRESUDA ZA KRIVIČNO DJELO ZLOUPOTREBA POLOŽAJA ILI OVLAŠĆENJA IZ ČLANA 383. KRIVIČNOG ZAKONA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE.....15

mr. Božidarka DODIK i Iva KURILIĆ
NAJČEŠĆI RAZLOZI UKIDANJA PRVOSTEPENIH PRESUDA U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA..... 37

Emir NERADIN
KRIVIČNA DJELA ZLOUPOTREBE U OBLASTI JAVNIH NABAVKI – TRENUTNO STANJE LEGISLATIVE I POTREBE ZA NOVIM INKRIMINACIJAMA SA POSEBNIM OSVRTOM NA PREDVIĐENE KAZNENE ODREDBE U NACRTU ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O JAVNIM NABAVKAMA U BOSNI I HERCEGOVINI..... 57

Prof. dr. Veljko IKANOVIĆ
O NEKIM UČINCIMA OSNOVANE SUMNJE I IZUZETKA OD NEPOSREDNOG IZVOĐENJA DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU.... 73

Dr. sc. Ljiljana FILIPOVIĆ
KAŽNJAVANJE UČINITELJA KVALIFICIRANIH OBLIKA KRIVIČNOG DJELA RAZBOJNIŠTVA U PRAKSI SUDOVA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE..... 91

Dr. sc. Hajrija SIJERČIĆ-ČOLIĆ
IZMJENE PROCESNOG ZAKONODAVSTVA U KONTEKSTU NEUSTAVNIH ODREDABA ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE 119

Akademik prof. dr. Miodrag N. SIMOVIĆ i prof. dr. Marina M. SIMOVIĆ
PRESUMPCIJA NEVINOSTI IZ ČLANA 6. STAV 2. EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA: IMPLEMENTACIJA STANDARDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U BOSANSKOHERCEGOVAČKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO I PRAKSU..... 141

Miroslav D. MARKOVIĆ
PRINCIP LEGALITETA KAZNENOG PROGONA I IMUNITET SVJEDOKA..... 185

Sedin IDRIZOVIĆ
IZMJENA OPTUŽNICE NA GLAVNOM PRETRESU - DILEME I RAZLIČITA PRIMJENA U PRAKSI.....213

Vedrana MIJOVIĆ
PROCEDURALNE I NEPROCEDURALNE MJERE ZAŠTITE SVJEDOKA U BOSNI I HERCEGOVINI..... 225

Mersudin PRUŽAN
PRIGOVORI PRILIKOM ISPITIVANJA SVJEDOKA NA GLAVNOM PRETRESU 235

dr Miodrag BUKARICA
SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU KRIVIČNIH POSTUPAKA U BOSNI I HERCEGOVINI I POSTUPAKA U ZEMLJAMA KONTINENTALNOG I COMMON LAW SISTEMA PRAVA..... 253

Adina KARADŽA
ISTRAŽIVANJE I DOKAZIVANJE KRIVIČNIH DJELA U VEZI SA STEČAJEM I PRIVATIZACIJOM..... 275

Ranko KEROVIĆ
KRIVIČNA DJELA UČINJENA PUTEM INTERNETA.....293

Igor CIMEŠA
SASLUŠANJE SVJEDOKA PUTEM VIDEO-KONFERENCIJE 305

mr. sc. Mirna DELALIĆ i Tatjana SAVIĆ
KORIŠTENJE DOKAZA KOJI NISU PREDLOŽENI UZ OPTUŽNICU U KRIVIČNOM POSTUPKU 321

Nikola SLADOJE
NEUSKLAĐENOST ILI NEPOSTOJANJE SUDSKE PRAKSE U POSTUPCIMA PRIZNANJA I IZVRŠENJA STRANIH SUDSKIH PRESUDA U KRIVIČNIM STVARIMA I NOVI IZAZOVI U VEZI DIREKTNOG IZVRŠENJA STRANIH SUDSKIH PRESUDA U BOSNI I HERCEGOVINI 337

Dr. sc. Mladen MILOSAVLJEVIĆ
(NE)POSTOJANJE ZAKONSKIH I PODZAKONSKIH AKATA I (NE)ADEKVATNO KONCIPIRANJE I POSTUPANJE PO NAREDBAMA ZA VJEŠTAČENJE KAO IZVOR MOGUĆIH PROBLEMA U PRAVOSUĐU BiH (FBiH)..... 349

Nina KISIĆ
POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA GEOLOKATORE 363

OSTALI ČLANCI:

Prof. dr Vladimir M. SIMOVIĆ
UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUHVAT – MOGUĆNOSTI I OGRANIČENJA..... 377

Saša SARAJLIĆ i Tanja MATOVIĆ
OTVARANJE I PREGLED PRIVREMENO ODUZETIH PREDMETA I DOKUMENTACIJE..... 395

UVODNA RIJEČ

Poštovani,

Ovogodišnje XVIII savjetovanje iz krivičnopravne oblasti fokusirano je na temu „Primjena materijalnih i procesnih odredbi krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini“.

Izbor teme je nastao kao rezultat vaših prijedloga i odluke organizatora da se upriliči rasprava, koja će biti fokusirana na najaktuelnije stručne teme i primjenu procesnih i materijalnih odredbi krivičnih zakona, te predstavlja priliku da se kroz angažovane diskusije i navođenje primjera iz sudske prakse doprinese unapređenju i jačanju efikasnosti i kvalitete u krivičnopravnom sistemu u Bosni i Hercegovini.

Profesionalci domaće pravosudne zajednice dali su svoj doprinos delegirajući referate i teme za ovogodišnje savjetovanje, od raspravljanja različitih materijalno-pravnih i procesno-pravnih pitanja, analize sudske prakse i razloga ukidanja prvostepenih presuda, unapređenja borbe protiv korupcije, krivičnih djela zloupotrebe u oblasti javnih nabavki, krivičnih djela u vezi sa stečajem i privatizacijom, primjene standarda Evropskog suda za ljudska prava, kompariranja krivičnih postupaka u Bosni i Hercegovini i postupaka u zemljama akuzatorskog sistema prava, i mnoge druge.

Autori koji su uzeli učešće i koji će ovom prilikom prezentirati svoje radove, nesumnjivo će doprinijeti poticanju kvalitetne i korisne diskusije u okviru zadane teme.

Zasigurno je da jedino profesionalna zajednica, sudije, tužioci, advokati, i drugi prisutni stručnjaci, mogu kroz ovu platformu, i ovakav vid rasprava i diskusija dati poticaj i inicijativu za unapređenje naše pravosudne i profesionalne zajednice i cjelokupnog sistema u kojem djelujemo i radimo, što u konačnici znači učvršćivanje vladavine prava i stabilnog demokratskog bh. društva.

Referati u časopisu „ Pravo i pravda“ su lektorisani i publiciraju se bez bilo kakvih redakcijskih intervencija u pogledu njihove sadržine, te se objavljuju u skladu sa dogovorenim okvirnim redoslijedom izlaganja na samom savjetovanju. Ovakva uobičajena praksa se pokazala uspješnom, te u potpunosti omogućava autorima da slobodno i odgovorno iznose vlastite stavove i viđenja materije koju obrađuju.

Želimo dobrodošlicu našim uvaženim predavačima i gostima, i zahvaljujemo se na njihovom aktivnom učešću koji iz godine u godinu doprinosi uspjehu savjetovanja.

Organizacioni odbor

REFERATI ZA SAVJETOVANJE

Dr. sc. Ljiljana Filipović, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

RAZLOZI UKIDANJA PRVOSTEPENIH PRESUDA ZA KRIVIČNO DJELO ZLOUPOTREBA POLOŽAJA ILI OVLAŠĆENJA IZ ČLANA 383. KRIVIČNOG ZAKONA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Efikasnost krivičnopravnog suprotstavljanja korupciji zavisi u značajnoj mjeri od učestalosti drugostepenih sudskih odluka kojima se uvažavanjem žalbi stranaka i branitelja ukidaju prvostepene presude za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i predmeti vraćaju na ponovno suđenje. Rad sadrži prikaz rezultata analize razloga ukidanja prvostepenih (i drugostepenih) presuda koje se odnose na ovo krivično djelo u praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. Dat je pregled stvarnih propusta suda koji su doveli do povrede prava na odbranu te nerazumljivosti izreke presude, njene protivrječnosti samoj sebi ili razlozima presude i nedostatka razloga o odlučnim činjenicama kao, kako je to pokazala obavljena analiza, dvjema najčešćim bitnim povredama odredaba krivičnog postupka zbog kojih se ukidaju prvostepene presude. Također, u radu je dat prikaz razloga zbog kojih je u žalbenom postupku, u analiziranim predmetima, konstatovano da je činjenično stanje u prvostepenoj presudi pogrešno ili nepotpuno utvrđeno. Završni dio rada sadrži zaključke koji proizilaze iz izvršene analize.

Ključne riječi: prvostepena presuda, žalbeni osnovi, bitne povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, ukidanje prvostepene presude.

Summary: Efficiency of the criminal law combat against corruption to a large extent depends on the frequency of second-instance decisions revoking, by granting the appeals filed by the parties and defense attorneys, the first-instance judgments rendered for the criminal offense of Abuse of Office or Official Authority in violation of Article 383 of the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina and referring cases back for retrial. The paper presents the results of the analysis of the reasons for revocation of first-instance (and second-instance) judgments concerning the referenced criminal

offense in the case law of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina. Also provided in the paper is a review of the judicial actual omissions, which have led to violations of the right to a defense, incomprehensibility of the judgment operative part, the judgment being contradictory, internally or to the reasons for the judgment, and to the absence of reasons for the decisive facts, which are, according to the analysis, the two most frequent substantial violations of the criminal procedure provisions due to which first-instance judgments are being revoked. In addition, the paper provides a review of the reasons for which it was noted, in the appellate proceedings conducted in the analyzed cases, that the facts were incorrectly or incompletely established in the first-instance judgment. The final part of the paper contains the conclusions ensuing from the analysis conducted.

Key words: first-instance judgment, grounds of appeal, substantial violations of the criminal procedure, incorrectly or incompletely established facts, revocation of first-instance judgment.

I. Uvod

Krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine[1] (u daljem tekstu: KZ FBiH) je osnovno krivično djelo u Glavi XXXI KZ FBiH - Krivična djela podmićivanja i krivična djela protiv službene i druge odgovorne funkcije. Većina krivičnih djela iz te glave KZ FBiH predstavljaju krivična djela korupcije i nalaze se na Listi koruptivnih krivičnih djela[2].

U praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Vrhovni sud FBiH) ovo je i najzastupljenije krivično djelo iz pomenute grupe krivičnih djela.

Iz tog razloga uspješnost krivičnopravnog odgovora na korupciju u prvom redu zavisi od uspješnosti u procesuiranju ovog krivičnog djela. Pri tome,

[1] Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17).
[2] Listu koruptivnih krivičnih djela je usvojilo Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine u aprilu 2015. godine

potrebno je naglasiti, uspješnost u procesuiranju ovog krivičnog djela ne svodi se na donošenje presuda kojima su optuženi oglašeni krivima i osuđeni na kazne ili su im izrečene druge krivičnopravne sankcije nego podrazumijeva efikasno provođenje krivičnog postupka uključujući i donošenje kvalitetnih odluka u razumnom roku nakon nepristrasnog razmatranja svih pitanja[3].

Tako shvaćena uspješnost ogleda se stoga i u učestalosti drugostepenih sudskih odluka, donesenih povodom žalbi izjavljenih protiv prvostepenih presuda, kojima se uvažavanjem tih žalbi prvostepene presude ukidaju i predmeti vraćaju prvostepenom sudu na ponovno suđenje ili se određuje održavanje pretresa pred drugostepenim sudom.[4]

Praksa Vrhovnog suda FBiH pokazuje da je značajan broj prvostepenih (i drugostepenih) presuda koje se odnose na krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH (ili na krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 358. ranijeg KZ FBiH) ukinut u drugostepenom (ili trećestepenom[5]) postupku radi utvrđenih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

U ovom radu dat je prikaz razloga ukidanja prvostepenih presuda sačinjen na osnovu analize odluka Vrhovnog suda FBiH, koje su se odnosile na ovo krivično djelo, donijetih u periodu 2015-2018. godina. Od ukupno 34 predmeta u kojima su u navedenom periodu donijete odluke o žalbama izjavljenim protiv prvostepenih (ili drugostepenih) presuda za navedeno

[3] Preporuka o sudijama Komiteta ministara Vijeća Evrope zemljama članicama (CM/Rec (2010)12).

[4] Odredbom člana 330. stav 1. tačka a) i b) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine propisano je da će drugostepeni sud, uvažavajući žalbu, rješenjem ukinuti prvostepenu presudu i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje odnosno odrediti održavanje pretresa pred drugostepenim sudom kada postoje opravdani razlozi da se predmet ne vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje, ako utvrdi da postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka, osim slučajeva iz člana 329. stav 1. tog zakona ili ako je potrebno izvesti nove dokaze ili ponoviti već u prvostepenom postupku izvedene dokaze usljed kojih je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno. Slijedom odredbe člana 325. stav 2. tog zakona, pretres pred drugostepenim sudom mora se održati ako je u istom krivičnom predmetu presuda već jednom bila ukinuta.

[5] Članom 333. stav 1. ZKP FBiH propisano je kada je protiv drugostepene presude dopuštena žalba, a stavom 2. tog člana da o žalbi protiv drugostepene presude odlučuje Vrhovni sud FBiH.

krivično djelo, rješenje o njihovom ukidanju donijeto je u 19 predmeta. Dakle, 55% prvostepenih (ili drugostepenih) presuda za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH odnosno iz člana 358. ranijeg KZ FBiH, koje su bile predmet preispitivanja od strane Vrhovnog suda FBiH, bile su ukinute i vraćene prvostepenom sudu na ponovno suđenje ili je bilo određeno održavanje pretresa pred Vrhovnim sudom FBiH. Od ukupno 19 predmeta u kojima su prvostepene (ili drugostepene) presude ukinute, samo u dva predmeta presuda je ukinuta zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. U svim ostalim predmetima presude su ukinute zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka.

Iako su različiti razlozi zbog kojih je Vrhovni sud FBiH, odlučujući o žalbama izjavljenim protiv prvostepenih (ili drugostepenih) presuda za navedeno krivično djelo, utvrdio da je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka ili da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno, neki od tih razloga se pojavljuju češće nego drugi. Takođe, pojedini razlozi za ukidanje prvostepenih (ili drugostepenih) presuda, iako u svojoj konkretnoj manifestaciji različiti, imaju u stvari istu osnovu. Cilj ovog rada je upravo da ukaže na te najčešće razloge ukidanja prvostepenih (ili drugostepenih) presuda koje se odnose na krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH kako bi se i na taj način pokušalo doprinijeti većoj uspješnosti u krivičnopravnom suprotstavljanju korupciji.

II. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka kao razlog ukidanja prvostepenih presuda

II.1. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka kao žalbeni osnov.

Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine[6] (u daljem tekstu: ZKP FBiH) propisuje da je svrha pravila sadržanih u njemu da niko nevin ne bude osuđen a da se učinitelju krivičnog djela izrekne krivičnopravna sankcija pod uvjetima propisanim zakonom i na osnovu zakonom propisanog postupka.[7] Upravo zbog toga, svi učesnici krivičnog postupka dužni su

[6] Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14).
[7] Član 2. stav 1. ZKP FBiH.

postupati u skladu s pravilima krivičnog postupka propisanim tim zakonom.[8] Nepostupanje u skladu sa tim pravilima u pravilu je praćeno određenim procesnim posljedicama. Propust suda da na glavnom pretresu ili pri donošenju ili pismenoj izradi presude postupi u skladu sa zakonskim odredbama koje osiguravaju objektivan položaj suda, osnovna ljudska ili pojedina procesna prava učesnika postupka, te takav kvalitet procesnih radnji koji će osigurati donošenje pravilne i zakonite odluke, ZKP FBiH sankcioniše ukidanjem presude zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka[9] u slučaju kada je protiv prvostepene presude izjavljena žalba zbog tog žalbenog osnova.[10]

ZKP FBiH kao i ostali domaći zakoni o krivičnom postupku razlikuje one povrede odredaba krivičnog postupka koje je sam zakonodavac ocijenio tako teškim da je uz njih vezao pretpostavku da su se one negativno odrazile na pravilnost i zakonitost sudske odluke od onih povreda odredaba krivičnog postupka za čije ustanovljenje je, osim samog kršenja odredaba tog zakona, potrebno utvrditi i da se to kršenje odrazilo ili se moglo odraziti na pravilnost i zakonitost donošenja presude.[11] Upravo zbog takvih učinaka, prve bitne povrede se uobičajeno nazivaju apsolutne i taksativno su navedene u zakonu[12] a druge - relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka i nisu iscrpno nabrojane u zakonu nego to može biti bilo koja povreda odredaba krivičnog postupka učinjena u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude a koja je imala ili mogla imati navedeni učinak[13].

Taksativno nabrajanje apsolutno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka nije međutim isključilo poteškoće pri praktičnom identifikovanju da li je određeni postupak suda u skladu sa odredbama ZKP FBiH i da li se eventualno kršenje određene odredbe tog zakona može podvesti pod pojedine apsolutno

[8] Član 1. ZKP FBiH.
[9] Odredba člana 329. stav 1. ZKP FBiH predviđa izuzetak od tog pravila propisujući da drugostepeni sud može preinačiti prvostepenu presudu i u slučaju bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka f), g) i j) tog zakona ako to dozvoljava stanje stvari.
[10] Član 330. stav 1. tačka a) ZKP FBiH.
[11] Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005., strana 766-777.
[12] Član 312. stav 1. tačka a)-k) ZKP FBiH.
[13] Član 312. stav 2. ZKP FBiH.

bitne povrede odredaba krivičnog postupka i tako dovesti do ukidanja prvostepene presude.

Kako se radi o povredama odredaba procesnih zakona ne može se reći da odgovor na to pitanje zavisi od prirode krivičnog djela koje je bilo predmet postupka pa, prema tome, i prvostepene presude. Ali, u krivičnim postupcima koji se vode za pojedina krivična djela kršenje određenih procesnih pravila može biti zastupljeno u većoj mjeri nego inače ili se može ticati nekih specifičnosti zakonskog određenja tog krivičnog djela i postupka njegovog dokazivanja.

Tako je i analiza odluka Vrhovnog suda FBiH kojima su, zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, ukinute prvostepene (ili drugostepene) presude za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH pokazala da su u određenim slučajevima te povrede vezane za specifičnosti zakonskog opisa ovog krivičnog djela i iz njega proistekle zahtjeve u pogledu činjeničnog opisa djela u izreci presude i sadržine obrazloženja ili u pogledu procesa njegovog dokazivanja.

Izvršena analiza je pokazala da su pobijane presude, kada su u pitanju bitne povrede odredaba krivičnog postupka, uglavnom ukidane zbog povrede prava optuženog na odbranu i zbog nerazumljivosti izreke presude, njene protivrječnosti samoj sebi ili razlozima presude ili zbog nedostatka razloga o odlučnim činjenicama.

II.2. Povreda prava na odbranu.

ZKP FBiH propisuje povredu prava na odbranu kao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka[14] tj. kao povredu postupka čije ustanovljenje vodi ukidanju prvostepene presude jer se pretpostavlja da se ta povreda negativno odrazila na donošenje zakonite i pravilne presude.

Međutim, ZKP FBiH ne određuje šta se smatra povredom prava na odbranu. Jasno je samo da zakon zahtijeva da je došlo do povrede prava na odbranu odnosno da nije dovoljno da je to pravo bilo ugroženo.

ZKP FBiH ne sadrži ni odredbu koja na cjelovit način određuje šta obuhvata pravo optuženog na odbranu. Među osnovnim načelima krivičnog postupka,

[14] Član 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH.

sadržanim u početnom dijelu ZKP FBiH, nalazi se odredba s nazivom „Pravo na odbranu“[15], ali ona samo propisuje da optuženi ima pravo braniti se sam ili uz stručnu pomoć branitelja (izabranog ili postavljenog) i da mu se mora osigurati dovoljno vremena za pripremanje odbrane. Iz jedne druge načelne odredbe koja nosi naziv „Prava osumnjičenog odnosno optuženog“[16] proizilazi da pravo na odbranu obuhvata i pravo da se bude obaviješten o djelu za koje se tereti i o osnovama sumnje (odnosno osnovama optužbe), pravo optuženog da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist, ali i pravo da ne iznosi svoju odbranu i ne odgovara na postavljena pitanja. Iz odredbe koja nosi naziv „Pouke optuženom“[17] proizilazi da optuženi ima pravo postavljati pitanja saoptuženim, svjedocima i vještacima i da može davati obrazloženja u vezi s njihovim iskazima. Kada se te odredbe povežu sa drugim načelnim odredbama sadržanim u ZKP FBiH, odredbama koje razrađuju ta osnovna načela i, propisujući način na koji se izvode pojedine radnje tokom krivičnog postupka, određuju ujedno i prava i dužnosti osnovnih procesnih učesnika, te sa odredbom člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) o pravu na pravično suđenje, a, posebno, sa minimalnim pravima odbrane iz stava 3. tog člana, može se zaključiti da pravo na odbranu podrazumijeva niz prava optuženog koja proizilaze iz različitih zakonskih odredaba i koja mu trebaju osigurati djelotvorno suprotstavljanje optužbi. Stoga se i povreda prava na odbranu kao bitna povreda odredaba krivičnog postupka može sastojati u povredi bilo koje odredbe krivičnog postupka koja je imala za posljedicu onemogućavanje optuženom da se djelotvorno suprotstavi optužbi.

U tom smislu, i ocjena da li je u krivičnom postupku za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH došlo do povrede prava optuženog na odbranu zavisiće od toga da li je pravilno primijenjena određena odredba krivičnog postupka koja za cilj ima, isključivo ili u određenoj mjeri, efektivno ostvarenje prava optuženog na odbranu. Činjenica da se radi o krivičnom postupku upravo za ovo krivično djelo nije bez značaja pri procjeni da li je došlo do povrede prava na odbranu jer svoja procesna prava optuženi može ostvarivati samo ako je riječ o radnjama koje su relevantne za ono što je predmet raspravljanja na glavnom pretresu.

[15] Član 7. ZKP FBiH.
[16] Član 6. ZKP FBiH.
[17] Član 274. ZKP FBiH.

Tako je povredu prava optuženog na odbranu Vrhovni sud FBiH, pozvavši se na odredbe člana 6. stav 3. tačka d) EKLJP[18] i člana 15. ZKP FBiH[19], utvrdio u slučaju kada je prvostepeni sud dao mogućnost optužbi da izvede dokaz vještačenjem od strane vještaka grafologa a odbio prijedlog odbrane za izvođenje grafološkog vještačenja od strane drugog vještaka uz obrazloženje da dokazi optužbe na nesumnjiv način potvrđuju da je optuženi učinio krivično djelo za koje se tereti. Prema ocjeni Vrhovnog suda FBiH, prvostepeni sud je na navedeni način odbranu stavio u podređen položaj u odnosu na optužbu.[20]

Nadalje, Vrhovni sud FBiH je našao da je, usljed kršenja odredaba člana 110. i 113. ZKP FBiH (koje se odnose na naredbu o vještačenju i postupak vještačenja), povrijeđeno pravo optuženog na odbranu kada je prvostepeni sud, nakon što je prihvatio prijedlog odbrane da se izvrši finansijsko vještačenje od strane vještaka odbrane, odbio zahtjev odbrane da izda naredbu za to vještačenje koja bi sadržavala, između ostalog, činjenice o kojima se vrši vještačenje i obaveze vještaka prilikom davanja nalaza i mišljenja, a potom nije prihvatio nalaz i mišljenje tog vještaka s obrazloženjem da se vještak u nalazu i mišljenju izjašnjavao i o nekim pravnim pitanjima, čime je, prema ocjeni prvostepenog suda, prekoračio granice finansijskog vještačenja. Vrhovni sud FBiH je zaključio da je navedenim postupanjem prvostepenog suda povrijeđeno pravo na odbranu optuženog jer mu je usljed navedenih propusta suda onemogućeno zakonito i djelotvorno izvođenje dokaza. Pri tome se Vrhovni sud FBiH pozvao i na odredbu člana 15. stav 1. ZKP FBiH koja propisuje da je sud dužan svakoj strani pružiti jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnoj raspravi.[21]

Povredu prava optuženog na odbranu Vrhovni sud FBiH je našao i u situaciji kada je prvostepeni sud paušalno konstatovao da nije posebno cijenio dokaze

[18] Član 6. stav 3. tačka d) EKLJP osigurava svakome ko je optužen za krivično djelo pravo da ispituje ili da ispitati svjedoke optužbe i da osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka odbrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe.
[19] Član 15. stav 1. ZKP FBiH obavezuje sud da stranke i branitelje tretira na jednak način i da svakoj strani pruži jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu.
[20] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 04 0 K 003559 14 Kž od 19.03.2015. godine.
[21] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 09 0 K 015657 15 Kž 2 od 17.06.2015. godine.

odbrane jer nisu utjecali na utvrđeno činjenično stanje potkrijepljeno dokazima optužbe.[22]

Interesantno je ukazati da je Vrhovni sud FBiH u jednoj svojoj odluci, utvrdivši da je prvostepeni sud zbog izvršenih izmjena u činjeničnom opisu djela u izreci presude u odnosu na opis djela u optužnici i oglašavanja optuženog krivim za djelo sa tako izmijenjenim opisom, prekoračio optužbu i učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH, utvrdio da je prvostepeni sud time učinio i bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH jer je optuženom uskratio odbranu u odnosu na tako izmijenjene činjenice.[23] S obzirom na utvrđeno prekoračenje optužbe, nema sumnje da je time bilo povrijeđeno i pravo optuženog na odbranu. Međutim, čini se da nije bilo neophodno konstatovati i tu bitnu povredu odredaba krivičnog postupka budući da se pravilo o identitetu presude i optužbe, pa, slijedom toga, i prekoračenje optužbe kao bitna povreda odredaba krivičnog postupka i zasniva, između ostalog, na pravu optuženog da bude obaviješten o djelu za koje se optužuje kako bi se optužbi mogao djelotvorno suprotstaviti. U svakom slučaju, ova odluka Vrhovnog suda FBiH ne može se tumačiti tako da svako oglašavanje optuženog krivim za djelo čiji je činjenični opis u izreci presude modifikovan u odnosu na opis djela iz optužnice bez izričitog izjašnjenja optuženog o takvom izmijenjenom činjeničnom opisu predstavlja povredu prava optuženog na odbranu. Da li će to tako biti zavisiće od prirode izvršenih izmjena činjeničnog opisa djela.

II.3. Nerazumljivost izreke presude, protivrječnost presude samoj sebi ili razlozima presude ili nedostatak razloga o odlučnim činjenicama.[24]

Radi se o najčešće isticanoj bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka kao žalbenom osnovu uopće, pa i u krivičnim postupcima za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH. Iako je zakonska norma kojom je propisano ovo krivično djelo dosta stabilna i, u suštini, po svojoj strukturi, ne previše složena (radnja učinjenja, posljedica, posebno

[22] Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 03 0 K 009714 15 Kž od 11.10.2017. godine.
[23] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 10 0 K 002161 15 Kž od 28.05.2018. godine.
[24] Bitna povreda iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH, osim u navedenim slučajevima, postoji i ako presuda uopće ne sadrži razloge ali se taj žalbeni navod rijetko nalazi u žalbama izjavljenim protiv prvostepenih presuda za ovo krivično djelo.

svojstvo učinitelja)[25] kao što su to i procesne odredbe o sadržini izreke i obrazloženja presude[26] još uvijek je veliki broj prvostepenih presuda koje se ukidaju zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH. U mnogim od tih slučajeva bi se moglo reći da je to posljedica ne samo nerazumijevanja ili zanemarivanja procesnih odredaba o sastavu i sadržini presude nego i materijalnopravne odredbe kojom je određeno ovo krivično djelo.

Razlozi zbog kojih je Vrhovni sud FBiH uvažio žalbene navode i konstatovao da je izreka presude nerazumljiva, te da je time učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH se kreću od obične logičke nerazumljivosti činjeničnog opisa djela u izreci presude do propusta da se u činjeničnom opisu djela navedu činjenice i okolnosti koje su neophodne da se djelo optuženog odredi. Tako je postojanje navedene bitne povrede odredaba krivičnog postupka utvrđeno, na primjer, u slučaju kada je u činjeničnom opisu navedeno da je optuženi kao odgovorna osoba u toku 2000. godine dogovorio isporuku građevinskog materijala a da su, potom, te ugovorene isporuke izvršene u 1997. i 1998. godini ili kada je u činjeničnom opisu navedeno da je optuženi kao odgovorna osoba u određenom poslovnom subjektu iskoristio svoj položaj tako što je naredio finansijskom rukovodiocu i blagajniku da sa deviznog računa drugog poslovnog subjekta podignu određeni novčani iznos i da je time nastala šteta u društvu u kojem je optuženi direktor.[27] Ovakve greške, koje se mogu pripisati nedovoljnoj pažnji tužitelja i suda, u presudama za ova krivična djela su nešto češće nego u drugim s obzirom da ovo krivično djelo može biti činjenično vrlo složeno pri svom konkretnom ostvarenju.

Kad je riječ o drugom pomenutom vidu nerazumljivosti izreke prvostepene presude, Vrhovni sud FBiH ju je, na primjer, utvrdio u slučaju kada su u činjeničnom opisu djela samo navedeni propisi koje je optuženi prekršio a da pri tome nije sadržajno navedeno u čemu se ogleda kršenje tih propisa od strane optuženog.[28] Radi se o stavu Vrhovnog suda FBiH koji je u skladu sa

[25] Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Knjiga I, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005., strana 720-724.
[26] Član 300. i član 305. ZKP FBiH.
[27] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 004350 15 Kž od 25.01.2016. godine.
[28] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 012093 15 Kž od 22.11.2018. godine.

zakonskom odredbom da izreka presude mora sadržavati činjenice i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela i od kojih ovisi primjena određene odredbe krivičnog zakona.[29]

Relativno čest razlog ukidanja prvostepenih presuda je i protivrječnost izreke presude i njenih razloga. Takva bitna povreda odredaba krivičnog postupka utvrđena je u slučaju kada je prvostepeni sud u obrazloženju presude naveo da je optužene oslobodio od optužbe zbog toga što činjenični opis djela u izmijenjenoj optužnici ne sadrži navod da su optuženi htjeli da pribave sebi ili drugom kakvu korist ili da drugom nanesu kakvu štetu iako je u činjeničnom opisu izmijenjene optužnice bilo izričito navedeno da su optuženi postupali u namjeri da drugom pribave imovinsku korist a koji činjenični opis je bio naveden i u izreci presude.[30] Naime, namjera shvaćena kao predstava o cilju koji se želi postići preduzimanjem radnje pretpostavlja svijest o djelu i htijenje posljedice. Slično tome, protivrječnost izreke presude njenim razlozima konstatovana je i u slučaju kada je izreka prvostepene presude sadržavala naznaku da je optuženi pri preduzimanju radnje učinjenja, za koju je oglašen krivim prvostepenom presudom postupao, u namjeri da pribavi imovinsku korist određenoj osobi što, kako je utvrđeno u odluci Vrhovnog suda FBiH, podrazumijeva da je optuženi postupao sa direktnim umišljajem, dok je u obrazloženju presude konstatovano da je optuženi postupao sa eventualnim umišljajem jer je bio svjestan konkretnih posljedica svoga činjenja i jer je pristao na njihovo nastupanje.[31] Protivrječnost izreke presude i njenih razloga utvrđena je i u slučaju kada je prvostepeni sud, iznoseći razloge zbog kojih je optuženog oslobodio od optužbe, naveo da je to učinio zbog toga što nije dokazano prekoračenje službenog ovlašćenja od strane optuženog iako, u pogledu konkretne radnje učinjenja, optuženom nije ni stavljeno na teret prekoračenje ovlašćenja niti je izrekom prvostepene presude oslobođen od optužbe za prekoračenje ovlašćenja nego za njegovo iskorištavanje.[32] Protivrječnost izreke presude samoj sebi konstatovana je i u slučaju kada je u činjeničnom opisu djela radnja učinjenja krivičnog djela određena kao iskorištavanje svog položaja a potom u pravnom opisu djela navedeno da je

[29] Član 300. stav 1. tačka a) i član 305. stav 4. ZKP FBiH.
[30] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 008808 14 Kž od 04.11.2015. godine.
[31] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 63 0 K 005009 18 Kžž 3 od 11.12.2018. godine
[32] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine

optuženi kao službena osoba u Federaciji prekoračio granice svoje službene ovlasti.[33]

Ipak, najčešće se ova bitna povreda odredaba krivičnog postupka ispoljavala u vidu nedostatka razloga o odlučnim činjenicama. Tako je okvalifikovan, na primjer, propust suda da određeno navede zbog čega smatra da određena radnja predstavlja ili ne predstavlja radnju učinjenja krivičnog djela. Naime, obrazloženje presude za ovo krivično djelo sadrži razloge o odlučnim činjenicama kada su izneseni ne samo razlozi na osnovu kojih je sud utvrdio da je optuženi preduzeo odnosno da nije preduzeo stvarnu djelatnost iz izreke presude nego i razlozi na osnovu kojih je sud utvrdio da ta stvarna djelatnost nije preduzeta u interesu službe (iskorištavanje službenog položaja ili ovlašćenja) ili nije u okviru ovlašćenja službene ili odgovorne osobe (prekoračenje službenog položaja ili ovlašćenja) ili da je učinitelj nije preduzeo iako je bio obavezan preduzeti je (neobavljanje službene dužnosti). Sud je u obrazloženju presude dužan da navede i razloge kojima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja pa i pri donošenju zaključka da su ostvarena zakonska obilježja krivičnog djela.[34] Propust suda da određeno navede zašto nalazi da radnje optuženog za koje ga je oglasio krivim predstavljaju iskorištavanje službenog položaja u smislu člana 383. stav 3. i u vezi sa stavom 1. KZ FBiH odnosno u čemu se ogleda nepostupanje u interesu službe, predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH.[35]

Odgovor na pitanje da li je neka radnja u ili izvan okvira službenog položaja ili ovlašćenja ne može se uvijek dati na osnovu samo jedne odredbe određenog pravnog akta ili samo jednog pravnog akta. Ponekad se tokom suđenja može ukazivati na propise suprotne sadržine od onih istaknutih u opisu djela u optužnici ili na činjenice ili propise koji isključuju protivpravnost stvarne radnje optuženog za koju se tereti. U tom slučaju obrazloženje presude mora sadržavati odgovor i na te tvrdnje. Tako je Vrhovni sud FBiH utvrdio postojanje ove bitne povrede odredaba krivičnog postupka u slučaju kada je prvostepeni sud propustio dati razloge za zaključak da radnja optuženih, iako je bila protivna ovlašćenjima učinitelja, ne predstavlja prekoračenje tog

[33] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 004350 15 Kž od 25.01.2016. godine
[34] Član 305. stav 7. ZKP FBiH.
[35] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 000639 15 Kž od 28.03.2018. godine

ovlašćenja zbog postojanja nekih drugih propisa[36] kao i u slučaju kada je prvostepeni sud, zbog utvrđenja određenih činjenica (na primjer, da je optuženom samo „serviran" aneks ugovora koji je on potpisao te da mu je bilo rečeno da to mora potpisati) optuženog oslobodio od optužbe za djelo za koje je bio optužen (koje se sastojalo upravo u potpisivanju predmetnog ugovora) jer sud nije naveo kakav je krivičnopravni značaj utvrđenih činjenica (konkretno, okolnosti pod kojima je, po utvrđenju prvostepenog suda, optuženi potpisao navedeni ugovor) tj. da li nalazi da te okolnosti isključuju protivpravnost postupanja optuženog ili njegovu krivnju.[37]

Budući da je posebno svojstvo učinitelja konstitutivno obilježje ovog krivičnog djela, sud je dužan u obrazloženju presude navesti potpune i određene razloge na osnovu kojih je utvrdio da je optuženi imao svojstvo službene ili odgovorne osobe u Federaciji. Stoga je kao nedostatak razloga o odlučnim činjenicama ocijenjen propust suda da, nakon što je nabrojao dokaze koje je izvela optužba i odbrana i reprodukovao sadržaj pojedinih dokaza, izvrši stvarnu ocjenu tih dokaza i određeno navede na osnovu čega je zaključio da je optužena bila odgovorna osoba u određenoj pravnoj osobi u vrijeme navedeno u izreci presude i na koji način je iskoristila svoj službeni položaj.[38]

Dosta često se nedostatak razloga o odlučnim činjenicama ogleda u propustu suda da navede razloge na osnovu kojih je utvrdio da je optuženi postupao sa umišljajem. Tako je Vrhovni sud FBiH u jednom svom rješenju, koje je značajno i zbog toga što sadrži izričito izjašnjenje ovog suda da se krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH može učiniti i sa eventualnim umišljajem, utvrdio nedostatak razloga o odlučnim činjenicama u slučaju kada je prvostepeni sud, postojanje umišljaja obrazložio paušalnom konstatacijom da je optuženi u vrijeme učinjenja djela bio svjestan svoje radnje i htio njeno izvršenje.[39] Karakteristični su i slučajevi kada realnoj radnji za koju se optuženi tereti karakter radnje učinjenja ovog krivičnog djela daje njegovo znanje o određenim činjenicama, a prvostepeni sud u obrazloženju presude propusti određeno se izjasniti da li nalazi dokazanim ili nedokazanim i zbog čega da je optuženi znao za te činjenice ili ne. [40]

[36] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 03 0 K 010253 15 Kž od 29.04.2015. godine.
[37] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.
[38] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002161 15 Kž od 28.05.2018. godine.
[39] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 63 0 K 005009 14 Kžž 2 od 28.03.2017. godine.
[40] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 04 0 K 006405 15 Kž od 13.03.2018. godine.

Iako ZKP FBiH obavezuje sud da u svojoj presudi naročito da ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza,[41] česte su žalbe kojima se ukazuje na propust suda da to učini. Sudovi najčešće ovaj oblik bitne povrede odredaba krivičnog postupka čine tako što pri iznošenju razloga za svoj zaključak o dokazanosti ili nedokazanosti određene odlučne činjenice propuste izvršiti ocjenu i onih dokaza koji se, takođe, odnose na tu odlučnu činjenicu, a koji su, po svojoj sadržini, protivrječni dokazima na kojima je prvostepeni sud zasnovao svoj zaključak. U pravilu se radi o iskazima ili pojedinim dijelovima iskaza određenih svjedoka i vještaka ili pismenim nalazima i mišljenjima vještaka.[42] Tako je navedena bitna povreda odredaba krivičnog postupka utvrđena u slučaju propusta prvostepenog suda da da ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih nalaza i mišljenja istog vještaka u pogledu određene činjenice. Pri tome je prvostepeni sud i netačno interpretirao iskaze vještaka na glavnom pretresu u vezi sa njegovim nalazima i mišljenjima navodeći da je u svojim usmenim izjašnjenjima vještak samo pojasnio svoj osnovni nalaz i mišljenje iako iz same presude te iz odnosnih zapisnika sa glavnih pretresa jasno proizilazi da je sam vještak u više navrata rekao da mijenja svoj nalaz i mišljenje. [43]

Kada činjenični opis djela u izreci presude sadrži više realnih radnji optuženog iz kojih se, po ocjeni tužitelja a potom i po stavu suda, sastoji radnja učinjenja konkretnog krivičnog djela optuženog, sud je dužan da u obrazloženju presude određeno i potpuno navede iz kojih razloga nalazi dokazanim odnosno nedokazanim pojedine radnje za koje je optuženi bio optužen.[44] U takvim situacijama sud ponekad pribjegava navođenju uopštenih razloga. Posljedica takvog pristupa prvostepenog suda je zanemarivanje ili gubljenje iz vida šta se zaista stavljalo na teret optuženom i za šta je on u stvari oglašen krivim ili oslobođen od optužbe. Tako je, na primjer, prvostepeni sud u obrazloženju svoje presude naveo da je optuženog oslobodio od optužbe zbog toga što nema dokaza da je optuženi potpisao određene fakture iako on nije ni bio optužen za sačinjavanje lažnih faktura nego za njihovu upotrebu.[45] Propust suda da se

[41] Član 305. stav 7. ZKP FBiH.
[42] Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 04 0 K 001280 14 Kž 2 od 18.05.2015. godine.
[43] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.
[44] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine i rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 04 0 K 006405 15 Kž od 13.03.2018. godine.
[45] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.

određeno i potpuno izjasni koje činjenice i iz kojih razloga nalazi dokazanim ili nedokazanim predstavlja i praksa pozivanja u presudi na materijalnu dokumentaciju iz spisa, bez određenog navođenja o kojoj se materijalnoj dokumentaciji radi.[46] Neodređenost pri iznošenju razloga za činjenične zaključke ocijenjena je kao nedostatak razloga o odlučnim činjenicama i u slučaju kada se prvostepeni sud pozvao na iskaze tačno određenih svjedoka kao razlog zbog kojeg je optužene oslobodio od optužbe ali pri tome nije određeno naveo šta iz tih iskaza upućuje na ispravnost njegovog zaključka o nepostojanju dokaza da su optuženi učinili djelo za koje su optuženi.[47]

Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama konstatovan je i u slučaju kada je prvostepeni sud u obrazloženju presude naveo da je prihvatio kao vjerodostojan iskaz određenog svjedoka koji je izjavio da je on kao prinudni upravnik banke bio ovlašćen da preduzme određenu radnju i da mu za to nije bila potrebna saglasnost optuženog, a da pri tome nije iznio razloge zbog kojih iskaz tog svjedoka nalazi vjerodostojnim odnosno na osnovu čega je utvrdio da je postojalo takvo ovlašćenje svjedoka.[48]

Slijedom zakonske odredbe kojom je propisano da je sud u obrazloženju presude dužan, između ostalog, iznijeti i razloge kojima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, kao nedostatak razloga o odlučnim činjenicama okarakterisani su i propusti suda da navede razloge za svoju konstataciju da prigovor odbrane o nezakonitosti određenih dokaza je neosnovan odnosno da su dokazi pribavljeni u skladu sa određenim propisima.[49]

III. Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao razlog ukidanja prvostepenih presuda

III.1. Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao žalbeni osnov.

Činjenično stanje je skup odlučnih činjenica tj. onih od kojih ovisi primjena zakona (materijalnog i procesnog). U ovom radu dat je prikaz razloga ukidanja prvostepenih presuda zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenih odlučnih

[46] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.
[47] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.
[48] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 001084 17 Kž 3 od 25.10.2017. godine.
[49] Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 015657 15 Kž 2 od 17.06.2015. godine, presuda Vrhovnog suda FBiH broj 04 0 K 001280 14 Kž 2 od 18.05.2015. godine.

činjenica materijalnopravne prirode jer u analiziranim predmetima nisu zabilježeni slučajevi ukidanja prvostepenih presuda zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenih odlučnih činjenica od kojih je ovisila primjena procesnog zakona.

Iako je slobodna ocjena dokaza jedno od osnovnih načela našeg krivičnog postupka,[50] to ne znači da sam postupak ocjene dokaza u cilju utvrđenja postojanja ili nepostojanja odlučnih činjenica nije uopšte reguliran zakonom te da utvrđenje činjenica ne podliježe nikakvim drugim pravilima. U literaturi se uobičajeno ističe da sud pri ocjeni dokaza i utvrđivanju činjenica nije vezan posebnim formalnim dokaznim pravilima ali da je vezan pravilima logike i opšteg životnog iskustva.[51] Takođe, u skladu sa stavom da pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. ZKP FBiH podrazumijeva i pravo na obrazloženu sudsku odluku, opšteusvojen je stav da je sud dužan u pismeno izrađenoj presudi opisati proces ocjene dokaza, pojedinačno i u međusobnoj vezi i tako pružiti razloge za svoje činjenične zaključke. Kao što je već istaknuto, nedostatak razloga o odlučnim činjenicama predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH i vodi ukidanju prvostepene presude.

Ispitivanje prvostepene presude od strane drugostepenog suda u vezi sa žalbenim osnovom pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja kao drugog po redoslijedu ispitivanja žalbenog osnova, uslijediće samo ako nije utvrđena osnovanost žalbe izjavljene zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka.

Preispitivanje činjeničnog stanja utvrđenog u prvostepenoj presudi od strane drugostepenog suda sastoji se od preispitivanje pravilnosti i/ili potpunosti činjeničnih zaključaka prvostepenog suda a na osnovu ocjene razloga za te zaključke koje je u svojoj presudi iznio prvostepeni sud i navoda istaknutih u žalbi.

[50] Član 16. ZKP FBiH.
[51] Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005., strana 76.

Iako se povreda člana 296. stav 2. ZKP FBiH, koja propisuje da je sud dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana, ocjenjuje i u sklopu žalbenog osnova bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH, žalitelji se veoma često na ovu zakonsku odredbu pozivaju i kada prvostepenu presudu pobijaju zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Naime, pobijajući prvostepenu presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja žalitelji ukazuju na ovu odredbu kako bi ukazali na uzrok pogrešnog zaključivanja od strane prvostepenog suda.

III.2. Razlozi ukidanja prvostepenih presuda zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Kao što je već rečeno, od ukupno analizirana 34 predmeta, u njih 19 je uvažavanjem žalbi stranaka ili branitelja ukinuta prvostepena (ili drugostepena) presuda i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno suđenje ili određen pretres pred Vrhovnim sudom FBiH. Samo u dva od tih 19 predmeta presuda je ukinuta zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Zbog toga je pregled razloga zbog kojih su prvostepene presude ukinute zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja skromnog obima.

U analiziranim predmetima u kojima je prvostepena presuda ukinuta zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja zaključak Vrhovnog suda FBiH da je žalba osnovana bio je vezan s utvrđenjem propusta prvostepenog suda da dokaze cijeni na način kako to propisuje odredba člana 296. stav 2. ZKP FBiH. Takav zaključak je izvođen nakon ocjene osnovanih žalbenih navoda kojima se ukazivalo na nepravilnost ocjene dokaza izvršene od strane prvostepenog suda i na njoj zasnovanih činjeničnih zaključaka uzrokovanom propustom da se dokazi cijene savjesno, pojedinačno i u međusobnoj vezi.

Odsustvo takve ocjene dokaza ogledalo se tako u propustu prvostepenog suda da pri donošenju činjeničnih zaključaka cijeni pojedine dijelove iskaza svjedoka, tačnije, one dijelove koji ne idu u prilog njegovom zaključku.[52] Takva parcijalna ocjena dokaza kada se zanemareni dio sadržine dokaza odnosi na pravnorelevantne činjenice, u pravilu, kada se u žalbi ukaže na nju i njen značaj za utvrđenje tih činjenica, dovodi u sumnju pravilnost činjeničnih

[52] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 03 0 K 008808 16 Kž 2 od 21.06.2017. godine.

utvrđenja prvostepenog suda. Isti učinak u pravilu proizvodi i propust suda da pri ocjeni postojanja ponašanja koje je suprotno propisima čije se kršenje stavlja na teret optuženima uzme u obzir i pojedine podatke iz tzv. materijalnih dokaza.[53]

Sumnja u pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja kao razlog za ukidanje prvostepene presude konstatovana je i u predmetu u kojem je prvostepeni sud u presudi naveo da je prihvatio nalaz i mišljenje vještaka finansijske struke a ipak optužene oglasio krivim za pribavljanje imovinske koristi i u pogledu novčanog iznosa za koji je taj vještak izjavio da ga treba „izbaciti".[54]

U situaciji kada je prvostepeni sud ocijenio neprihvatljivim nalaz i mišljenje vještaka odbrane uz argumentaciju u obrazloženju presude da se mnogi računi, koje je odbrana priložila, ne mogu prihvatiti kao vjerodostojni, Vrhovni sud FBiH je našao osnovanom žalbu odbrane zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, jer iz takve argumentacije proizilazi da se određeni računi mogu prihvatiti kao vjerodostojni, a sud je propustio utvrditi koji su računi vjerodostojni, a koji ne i kako se to reflektuje na utvrđenje odlučnih činjenica.[55]

IV. Zaključak

Izvršena analiza odluka Vrhovnog suda FBiH, donijetih u periodu od 2015-2018. godina u postupku odlučivanja o žalbama izjavljenim protiv prvostepenih (ili drugostepenih) presuda koje su se odnosile na krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH, pokazala je da su najčešći razlozi ukidanja tih presuda bitne povrede odredaba krivičnog postupka. Od ukupno 19 ukinutih presuda u posmatranom periodu, 17 je ukinuto zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Samo dvije su ukinute zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Tako mali broj ukinutih presuda po ovom žalbenom osnovu ne omogućava donošenje pouzdanih zaključaka o prirodi i razlozima propusta pri utvrđivanju činjeničnog stanja u krivičnim postupcima za ovo krivično djelo.

[53] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 03 0 K 008808 16 Kž 2 od 21.06.2017. godine.
[54] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 09 0 K 020779 17 Kž od 24.01.2018. godine.
[55] Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 09 0 K 020779 17 Kž od 24.01.2018. godine.

U 17 predmeta, u kojima je prvostepena presuda ukinuta zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, Vrhovni sud FBiH kao drugostepeni ili trećestepeni sud, zbog redoslijeda ispitivanja žalbenih osnova, nije ni bio u prilici da ispituje osnovanost žalbenih tvrdnji da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno. Naime, žalbeni sud najprije ispituje žalbene navode da su učinjene bitne povrede odredaba krivičnog postupka i, u slučaju njihove osnovanosti, pobijana presuda se ukida i stoga se ne može preći na ispitivanje sljedećeg, po redoslijedu ispitivanja, žalbenog osnova – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjeničnog stanja.[56]

Među bitnim povredama odredaba krivičnog postupka kao razlogu ukidanja prvostepenih presuda preovladavaju povreda prava na odbranu i nedostaci pri donošenju i pismenoj izradi presude – nerazumljivost izreke presude, njena protivrječnost samoj sebi ili razlozima presude ili nedostatak razloga o odlučnim činjenicama.

U realnosti krivičnih postupaka za ovo krivično djelo navedene bitne povrede odredaba krivičnog postupka se često manifestuju na isti način kao i u krivičnim postupcima za većinu drugih krivičnih djela. I u ovim krivičnim postupcima one se, na primjer, ogledaju u propustu suda da odbrani omogući izvođenje dokaza pod istim uvjetima kao i optužbi ili da da razloge na osnovu kojih je zaključio da je optuženi bio svjestan svog djela i da je htio njegovog izvršenje.

Međutim, izvršena analiza je pokazala da je znatan broj utvrđenih povreda postupka u vezi sa specifičnostima ovog krivičnog djela i postupka njegovog dokazivanja. To se, prije svega, odnosi na propuste najprije tužitelja a, slijedom toga, i suda da u činjeničnom opisu djela navedu činjenice i okolnosti iz kojih proizilaze zakonska obilježja krivičnog djela – svojstvo učinitelja, radnja učinjenja i posljedica. To se odnosi i na propuste da se u činjenični opis djela unesu činjenice i okolnosti u kojima se ogleda kršenje blanketnih propisa

[56] Grubiša, M., Krivični postupak, *Postupak o pravnim lijekovima,* Informator, Zagreb, 1987., strana 168. i 226-227. Također, Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005., strana 765.

u slučajevima optuživanja i oglašavanja optuženog krivim za prekoračenje službenog položaja ili ovlašćenja ili neobavljanje službene dužnosti odnosno da se navedu činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi iskorištavanje službenog položaja ili ovlašćenja. Protivrječnosti izreke presude samoj sebi, njenim razlozima kao i nedostatak razloga o odlučnim činjenicama takođe su se najčešće ticali činjeničnih i pravnih zaključaka u vezi sa zakonskim obilježjima ovog krivičnog djela.

Ukupan broj ukinutih prvostepenih (i drugostepenih) presuda za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH je zabrinjavajući. Pošto bitne povrede odredaba krivičnog postupka preovladavaju kao razlog ukidanja prvostepenih (i drugostepenih) presuda, teško je odbaciti mišljenje da razlog ukidanja prvostepenih presuda leži i u nedovoljnoj profesionalnosti sudija koja se nerijetko nadovezuje na nedovoljnu profesionalnost tužitelja.

Uz to, kada se ima u vidu da su stavovi Vrhovnog suda FBiH o bitnim povredama odredaba krivičnog postupka zbog kojih su, kako je pokazala izvršena analiza, ukidane prvostepene presude dio dugogodišnje prakse ovog suda te da su određeni nedostaci u činjeničnom opisu djela rezultat nedovoljno pažnje pri njegovom unošenju u optužnicu, a potom, nekritičkog odnosa sudova prema činjeničnim opisima djela u optužnici, očito je da ima dovoljno prostora za značajno poboljšanje kvalitete sudskih odluka u odnosu na krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH. Samim tim, ima dovoljno prostora za unaprjeđenje efikasnosti krivičnopravnog odgovora na korupciju.

Literatura:

1) Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Knjiga I, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005.,
2) Grubiša, M., Krivični postupak, *Postupak o pravnim lijekovima*, Informator, Zagreb, 1987.,
3) Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005.,

Lista analiziranih predmeta

04 0 K 003559 14 Kž
04 0 K 001280 14 Kž 2
09 0 K 015657 15 Kž 2
03 0 K 008808 14 Kž
09 0 K 004723 14 Kž 2
03 0 K 010253 15 Kž
06 0 K 005686 14 Kž
09 0 K 006560 15 Kž 2
06 0 K 004496 16 Kž 2
04 0 K 007969 16 Kž
03 0 K 004350 15 Kž
08 0 K 001956 15 Kž
63 0 K 005009 14 Kžž 2
09 0 K 000741 15 Kž 3
03 0 K 008808 16 Kž 2
04 0 K 005377 14 Kž
03 0 K 006711 16 Kž 2
09 0 K 017879 17 Kž 4
03 0 K 009714 15 Kž
09 0 K 000511 14 Kž 2
09 0 K 001084 17 Kž 3
09 0 K 020779 17 Kž
03 0 K 011724 16 Kž
04 0 K 006405 15 Kž
03 0 K 000639 15 Kž
06 0 K 005944 15 Kž
06 0 K 006818 16 Kž
10 0 K 002161 15 Kž
03 0 K 014688 16 Kž
63 0 K 005009 18 Kžž 3
04 0 K 001280 16 Kžž
41 0 K 035440 17 Kžž 2
03 0 K 012093 15 Kž
01 0 K 000153 18 Kž 2

Dodik mr. Božidarka, sudija Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine
Iva Kurilić, stručni savjetnik Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine

NAJČEŠĆI RAZLOZI UKIDANJA PRVOSTEPENIH PRESUDA U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA

Sažetak

Postupajući po žalbama ovlaštenih procesnih subjekata, Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je do sada riješio značajan broj krivičnih predmeta u oblasti ratnih zločina. Međutim, evidentno je da u je u velikom broju tih predmeta došlo do ukidanja prvostepene presude i vraćanja predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje[1], pri čemu je bitno i to da nije beznačajan ni broj predmeta u kojima su prvostepene presude bile ukinute po drugi put te je određeno održavanje pretresa pred Vrhovnim sudom FBiH, u smislu odredbe člana 325. stav 2. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine.[2] U ovom radu se razmatraju i analiziraju najčešći razlozi ukidanja prvostepenih presuda, kako bi se ukazalo na neophodnost postizanja boljeg kvaliteta prvostepenih presuda u ovoj vrsti predmeta. Obzirom da ukidanje prvostepenih presuda i vraćanje na ponovno suđenje, odnosno, ukidanje presuda po drugi put i održavanje pretresa pred Vrhovnim sudom FBiH direktno utječe na efikasnost i ekonomičnost postupka, kao i na pravo optuženih na suđenje u razumnom roku, cilj ovog rada je da se prikazom konkretnih primjera iz sudske prakse, prvostepenim sudovima pomogne da u svom budućem radu izbjegnu pogreške koje rezultiraju ukidanjem presuda.

Ključne riječi: prvostepena presuda, ukidanje, bitne povrede odredaba krivičnog postupka, zakonitost dokaza, povreda prava na odbranu, nedostatak razloga o odlučnim činjenicama.

[1] Primjera radi, u toku 2017. godine, Vrhovni sud FBiH je u žalbenom postupku riješio 31 predmet u oblasti ratnih zločina, od čega je u 15 predmeta ukinuo prvostepenu presudu.
[2] Prema podacima iz upisnika Vrhovnog suda FBiH, zaključno sa 01.04.2019. godine, u toku su bila suđenja u 8 predmeta ratnih zločina (KžK).

ABSTRACT

Processing the appeals of authorized subjects, the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina (FBiH) has so far ruled a significant number of war crimes cases. However, it is evident that the first instance verdicts were overturned in a large number of these cases and returned to the first instance courts for a re-trial, whereby it is also important that the number of cases in which the first instance verdicts were overturned for the second time was not insignificant, and therefore, trials were held before the Supreme Court of FBiH, in the sense of the provision of Article 325, paragraph 2 of the Criminal Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina.[3] *This paper examines and analyzes the most common reasons for the annulment of the first instance verdicts in terms of necessity for the quality increase of the first instance verdicts in war crimes cases. Given that the overturn of verditcs, their return for re-trial and overturn of these verdicts for the second time affects directly the efficiency and effectiveness of proceedings, as well as the right of defendants to a trial within a reasonable time, the aim of this paper is to help the first instance courts in their future work in order to avoid mistakes that result in the overturn of verdicts by presenting concrete examples from case-law.*

Key words: first instance verdict, overturn, substantial violation of the provisions of the criminal procedure, legality of evidence, violation of the right to defense, deficiency of reasons for decisive facts.

Uvod

Iako je od okončanja rata u Bosni i Hercegovini proteklo više od dvije decenije, i dalje se pravosuđe ove države suočava sa brojnim izazovima u rješavanju predmeta ratnih zločina, koji se odnose ne samo na veliki broj takvih predmeta nego i na njihovu kompleksnost. Primjenom Strategije za rad na predmetima ratnih zločina, primjetno je da je zadnjih godina, u značajnom broju predmeta ratnih zločina za koje je nadležan Sud Bosne i Hercegovine, preneseno vođenje postupka na entitetske sudove na čijem je području krivično djelo izvršeno ili pokušano. U Federaciji Bosne i Hercegovine, prema podacima kojima raspolaže Vrhovni sud, evidentan je povećan priliv predmeta ratnih zločina koji se u žalbenom postupku rješavaju u tom sudu u periodu od 2016.

[3] Prema podacima iz upisnika ,Vrhovnog suda FBiH, zaključno sa 01.04.2019. godine, u toku su bila suđenja u 8 predmeta ratnih zločina (KžK).

do kraja 2018. godine. Međutim, u značajnom broju takvih predmeta osporavana presuda je ukinuta i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno suđenje, a nije zanemariv ni broj predmeta u kojima je prvostepena presuda u istom predmetu ukidana u dva navrata, te potom otvoren pretres pred Vrhovnim sudom. U najvećem broju slučajeva, prvostepene presude su ukinute zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, a u manjem broju predmeta zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Čini se da kantonalni sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine još uvijek imaju poteškoće pri iznošenju jasnih, određenih i dovoljnih razloga za svoje odluke u ovoj vrsti predmeta, pa je namjera ovog rada da se kroz predstavljanje konkretnih primjera iz sudske prakse, ukaže na najčešće razloge ukidanja prvostepenih presuda u predmetima ratnih zločina.

1. Apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka

1.1. Član 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH – povreda prava na odbranu

Kada je u pitanju povreda prava na odbranu, u prvostepenim presudama u predmetima ratnih zločina koje su ispitivane po žalbama u Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Vrhovni sud FBiH), uočeno je da se ta bitna povreda odredaba krivičnog postupka u prvostepenim presudama najčešće odnosi na situacije u kojima dokazi odbrane nisu uopće cijenjeni, ili nisu dati razlozi o odbijanju prijedloga odbrane, ili o tim prijedlozima uopće nije odlučeno, a u nekim slučajevima je jedna stranka u postupku dovedena u neravnopravan položaj u odnosu na drugu stranku, suprotno odredbi člana 15. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZKP FBiH), odnosno, članu 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP).

Prije svega, prvostepeni sud je u obavezi da se u svojoj presudi izjasni o svim relevantnim navodima i prijedlozima odbrane, pa ukoliko tako ne postupi, čini bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH, kako je to vidljivo i u sljedećoj situaciji: "Kako je prvostepeni sud propustio u obrazloženju pobijane presude dati razloge o tome zašto je odbijen prijedlog branitelja optuženog M.V. da se obavi uviđaj na licu mjesta, ovaj sud nalazi da se osnovano u žalbi branitelja ističe da je takvim postupanjem prvostepenog suda povrijeđeno pravo na odbranu optuženog jer je sud dužan izjasniti se o svim relevantnim navodima i prijedlozima odbrane, što je u

konkretnom slučaju propustio učiniti. Stoga je, na taj način učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP F BiH."[4]

Isto tako, načelo kontradiktornosti sadržano u procesnom zakonu, omogućava strankama da pod jednakim uvjetima ističu ne samo prigovore na dokaze suprotne strane, nego i da predlažu dokaze u korist svojih tvrdnji, a dužnost je suda da o takvim prigovorima odluči: "S obzirom da glavni pretres podrazumijeva kontradiktorno raspravljanje stranaka koje uključuje i njihovo pravo da se izvedu određeni dokazi, sud je u obavezi da o tim prijedlozima odluči, i da za svoje odluke iznese i odgovarajuće razloge. Kako je prvostepeni sud u konkretnom slučaju propustio odlučiti o prijedlogu odbrane za izvođenje dokaza saslušanjem svjedoka N.A., time je povrijedio pravo optuženog na odbranu i učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH, na koju je branitelj optuženog K.E. osnovano u žalbi ukazao."[5]

Povreda prava na odbranu može postojati i u situaciji kada je sud odbio prijedlog za izvođenje dokaza odbrane uz navođenje određenih razloga za takvu svoju odluku, ukoliko se dati razlozi kreću samo u okviru ocjene dokaza suprotne strane (optužbe), odnosno, ako se njima prejudicira utvrđenje činjenica u vezi kojih je stavljen prijedlog za izvođenje dokaza: "Iz obrazloženja pobijane presude (strana 5.) proizilazi da je prvostepeni sud odbio prijedlog odbrane da se pročita i u dokaze uvrsti iskaz R.D. od 23.10.2010. godine na okolnosti šta se dešavalo u njegovoj kući kritične prilike iz razloga što su na ove okolnosti saslušani brojni svjedoci pa su te činjenice ostale nesporne. Međutim, tako dato obrazloženje prvostepenog suda koje se zasniva na ocjeni ispitanih svjedoka optužbe bez omogućavanja pod istim uvjetima u vezi sa tim okolnostima izvođenje dokaza odbrane predstavlja povredu prava na odbranu, jer je suprotno članu 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP) kojom je propisano da svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo da ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbjedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uvjetima koji važe za one koji svjedoče protiv njega. Osim toga, datim razlozima u pobijanoj presudi se prejudicira utvrđenje činjenica u vezi kojih je bilo predloženo izvođenje dokaza posebno kada se ima u vidu da iz sadržine

[4] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 06 0 K 008226 17 Kž od 09.05.2018. godine*
[5] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 03 0 K 011938 17 Kž od 13.03.2018.godine*

spisa slijedi da činjenice na koje je predloženo izvođenje pomenutog dokaza nisu nesporne."[6]

Naposlijetku, neprimjenjivanje ili nepravilna primjena neke od odredaba procesnog zakona, ukoliko je to bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude, može, uz relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH, rezultirati i povredom prava na odbranu: "Naime, iz zapisnika o glavnom pretresu od 28.02.2018. godine na stranama 27. i 28. proizilazi da su tačni žalbeni navodi branitelja da je sud nakon što je konstatirao da je dokazni postupak završen, dozvolio tužiteljici da izvrši izmjenu optužnice, što je i učinjeno. Pored prigovora od strane branitelja da im se dozvoli određeno vrijeme za pripremu odbrane po izmijenjenoj optužnici, prigovoreno je i na nepravilnost postupanja kada je došlo do izmjene optužnice (nakon završenog dokaznog postupka), odnosno na povredu odredbe člana 290. ZKP FBiH. Također su tačni i daljnji žalbeni navodi branitelja, da je sud pogrešno na strani tri pobijane presude interpretirao odredbu člana 290. ZKP FBiH, jer je naveo da „ tužitelj može na glavnom pretresu sve do okončanja glavnog pretresa izmijeniti optužnicu". Žalbeni navodi branitelja da sud opravdava izmjenu optužbe prvo vrstom izmjene, a potom iznosi i pogrešnu tvrdnju, da izmjena optužbe nije izvršena nakon zaključivanja dokaznog postupka, su po ocjeni ovog suda tačno navedeni. Takvo postupanje prvostepenog suda je nedopustivo i protivno zakonskoj odredbi člana 290. ZKP FBiH, na koji način je sud učinio relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. u vezi sa članom 290. ZKP FBiH. Ovo stoga, što je odredbom člana 290. ZKP FBiH … propisano „Ako tužitelj ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici on može do okončanja dokaznog postupka izmijeniti optužnicu. Radi pripremanja odbrane glavni pretres se može odgoditi. U ovom slučaju ne vrši se potvrđivanje optužnice", na koji način u konkretnom slučaju sud nije postupio, a što je bilo od uticaja na pravilnost i zakonitost pobijane presude. Pored toga, takvo nepravilno postupanje suda dovelo je i do povrede prava na odbranu optuženom, jer je protivno zakonu bio obavezan da se izjašnjava o izmijenjenoj optužbi, što je sve uticalo i na nejednakost postupanja jer odbrana i optužba nisu tretirani na jednak način, uključujući i pravdanje takvog postupanja od strane suda u pobijanoj presudi i netačnost iznošenja u tom pravcu. Stoga ovaj sud nalazi u svemu tome da je povrijeđeno pravo

[6] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 01 0 K 008478 17 Kž 2 od 15.11.2017. godine*

optuženom na odbranu i učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH."[7]

1.2. Član 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH – zakonitost dokaza

Nerijetko se u žalbama protiv prvostepenih presuda općenito, pa tako i u predmetima ratnih zločina, ističu i prigovori zakonitosti dokaza kojima se osporava kako način pribavljanja određenih dokaza, tako i način njihovog izvođenja pred sudom. S tim u vezi bitno je naglasiti da prema odredbi člana 11. stav 2. ZKP FBiH, nezakonit dokaz je onaj koji je pribavljen povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima, odnosno onaj koji je pribavljen bitnim povredama procesnog zakona. Međutim, zaključak o nezakonitosti određenog dokaza ne može se zasnivati isključivo na činjenici da je prilikom njegovog pribavljanja povrijeđena neka odredba procesnog zakona (osim ukoliko to nije izričito propisano, kao što je npr. u članu 97. stav 4. ZKP FBiH), nego se u tim situacijama mora cijeniti cilj odredbe (koja nije primjenjena ili je prekršena), značaj propusta da se postupi u skladu s njom za osnovna prava i slobode (optuženog ili svjedoka), kao i značaj tog propusta u odnosu na osnovna načela krivičnog postupka, pa se tek tada može izvesti zaključak o zakonitosti ili nezakonitosti određenog dokaza. Svako suprotno postupanje značilo bi da bilo koja povreda odredbi procesnog zakona prilikom pribavljanja dokaza, automatski ima za posljedicu nezakonitost tog dokaza. Međutim, obaveza suda je da u svakoj odluci vodi računa o zakonitosti dokaza i to u svakoj fazi krivičnog postupka, neovisno od toga da li su stranke ili branitelji istakli prigovor nezakonitosti dokaza. Izuzetak je žalbeni postupak u kojem drugostepeni sud ispituje zakonitost dokaza samo ako je takav prigovor istaknut u žalbi (član 321. ZKP FBiH). Obzirom na to, sud je dužan da svaki prigovor zakonitosti dokaza ispita i o njemu odluči, dajući razloge za svoju odluku, da odbije prijedlog stranaka i branitelja da se izvede nezakoniti dokaz, a ukoliko je presuda zasnovana na nezakonitom dokazu, radit će se o bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH. Tako iskaz osumnjičenog dat u istrazi, može biti korišten kao dokaz na glavnoj raspravi samo pod zakonom propisanim uvjetima. Naime, prema odredbi člana 92. stav 2. ZKP FBiH, osumnjičeni, kada se prvi put ispituje, mora biti poučen, između ostalog, da se može izjasniti o djelu koje mu se stavlja na teret i iznijeti sve činjenice i dokaze koji mu idu

[7] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 07 0 K 012097 18 Kž 2 od 13.09.2018. godine*

u korist i ako to učini u prisustvu branitelja da je takav njegov iskaz dopušten kao dokaz na glavnoj raspravi i da bez njegove saglasnosti može biti pročitan i korišten na glavnoj raspravi. Navedena odredba, kada se dovede u vezu sa odredbom člana 288. stav 3. ZKP FBiH (prema kojoj, ako se optuženi koristi pravom da nije dužan iznijeti svoju odbranu ili odgovarati na postavljena pitanja, zapisnik o iskazu optuženog koji je dat u istrazi, može se pročitati i koristiti kao dokaz na glavnoj raspravi samo ako je optuženi prilikom saslušanja u istrazi bio upozoren u skladu sa članom 92. stav 2. tačka c) ZKP FBiH), jasno određuje situacije u kojima iskaz osumnjičenog neće predstavljati zakonit dokaz. To vrijedi i za procesne situacije u kojima se iskaz osumnjičenog u fazi istrage pribavlja putem međunarodne pravne pomoći: "Pri tome nije od utjecaja da li je iskaz dat pred nadležnim domaćim organom, ili je pribavljen putem međunarodne pravne pomoći, jer se i u potonjem slučaju radi o dokazu koji treba da bude korišten u domaćem krivičnom postupku, i prema pravilima tog postupka. Stoga, da bi se osigurala mogućnost korištenja takvog dokaza prema ZKP FBiH, potrebno je koristiti instrumente koji su predviđeni zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći BiH, odnosno, kada je u pitanju R Hrvatska, odredbe Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima. Dakle, kako je u konkretnom slučaju nadležni domaći organ propustio da u postupku međunarodne pravne pomoći zatraži prisustvo branitelja ispitivanju osumnjičenog pred nadležnim organom strane države, time taj iskaz ne udovoljava formi koja se zahtijeva domaćim procesnim zakonom, zbog čega nije ni mogao biti korišten na glavnom pretresu pred prvostepenim sudom. Ovo posebno iz razloga što se u pobijanoj presudi odlučne činjenice koje se odnose na svojstvo optuženog, crpe upravo iz tog iskaza, kako je to već pojašnjeno, pa je slijedom toga učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH, na koju se pravilno ukazuje žalbom branitelja optuženog."[8] Interesantna je i situacija u kojoj je prvostepeni sud zasnovao svoju odluku na izvodu iz transkripta MKSJ, cijeneći da se radi o iskazu svjedoka, međutim, radilo se o dokumentu koji ne ispunjava propisanu zakonsku formu koja se zahtjeva da bi se takav dokaz mogao smatrati zapisnikom o ispitivanju svjedoka na kojem se može zasnovati sudska odluka: „Iz obrazloženja pobijane presude slijedi da je kao dokaz optužbe pročitan prevedeni dio transkripta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) od 21.11.2012. godine iskaza N.T., koji se odnosi na događaj koji je

[8] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 04 0 K 005715 15 Kž od 10.03.2016. godine*

predmet ovog suđenja, te da je prvostepeni sud navedeni dio transkripta kao dokaz cijenio u vezi sa drugim izvedenim dokazima. Prvostepeni sud je, kako se navodi na strani 14. pasus treći obrazloženja, i na osnovu tog transkripta poklonio vjeru iskazu svjedoka N.T. datom na glavnom pretresu. Međutim, iz dijela prevedenog transkripta, koji je sastavni dio predmetnog spisa, utvrđeno je da taj dio transkripta nema lične podatke o svjedoku niti upozorenja i pouke date tom svjedoku prilikom njegovog saslušanja. Prema odredbi člana 11. stav 2. ZKP FBiH sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredom ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovine ratifikovala niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama odredaba ovog zakona. Kako prevedeni dio transkripta koji je kao dokaz cijenio prvostepeni sud, ne sadrži navedene podatke, pouke i upozorenja (član 100. stav 2. i 3. ZKP FBiH), ne može se smatrati dokazom tj. zapisnikom o ispitivanju svjedoka pa je zasnivanjem presude na tom dokazu učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH."[9]

1.3. Član 312. stav 1. tačka k) – nedostatak razloga o odlučnim činjenicama, nerazumljivost izreke, proturječnost izreke samoj sebi ili razlozima presude

Najveći broj prvostepenih presuda u predmetima ratnih zločina ukinut je rješenjima Vrhovnog suda FBiH upravo zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH. Radilo se o različitim procesnim situacijama, ali najčešće su prvostepene presude ukidane zbog nedostatka razloga o odlučnim činjenicama koje se odnose na opća obilježja krivičnog djela ratnog zločina, na postojanje oružanog sukoba, karakter tog sukoba, svojstvo optuženog ili oštećenog, saizvršiteljstvo, umišljaj i dr.

1.3.1. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: opća obilježja krivičnog djela ratnog zločina

Da bi se utvrdilo da se radi o krivičnom djelu ratnog zločina, neophodno je utvrditi postojanje njegovih općih obilježja: da je u konkretnom slučaju postojalo kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava; da je u

[9] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 01 0 K 008478 17 Kž 2 od 15.11.2017. godine*

inkriminiranom periodu postojao oružani sukob u mjestu učinjenja djela (pri čemu se mora utvrditi i o kojim stranama u sukobu se radi); da je krivično djelo počinjeno protiv neke od kategorija zaštićenih osoba (civili, ratni zarobljenici, ranjenici i bolesnici, brodolomnici), te da postoji veza između radnji optuženog i oružanog sukoba. Pošto dakle ta opća obilježja ovog krivičnog djela moraju biti i utvrđena temeljem izvedenih dokaza, o čemu se u presudi moraju navesti i konkretni razlozi, izostanak takvih razloga predstavljat će nedostatak razloga o odlučnim činjenicama, odnosno, bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH: "U konkretnom slučaju, prvostepeni je sud bio dužan da određeno i potpuno iznese razloge o svim relevantnim činjenicama i okolnostima od kojih ovisi postojanje krivičnog djela i krivnja učinitelja, što znači da je bio u obavezi da iznese jasne razloge za svoj zaključak o postojanju svih bitnih obilježja predmetnog krivičnog djela (ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ), uključujući prvenstveno razloge koji se odnose na postojanje općih obilježja tog krivičnog djela: da je u konkretnom slučaju postojalo kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava; da je u inkriminiranom periodu postojao oružani sukob; da je krivično djelo počinjeno protiv osobe koja nije aktivno sudjelovala u neprijateljstvima i da postoji veza između radnji optuženog i oružanog sukoba, odnosno, njegovo htijenje (*mens rea*) upravljeno na lišenje života oštećenog, što je u pobijanoj presudi izostalo, upravo zbog propusta prvostepenog suda da valjano cijeni i analizira izvedene dokaze u relevantnim dijelovima, kako se to ukazuje u žalbi tužiteljice."[10]

1.3.2. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: postojanje oružanog sukoba

U vezi sa prethodnim, a kako i postojanje oružanog sukoba predstavlja jedno od općih obilježja krivičnog djela ratnog zločina, presuda mora sadržavati i razloge o tom bitnom elementu pomenutog krivičnog djela: „...u obrazloženju pobijane presude navedeno je da se „..zaključak o oružanom sukobu može izvesti temeljem provedenih, kako subjektivnih tako i objektivnih dokaza, kako optužbe tako i same odbrane...", te da „Iz iskaza saslušanih svjedoka jasno se zaključuje da je oružani sukob postojao", ali se pri tome u pobijanoj presudi ne daju nikakvi razlozi o kojim konkretnim dokazima se radi i šta iz njih proizilazi. U nastavku obrazloženja prvostepeni sud se samo bavi

[10] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002018 15 Kž 3 od 01.10.2015. godine*

tvrdnjom odbrane da je sukobljena strana u odnosu na HVO, bila jedinica „El-Mudžahid“, smatrajući da ta tvrdnja nema svoju potvrdu u dokaznoj građi. Iz navedenog slijedi da je pobijana presuda u ovom dijelu posve paušalna, odnosno, da ne sadrži razloge o odlučnoj činjenici - postojanju konkretnog oružanog sukoba u vrijeme i na mjestu učinjenja krivičnih djela, zbog čega je pobijanom presudom učinjena još jedna bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH.“[11]

1.3.3. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: karakter oružanog sukoba

Pitanje karaktera oružanog sukoba može biti relevantno u situacijama kada se optuženima stavlja na teret da su krivično djelo ratnog zločina učinili kršenjem normi međunarodnog prava koje su sadržane u Dopunskim protokolima I i II uz Ženevske konvencije, odnosno, da su krivično djelo učinili u okviru unutarnjeg ili međunarodnog oružanog sukoba. U takvim slučajevima, sud je dužan u obrazloženju presude dati i razloge zbog kojih smatra da je krivično djelo učinjeno u okviru unutarnjeg, odnosno, međunarodnog sukoba: „U konkretnom slučaju, iz izreke pobijane presude jasno proizilazi da je optuženi, kršeći pravila međunarodnog prava i to odredbe člana 3. stav 1. tačka a) Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12. avgusta 1949. godine i člana 4. stav 1. i 2. tačka a) Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba uz tu konvenciju, učinio konkretne krivičnopravne radnje opisane pod tačkama 1. i 2. izreke te presude, pa bi iz toga proizilazilo da su navedene radnje optuženog učinjene za vrijeme međunarodnog oružanog sukoba. Međutim, u obrazloženju pobijane presude potpuno su izostali razlozi za takvo utvrđenje prvostepenog suda, tj. razlozi iz kojih bi proizilazilo da se zaista radi o oružanom sukobu međunarodnog karaktera, pa je na taj način učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH, na koju se žalbom braniteljice osnovano ukazuje.”[12]

[11] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 04 0 K 005715 15 Kž od 10.03.2016. godine*

[12] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 006240 12 Kž 6 od 23.05.2013. godine*

1.3.4. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: kršenje međunarodnog prava mora biti konkretizirano

U nekima od prvostepenih presuda u predmetima ratnih zločina, sudovi su optužene oglasili krivima za više alternativno propisanih radnji učinjenja krivičnog djela iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ, a da pri tome u obrazloženju presude nisu naveli razloge na osnovu kojih su utvrdili da je optuženi učinio svaku od tih konkretnih krivičnopravnih radnji za koju su optuženi, nego su takav zaključak izveli prostim pozivanjem na blankentne propise: "…odredba člana 142. stav 1. preuzetog KZ SFRJ propisuje više alternativnih radnji izvršenja ovog krivičnog djela, među kojim je, pored protivzakonitog odvođenja u koncentracione logore i druga protivzakonita zatvaranja, kao jedna od mogućih radnji izvršenja, i nečovječno postupanje prema civilima. Kako je krivično djelo iz člana 142. stav 1. preuzetog KZ SFRJ tzv. blanketno krivično djelo, jer se poziva na kršenje međunarodnog krivičnog prava, onda da bi to krivično djelo postojalo nije dovoljno da učinitelj učini koju od radnji navedenih u zakonskom opisu toga djela nego se traži da to učini kršeći konkretna pravila međunarodnog prava, u vezi kojih sud, i to pojedinačno za svaku konkretnu radnju iz relevantnog pojedinačnog člana, treba dati jasne i konkretne razloge u svojoj presudi. Međutim, sud u pobijanoj presudi samo nabraja članove Ženevske konvencije, te dodatnih Protokola uz tu Konvenciju koje je po, mišljenju suda, svojim krivičnopravnim radnjama, povrijedio optuženi, ne navodeći pri tom koje konkretne radnje izvršenja optuženog se mogu podvesti pod koju konkretnu odredbu tih međunarodnih akata."[13]

1.3.5. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama i proturječnost izreke i obrazloženja: svojstvo optuženog

Da bi postojalo krivično djelo ratnog zločina, nije neophodno da njegov učinitelj bude pripadnik oružanih snaga, nego je potrebno dokazati da je djelovalo pod okriljem jedne od strana u sukobu, pa to krivično djelo, pod određenim uvjetima može učiniti i civil, ukoliko postoji dovoljna veza između krivičnog djela za koje se tereti i oružanog sukoba, što najčešće podrazumijeva da učinitelj ima poseban odnos sa jednom od zaraćenih strana. Međutim, u situaciji kada se optuženom stavlja na teret da je krivično djelo učinio u određenom svojstvu, radi se o odlučnoj činjenici, pa je onda sud dužan da u

[13] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj:06 0 K 006916 15 Kž od 11.05.2016.godine*

presudi iznese razloge temeljem kojih je utvrdio da je optuženi postupao u tom svojstvu: "... stavljajući na teret optuženim u izreci presude, da su krivično djelo počinili kao pripadnici oružanih formacija, te navođenjem u obrazloženju presude da optuženi u inkriminisanom periodu nisu bili pripadnici tih oružanih formacija (HVO), onda postoji protivrječnost između izreke i razloga presude u pogledu odlučnih činjenica. Također, navodeći u izreci presude da su optuženi i to J.A. nalazeći se na izdržavanju kazne zatvora, a M.Đ. boraveći u zatvoru, imali privilegovan položaj, a ne dajući razloge u obrazloženju zbog čega je M. Đ. boravio u zatvoru, te kakve su i zašto optuženi imali privilegije, onda pobijana presuda nema razloge o odlučnim činjenicama i zbog toga se ne može ispitati. Na navedeni način, kako se to osnovano navodi u žalbama branilaca optuženih, prvostepeni sud je počinio bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH…"[14]

1.3.6. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: svojstvo oštećenog

Svojstvo oštećenog je također bitni elemenat krivičnih djela ratnih zločina koji u takvim predmetima mora biti utvrđen temeljem izvedenih dokaza, jer ovo krivično djelo može biti učinjeno samo prema osobama koje uživaju zaštitu u skladu sa odredbama međunarodnog prava, pa se o tome u presudi moraju navesti jasni i određeni razlozi. Ukoliko takvi razlozi izostanu, radit će se o bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH: „Pored toga, pravilno branitelji u žalbama ističu da pobijana presuda nema razloga o odlučnim činjenicama koje se odnose na utvrđenje suda de je oštećeni A.K. bio civil. Naime, sud svoj zaključak da je oštećeni A.K. bio civil temelji na iskazu njegove supruge S.K, kao i na iskazima svjedoka S.A i D. L koji su kako sud doslovno navodi „prilikom svjedočenja potvrdili da je A. K. u kritično vrijeme živio sa svojom porodicom u Travniku u ulici tadašnjeg naziva 29. Novembar, a sadašnjeg naziva Ulica Šehida u Travniku".[15] Dakle, izostanak razloga kojima se potkrepljuje utvrđenje suda da je oštećeni bio civil (što je odlučna činjenica, jer je ta okolnost bitan elemenat za postojanje krivičnog djela Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ), rezultirat će ukidanjem prvostepene presude zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH.

[14] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 06 0 K 009862 17 Kž od 19.12.2018. godine*

[15] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 06 0 K 006916 15 Kž od 11.05.2016. godine*

1.3.7. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: saizvršiteljstvo

Prema odredbi člana 22. preuzetog KZ SFRJ, saizvršiteljstvo postoji ako više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivično djelo. Dakle, može se raditi o situaciji u kojoj više osoba zajednički i neposredno poduzimaju radnju učinjenja konkretnog krivičnog djela, što u pravilu ne proizvodi posebne dileme u praksi, no problem se ponekad pojavljuje kod rješavanja pitanja saizvršiteljstva učinjenog „na drugi način". Ukoliko sud prihvati da se u takvom slučaju radi o saizvršiteljstvu, onda je dužan da za taj stav u presudi iznese određene razloge iz kojih je jasno vidljivo u čemu se sastoji saizvršiteljska radnja učinjena „na drugi način": „S obzirom na tu zakonsku odredbu (član 22. KZ SFRJ), prvostepeni sud je bio dužan, slijedeći činjenični opis djela iz optužnice, odnosno imajući u vidu radnje koje je optuženi M.L. preduzeo i za koje je oglašen krivim, određeno navesti da li je optuženi M.L. učestvovao u radnji izvršenja krivičnog djela ubistva dvije osobe ili je na drugi način zajedno sa drugim osobama učestvovao u njegovom izvršenju, i ako se radi o tom drugom obliku u čemu se on sastoji. Naime, članom 305. stav 7. ZKP FBiH je propisano da će sud u obrazloženju pismeno izrađene presude, između ostalog, određeno i potpuno iznijeti sve činjenice iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično djelo i krivična odgovornost optuženog. U smislu navedene zakonske odredbe prvostepeni sud je propustio dati određene razloge kojima se rukovodio pri donošenju zaključka da je optuženi M.L. postupao kao saizvršitelj u usmrćenju dvije osobe. Pri tome se napominje prvostepenom sudu da svijest o zajedničkom djelovanju optuženih nije dovoljna da se uspostavi saizvršiteljstvo. Postojanje saizvršiteljstva potrebno je utvrditi na bazi objektivnih pokazatelja, te utvrditi konkretne radnje koje je preduzeo svaki od saizvršitelja i cijeniti da li se one mogu smatrati saizvršiteljskim u smislu člana 22. preuzetog KZ SFRJ. Propustivši dati razloge o naprijed navedenim odlučnim činjenicama prvostepeni sud je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH."[16]

[16] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 008478 15 Kž od 31.08.2016. godine*

1.3.8. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: umišljaj

Da bi se izveo zaključak o krivnji optuženog, neophodno je utvrditi da je isti pri učinjenju krivičnog djela bio uračunljiv i pri tome postupao sa umišljajem, s tim da će krivnja postojati i za krivična djela učinjena iz nehata ukoliko to zakon izričito propisuje. U predmetima ratnih zločina, kao jedan od elemenata krivnje, neophodno je utvrditi postojanje umišljaja kod počinitelja, odnosno, njegov psihički odnos prema učinjenom krivičnom djelu, o čemu se u presudi moraju navesti konkretni razlozi: "Naime, da bi se optuženi oglasio krivim za učinjena krivična djela, onda je za svako od tih djela potrebno utvrditi postojanje krivnje na strani optuženog, kao subjektivnog elementa svakog od djela za koje se tereti, i o tome dati razloge. S tim u vezi je u pobijanoj presudi navedeno da „umišljaj optuženog ničim nije doveden u pitanje", ali takav stav nije ni na koji način obrazložen, odnosno, o njemu uopće nisu dati razlozi. Radi se o potpuno identičnoj situaciji kao što je to i u presudi ovog suda na koju se pravilno branitelj u žalbi poziva, radi čega je i u konkretnom slučaju učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH."[17] Slična je situacija i u drugoj odluci: "… prvostepeni sud je naveo samo paušalan zaključak o postojanju direktnog umišljaja kod obojice optuženih bez bilo kakve konkretizacije okolnosti iz kojih takav zaključak proizilazi, i bez određenja u čemu se ogleda umišljaj jednog, a u čemu umišljaj drugog počinitelja u odnosu na krivičnopravne radnje za koje su oglašeni krivima."[18]

1.3.9. Nedostatak razloga o odlučnim činjenicama: zasnivanje presude na iskazu jednog svjedoka

Čini se da se prvostepeni sudovi ponekad suočavaju sa dilemom u vezi sa pitanjem da li osuđujuća presuda može biti zasnovana samo na iskazu jednog svjedoka. Dosadašnja praksa izgradila je jasan stav da je to moguće, ukoliko iskaz svjedoka udovoljava onim kriterijima koji ga čine vjerodostojnim dokazom, tj. ako je zakonit, dosljedan i uvjerljiv tako da nema kontradiktornosti u ključnim dijelovima, te da ničim nije doveden u ozbiljnu sumnju, a što cijeni sud u svakom konkretnom slučaju, i u ovisnosti od svih okolnosti nekog događaja. Suprotno shvatanje, tj. zahtjev da iskaz svjedoka uvijek mora biti potkrijepljen nekim drugim dokazom, vodilo bi tome da se svjedocima

[17] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 04 0 K 005715 15 Kž od 10.03.2016. godine*

[18] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 016612 17 Kž od 02.06.2017. godine*

koji su jedini očevici nekog događaja ne bi mogla pokloniti vjera bez obzira na uvjerljivost i dosljednost njihovog kazivanja. To bi ujedno značilo i narušavanje principa slobodne ocjene dokaza, jer bi se dokazna vrijednost takvih iskaza unaprijed određivala okolnošću da li su oni potvrđeni (drugim dokazom) ili ne, a ne prema slobodnom uvjerenju suda. Međutim, ukoliko je sud stava da se na iskazu samo jednog svjedoka ne može zasnovati osuđujuća presuda, onda je dužan o tome dati razloge: "Po ocjeni prvostepenog suda ova tačka optužnice u odnosu na optuženog B. S. ne može biti dokazana samo na osnovu iskaza jednog svjedoka, bez drugih dokaza koji bi ukazivali da je optuženi počinio navedeno krivično djelo, tim prije što je svjedočenje G. O. tokom krivičnog postupka kontradiktorno, jer je svjedok mijenjao iskaze, pa samo na tom dokazu sud nije mogao zasnovati osuđujuću presudu". Međutim, kao što je već rečeno, sama činjenica izmjene iskaza iz istrage na glavnom pretresu ne može biti dovoljan osnov za zaključak suda da je iskaz iz istrage nevjerodostojan. Pored toga, prvostepeni sud ne daje razloge na čemu zasniva stav da se na iskazu jednog svjedoka ne može zasnivati osuđujuća presuda."[19]

1.3.10. Nerazumljivost i proturječnost izreke samoj sebi ili razlozima presude

Činjenični opis svakog pojedinačnog krivičnog djela u izreci presude mora biti jasan, potpun i određen i konzistentan, jer će u suprotnom izreka presude biti ili nerazumljiva, ili proturječna samoj sebi. Isto tako, razlozi presude moraju biti u skladu sa njenom izrekom, s tim da će bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH postojati samo onda kada se radi o bitnoj nerazumljivosti ili proturječnosti, dakle, onda kada se radi o odlučnim činjenicama. To je vidljivo u slijedećim primjerima iz prakse: "Dakle, iz sadržaja izreke prvostepene presude (u njenom prvom djelu) proizilazi da je i optuženi vršio nezakonito privođenje, hapšenje i psihičko i fizičko zlostavljanje civila, međutim iz djela činjeničnog supstrata sadržanog na strani 2. dispozitiva presude (gdje se navodi da je optuženi kao komadant odreda I.K., a nakon što su naoružani pripadnici pomenutog odreda izveli lica srpske nacionalnosti iz podrumskih prostorija, te ih sa uperenim puškama nezakonito lišili slobode i odveli u prostorije tržnog centra) proizilazi da je optuženi učestvovao u psihičkom i fizičkom zlostavljanju tih civila, ali ne i u njihovom privođenju i hapšenju. Ovakav različit sadržaj (po pitanju istih činjenica i

[19] *Rješenje Vrhovnog suda broj 09 0 K 011182 18 Kž 2 od 10.09.2018. godine*

okolnosti) u izreci prvostepene presude čini tu izreku istovremeno i nerazumljivom i protivrječnom samoj sebi."[20] Slično je i u slijedećem primjeru: "I po ocjeni ovog suda, izreka pobijane presude u svom činjeničnom opisu sadrži takve nedostatke da iz nje nije moguće utvrditi za koje konkretno protivpravno ponašanje su optuženi oglašeni krivim, jer taj opis u svom dijelu koji glasi: „u namjeri da ga liše života", doista upućuje na saizvršiteljsku ulogu optuženih u lišenju života oštećenog, dok se u nastavku te izreke (kao i u obraloženju presude) izvodi sasvim suprotan zaključak (da je oštećenog H. M. lišio života optuženi S.G. sam."[21]

2. Relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka

U određenom broju predmeta ratnih zločina koji se po žalbi ispituju od strane Vrhovnog suda FBiH, prvostepene presude su ukinute zbog počinjenih relativno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, tj. u situacijama kada je prvostepeni sud pogrešno primijenio ili nije primijenio neku odredbu procesnog zakona a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na pravilno i zakonito donošenje presude. U većini slučajeva, radilo se o tome da je presuda zasnovana na nekom bitnom dokazu koji nije iznesen na glavnom pretresu (povreda odredbe člana 296. stav 1. ZKP FBiH), zatim o situacijama u kojima izvedeni dokazi nisu cijenjeni pojedinačno i/ili u međusobnoj vezi (povreda odredbe člana 296. stav 2. ZKP FBiH), ili prvostepeni sud nije postupio po uputama iz rješenja drugostepenog suda kojim je ranija presuda bila ukinuta i predmet vraćen na ponovno suđenje, što predstavlja povredu odredbe člana 331a. stav 4. ZKP FBiH. Relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH u vezi člana 296. stav 1. istog zakona, učinjena je u slijedećem primjeru iz prakse: „Dakle, prvostepeni sud je svoju presudu temeljio i na dijelu iskaza oštećenog kao svjedoka koji je dat u toku istrage iako oštećenom taj dio iskaza nije predočen na glavnom pretresu niti mu je, u smislu člana 288. stav 1. ZKP FBiH, omogućeno da u tom dijelu objasni ili pobije svoj prethodni iskaz. To dalje znači da se radi o dokazu koji nije iznesen na glavnom pretresu, a shodno članu 296. stav 1. ZKP FBiH samo na dokazima i činjenicama koji su izneseni na glavnom pretresu sud može zasnovati presudu. Budući da je prvostepeni sud svoje odlučne činjenične zaključke zasnovao na dijelu iskaza svjedoka oštećenog iz istrage koji nije iznesen na glavnom

[20] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 09 0 K 016612 17 Kž od 02.06.2017. godine*

[21] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 01 0 K 009189 17 Kž 5 od 23.03.2017.godine*

pretresu i svjedoku oštećenom omogućeno da u tom dijelu objasni ili pobije svoj prethodni iskaz, očito je da je povreda navedenih zakonskih odredaba, u konkretnom slučaju, mogla biti od uticaja na donošenje zakonite i pravilne odluke suda. Stoga je, na taj način, učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH."[22] Po stanovištu Vrhovnog suda FBiH, povreda odredbe člana 296. stav 2. ZKP FBiH postojat će i onda kada je sud u presudi dao određenu ocjenu dokaza, ali je ta ocjena formalistička i ne predstavlja suštinsku ocjenu koja se mora dati na način kako to zahtijeva pomenuta zakonska odredba: "Provjeravajući osnovanost iznesenih žalbenih navoda branitelja, ovaj sud je utvrdio da iz obrazloženja pobijane presude (strana 23. pasus posljednji) slijedi da su tačni navodi u žalbi branitelja da je prvostepeni sud iskaze svjedoka odbrane M.V., M. D. i A. M. ocijenio kao neistinite iz razloga što su iskazi tih svjedoka u pogledu počinjenja djela u potpunoj suprotnosti sa iskazima svjedoka optužbe. Obzirom na tako date razloge u obrazloženju pobijane presude, osnovano se u žalbi branitelja ističe da je prvostepeni sud propustio, u skladu sa članom 296. stav 2. ZKP FBiH, iznijeti ocjenu navedenih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, što je moglo biti od uticaja, kako branitelj navodi u žalbi, na izvođenje zaključaka o dokazanosti činjenica, odnosno na zakonito i pravilno donošenje presude. Time je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH, u vezi sa članom 296. stav 2. ZKP FBiH."[23] Naposlijetku, valja ukazati i to da neki prvostepeni sudovi, i pored jasnih uputa drugostepenog suda datim u rješenjima kojima su prvostepene presude ukinute, takve upute jednostavno ignoriraju, ponekad i do te mjere da se presuda nakon ponovljenog suđenja donese prostim "prepisivanjem" ranije ukinute presude, što upućuje na zabrinjavajući zaključak da se u takvim slučajevima zapravo želi postići da se teret suđenja u kompleksnim predmetima ratnih zločina prebaci na drugostepeni sud: "Pored toga, prvostupanjski sud nije ni pokušao u ponovljenom postupku, ukloniti nedostatke na koje mu je ukazano u rješenju ovog suda u odnosu na iskaze svjedoka P.R. i D. S., sa glavnog pretresa u vezi sa konkretnim okolnostima cijelog događaja…Posljedično tome, i pobijana presuda sadrži iste nedostatke kao i ranija presuda. Očigledno je dakle, da je prema navodima iz pobijane presude, prvostupanjski sud ignorirao procesne zahtjeve iz pomenutog rješenja ovog suda, koje je ovaj sud utemeljio na ovlasti iz zakona, a prvostupanjski sud u

[22] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 06 0 K 009087 16 Kž od 09.08.2017.godine*

[23] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 06 0 K 008226 17 Kž od 09.05.2018. godine*

pobijanom rješenju nije ni naveo razloge zbog čega oni nisu uvaženi. Ovo dalje znači, da je prvostupanjski sud u obrazloženju pobijane presude, kako se to pravilno prigovara u žalbi tužiteljice propustio izvršiti potrebne ocjene izvedenih dokaza kako mu je to ukazano u rješenju ovog suda i na osnovu toga utvrditi činjenično stanje u smislu kojeg bi se mogli izvesti zaključci da li je optuženi postupio na način kako mu se to optužnicom stavlja na teret. Pošto se kao i u ranije ukinutoj presudi, prvostupanjski sud bez iznošenja potrebnih i dovoljnih razloga, opredijelio za iskaz optuženog kao svjedoka, i bez njegovog dovođenja u vezu sa ocjenom iskaza svjedoka optužbe ocijenio da je iskaz optuženog vjerodostojan i zaključio, da optuženi nije postupio na način opisan u izreci pobijane presude, te propustio postupiti i po drugim uputama iz naprijed pomenutog rješenja kojim je ukinuta ranija prvostepena presuda, ovaj sud smatra da su žalbeni prigovori tužiteljice osnovani."[24] Slična situacija je i u slijedećem primjeru iz prakse: „Žalbom branitelja optuženog također se pravilno ukazuje i to da prvostepeni sud nije u cijelosti postupio po uputama ovog suda iz rješenja broj 10 0 K 002018 15 Kž 2 od 04.12.2014. godine, pa bi iz takve sadržine žalbe proizašlo da se njome ukazuje i na bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH u vezi sa članom 331a. stav 4. istog zakona. Dakle, iako su pomenutim rješenjem ovog suda, izneseni jasni razlozi o učinjenim bitnim povredama krivičnog postupka te date upute za otklanjanje tih povreda, prvostepeni sud ponovo nije postupio po tim uputama, jer osim što je formalno izveo dokaze koje je ranije nepravilno odbio, ponovo je propustio da iznese potpune i valjane razloge o odlučnim činjenicama o kojima je prethodno bilo govora, kao i da provede valjanu ocjenu dokaza kako pojedinačno, tako i u međusobnoj vezi, što se pravilno ukazuje i u žalbi tužiteljice, i u žalbi branitelja."[25]

[24] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002306 18 Kž 2 od 29.11.2018.godine*

[25] *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002018 15 Kž 3 od 01.10.2015. godine*

Zaključak

Svrha ukidanja prvostepenih presuda nije prosto ukazivanje na uočene greške u tim presudama, već podrazumijeva i edukaciju i usmjeravanje prvostepenih sudova u cilju uspostavljanja i razvoja kvalitetne sudske prakse. Ukidanje presude zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka ne implicira da je presuda u cjelini nepravilna, već ukazuje na postojanje procesnih propusta zbog kojih pravilnost te presude nije moguće ispitati. Radi se dakle o takvim propustima prvostepenih presuda koji imaju direktan uticaj na ishod krivičnog postupka zbog čega i dolazi do njihovog ukidanja. Kada su u pitanju predmeti ratnih zločina koji se u žalbenom postupku rješavaju pred Vrhovnim sudom FBiH, veliki broj ukinutih presuda u tim predmetima može biti od značajnog utjecaja na ciljeve pravnog poretka i direktno utjecati na povjerenje stranaka i javnosti u pravosudni sistem Federacije Bosne i Hercegovine. Analiza najčešćih razloga ukidanja prvostepenih presuda u predmetima ratnih zločina predstavljena u ovom radu, upućuje na zaključak o potrebi ulaganja dodatnih napora prvostepenih sudova pri donošenju presuda u ovoj vrsti predmeta, kao i na potrebu dosljednog poštivanja uputa drugostepenog suda datih u rješenjima kojima su prvostepene presude ukinute.

Izvori:

1. *Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Službene novine FBiH broj: 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17;
2. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 06 0 K 008226 17 Kž od 09.05.2018. godine;*
3. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 03 0 K 011938 17 Kž od 13.03.2018.godine;*
4. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 01 0 K 008478 17 Kž 2 od 15.11.2017. godine;*
5. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 07 0 K 012097 18 Kž 2 od 13.09.2018. godine;*
6. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 04 0 K 005715 15 Kž od 10.03.2016. godine;*
7. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002018 15 Kž 3 od 01.10.2015. godine;*

8. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 006240 12 Kž 6 od 23.05.2013. godine;*
9. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj:06 0 K 006916 15 Kž od 11.05.2016.godine;*
10. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 06 0 K 009862 17 Kž od 19.12.2018. godine;*
11. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 06 0 K 009862 17 Kž od 19.12.2018. godine;*
12. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 008478 15 Kž od 31.08.2016. godine;*
13. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 016612 17 Kž od 02.06.2017. godine;*
14. *Rješenje Vrhovnog suda broj 09 0 K 011182 18 Kž 2 od 10.09.2018. godine;*
15. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 01 0 K 009189 17 Kž 5 od 23.03.2017.godine;*
16. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj: 06 0 K 009087 16 Kž od 09.08.2017.godine;*
17. *Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 10 0 K 002306 18 Kž 2 od 29.11.2018.godine.*

Emir Neradin, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

KRIVIČNA DJELA ZLOUPOTREBE U OBLASTI JAVNIH NABAVKI – TRENUTNO STANJE LEGISLATIVE I POTREBE ZA NOVIM INKRIMINACIJAMA SA POSEBNIM OSVRTOM NA PREDVIĐENE KAZNENE ODREDBE U NACRTU ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O JAVNIM NABAVKAMA U BOSNI I HERCEGOVINI

SAŽETAK: Unaprjeđenje borbe protiv korupcije sa aspekta krivčnopravnog sistema zahtijeva sveobuhvatan pristup ovom pitanju i iskorištavanje svakog mogućeg prostora radi unaprjeđenja efikasnosti suprotstavljanja ovoj pojavi. Po svom značaju, kada je u pitanju problem korupcije, posebno se izdvaja oblast javnih nabavki, gdje se troše značajna javna sredstava, a u praksi izostaje procesuiranje značajnijeg broja krivičnih predmeta iz ove oblasti. S ciljem efikasnijeg suprotstavljanja korupciji u ovoj oblasti, i u Bosni i Hercegovini je prepoznata potreba propisivanja u krivičnim zakonima posebnih krivičnih djela usko vezanih za oblast javnih nabavki. U ovom radu se analizira legislativa zemalja iz regiona koje su u svoje krivičnopravne sisteme već uvele posebna krivična djela vezana za javne nabavke i stanje po tom pitanju u Bosni i Hercegovini, gdje su posebna krivična djela vezana za javne nabavke uvele u svoje krivične zakonike/zakone Republika Srpska i Brčko distrkit BiH. Posebno se analizira Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama, koji je krajem 2018. godine dostavljen nadležnom predlagaču na dalju proceduru, a koji takođe sadrži kaznene odredbe koje predviđaju posebno krivično djelo u vezi javnih nabavki, nakon čega se iznose određeni zaključci u vezi sa tim, između ostalog, i da je potrebno jasno definisati pitanje nadležnosti za vođenje postupaka kada je u pitanju ovo krivično djelo i odnos spram već postojećih krivičnih djela iz oblasti javnih nabavki koje sadrže krivični zakonici/zakoni u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu, kako bi se spriječio mogući sukob nadležnosti.

KLJUČNE RIJEČI: borba protiv korupcije, javne nabavke, krivična djela vezana za javne nabavke, Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o

javnim nabavkama, nadležnost za vođenje krivičnih postupaka za krivično djelo iz oblasti javnih nabavki, sukob nadležnosti.

SUMMARY: The improving of combat against corruption from the aspect of criminal law system requires a comprehensive approach to the issue and the use of any possible options to improve the efficiency of the fight against corruption. In terms of the problem of corruption, particularly relevant is the field of public procurement, where significant amounts of public funds are being spent, while the criminal prosecution of a large number of criminal cases arising from this field is missing in practice. The need to prescribe in the criminal codes separate criminal offenses closely tied to the field of public procurement has been also recognized in Bosnia and Herzegovina with the aim of combating more efficiently the corruption in the said field. The present paper analyzes the legislation of the countries in the region, which have already introduced in their criminal law systems the separate criminal offenses closely related to public procurement, as well as the related situation in Bosnia and Herzegovina, where Republika Srpska and Brčko District introduced in their respective Criminal Codes separate criminal offenses related to public procurement. The paper particularly analyzes the Draft Law on the Amendments to the Law on Public Procurement, which was submitted to the relevant proponent in the end of 2018 for further procedure, and which also contains the criminal provisions providing for a separate criminal offense related to public procurement. The paper will ultimately present certain conclusions in relation to the foregoing, including among others, the need to clearly define the issue of jurisdiction to conduct proceedings for the referenced criminal offense and the relations to the already existing criminal offenses in the field of public procurement, contained in the Criminal Code/s of Republika Srpska and Brčko District, in order to prevent a possible conflict of jurisdiction.

KEY WORDS: combat against corruption, public procurement, criminal offenses related to public procurement, Draft Law on the Amendments to the Law on Public Procurement, jurisdiction to conduct criminal proceedings for criminal offenses pertaining to the field of public procurement, conflict of jurisdiction.

1. Uvod

Korupcija je trenutno jedan od vodećih društvenih problema sa kojima se susreće Bosna i Hercegovina, koji je vrlo kompleksan jer zahvaća sve segmente društvenog života, posebno funkcionisanje javne uprave. U najširem smislu korupcija se definiše kao svako korištenje javnog položaja radi pribavljanja privatne koristi, a njene posljedice su razorne po čitavo društvo, ona dovodi do prelijevanja javnih sredstava u privatne džepove, podriva povjerenje u institucije vlasti, i u krajnjem, urušava pravni poredak.

Prema posljednjem dostupnom pregledu indeksa percepcije korupcije kojeg je objavilo Udruženje za borbu protiv korupcije "Transparency International u BiH", Bosna i Hercegovina se 2018. godine nalazila na 91. poziciji od ukupno 180 zemalja obuhvaćenih ovim pregledom.[1] S druge strane, Bosna i Hercegovina je članica niza međunarodnih sporazuma, koji nameću obaveze unaprjeđenja borbe protiv korupcije,[2] dok je pristupanjem procesu pridruživanja Europskoj Uniji kroz Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, takođe preuzela obavezu saradnje u sprječavanju i borbi protiv korupcije u privatnom i javnom sektoru.[3]

Oblast koja se po svom značaju izdvaja, kada je u pitanju problem korupcije, jeste oblast javnih nabavki, koja predstavlja uređen sistem nabavki dobara i usluga za institucije javne vlasti i pravna lica koja se finansiraju iz javnih sredstava (budžeta). Kroz sistem javnih nabavki se svake godine troše značajna javna sredstva, koja, prema procjenama, čine od 8-11% ukupnog bruto nacionalnog proizvoda kada su u pitanju zemlje Zapadnog Balkana.[4]

Kada je u pitanju krivičnopravni aspekt suprotstavljanja korupciji u javnim nabavkama, ne postoje egzaktni podaci o procesuiranim krivičnim djelima korupcije iz ove oblasti, jer se takva krivična djela mogu kvalifikovati kao različita krivična djela na raznim nivoima nadležnosti, ali je općepoznato da se radi o malom broju predmeta u kojima su provedene istrage i pred

[1] https://ti-bih.org/indeks-percepcije-korupcije-bih-stagnira-paralizovana-korupcijom/.

[2] Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije, Krivičnopravna i Građanskopravna konvencija Vijeća Europe o korupciji i dr.

[3] Član 84. tačka c) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

[4] Prema posljednjem izvještaju o monitoringu javnih nabavki Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine, u 2017. godini je udio javnih nabavki u nominalnom bruto društvenom proizvodu iznosio 6,92%.

nadležnim sudovima procesuirani počinioci koruptivnih krivičnih djela iz oblasti javnih nabavki.[5]

Obzirom na mali broj uspješno okončanih istraga i procesuiranih predmeta korupcije u javnim nabavkma, jasno je da možemo zaključiti da u ovoj oblasti postoji problem i da je u tom smislu potrebno djelovati, u skladu sa stavom da i borbu protiv korupcije mora odlikovati dinamičnost, stalna spremnost na promjene i prilagođavanja novim oblicima i modalitetima koruptivnog djelovanja.

Jedan od pravaca djelovanja koji može da bude korak u pravcu rješavanja problema jeste unaprjeđenje legislative, odnosno sagledavanje mogućnosti unaprjeđenja materijalnih krivičnih propisa koji definišu krivična djela, vezano za ovu oblast. Upravo je ovo tema koja će biti analizirana u ovome radu, sa aspekta potrebe propisivanja novih krivičnih djela vezanih isključivo za oblast javnih nabavki, koja bi inkriminisala tipične radnje aktera koje za cilj imaju narušavanje osnovnih zakonskih principa javnih nabavki i dobivanje poslova na nekonkurentan, netransparentan i nezakonit način, i time nadležnim organima olakšale procesuiranje istih. U prvom redu će biti prikazano trenutno stanje legislative po ovom pitanju u zemljama okruženja, odnosno zemljama Zapadnog Balkana sa kojima BiH dijeli historijsko naslijeđe krivičnopravnog sistema, koje su u svoje krivične zakone uvele posebna krivična djela u vezi javnih nabavki, zatim prikazano stanje krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini po ovom pitanju, uz poređenje stanja na različitim nivoima vlasti, uz kraću uporedno-pravnu analizu sa izloženim stanjem legislative i trendovima u zemljama regiona. Na kraju će biti analizirana inicijativa Radne grupe koja je pripremila Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama, koji je predvidio i uvođenje kaznenih odredbi u ovaj zakon.

[5] Vidjeti Izvještaj o Monitoringu odgovora na korupciju u BiH, Centar za društvena istraživanja "Analitika", Sarajevo 2017, strana 7.

2. Zakonsko regulisanje krivičnih djela u vezi javnih nabavki u zemljama regiona

2.1. Republika Hrvatska

Donošenjem Kaznenog zakona 2011. godine, koji je stupio na snagu 01.01.2013. godine, Republika Hrvatska je uvela dvije inkriminacije usko povezane sa javnim nabavkama, a to su krivično djelo *Zlouporaba u postupku javne nabave* iz člana 254. Kaznenog zakonika Rebublike Hrvatske[6] (KZRH) i krivično djelo *Nezakonito pogodovanje* iz člana 292. KZRH.

Krivično djelo *Zlouporaba u postupku javne nabave* iz člana 254. KZRH spada u grupu krivičnih djela protiv privrede i inkriminiše stavljanje ponude u postupku javne nabavke koja je utemeljena na zabranjenom dogovoru između privrednih subjekata i koja ima za cilj da naručitelj prihvati ponudu. Cilj ove inkriminacije jeste da sankcioniše narušavanje konkurencije, kao jednog od osnovnih principa javnih nabavki, koje je primijećeno u praksi i koje je dovodilo do smanjenja broja ponuđača, a ogledalo se najčešće u pojavi ograničenog broja ponuđača ili grupe ponuđača, čiji međusobni odnosi nisu jasno definisani, ili pojavi sklapanja nezakonitih dogovora između privrednih subjekata kojima eliminišu određene ponuđače iz postupka, odnosno unaprijed dogovaraju geografsku podjelu ponuda.[7]

Krivično djelo *Nezakonito pogodovanje* iz člana 292. KZRH predstavlja krivično djelo korupcije u užem smislu i za zaštitni objekat ima obavljanje službene dužnosti. Ovo krivično djelo čini službena ili odgovorna osoba koja sporazumno pogoduje ponuđaču, na način da mu prilagodi uvjete javne nabavke ili sklopi ugovor sa ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti sa uslovima javne nabavke. U stavu 2. istoga člana predviđa se kažnjavanje i službene ili odgovorne osobe koja iskoristi svoj položaj ili ovlast pogodovanjem u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba sa kojima je interesno povezana.

[6] „Narodne novine“ broj 125/11 i 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 i 118/18.

[7] Š. Pavlović, Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 21, broj 2/2014, str 558.

2.2. Republika Srbija

Izmjenama Krivičnog zakonika iz 2012. godine, Republika Srbija je u svoje zakonodavstvo uvela posebno krivično djelo koje se odnosi na javne nabavke – *Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom* iz člana 228. Krivičnog zakonika Republike Srbije.[8] Ovo krivično djelo spada u grupu krivičnih djela kojim se štiti privredno poslovanje i sadrži dva osnovna oblika krivičnog djela.
Prvi osnovni oblik ovog krivičnog djela čini ko u vezi sa javnom nabavkom podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ili se protivno zakonu dogovara sa ostalim ponuđačima, ili preduzme druge protivpravne radnje u namjeri da time utiče na donošenje odluke naručioca javne nabavke.
Drugi osnovni oblik može počiniti službeno ili odgovorno lice (lice u naručiocu javne nabavke), koje iskorištavanjem svog položaja ili ovlaštenja, prekoračenjem granica svog ovlaštenja, ili nevršenjem svoje dužnosti krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama i time prouzrokuje štetu javnim sredstvima. Predviđen je i kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela (stav 3.), kao i mogućnost oslobađanja počinioca iz stava 1. navedenog člana, koji dobrovoljno otkrije okolnosti učinjenja krivičnog djela, prije nego ugovorni organ donese odluku o dodjeli ugovora.
Interesantno je napomenuti da je Krivični zakon Republike Srbije u periodu od 2002. do 2005. godine sadržavao posebno krivično djelo *Korupcija u javnim nabavkama* iz člana 225g., koje je bilo najsličnije današnjem drugom osnovnom obliku krivičnog djela *Zloupotreba u vezi sa javnim nabavkama* iz člana 228. stav 2. Krivičnog zakona Republike Srbije.[9]

2.3. Republika Sjeverna Makedonija

Krivični zakonik Republike Sjeverne Makedonije sadrži posebno krivično djelo vezano za javne nabavke u članu 275v.[10] kojim inkriminiše postupanje ponuđača koji se dogovaraju ili na drugi način izigravaju pravila postupka

[8] „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.
[9] Zakon o izmjenama i dopunama Krivčnog zakona Rebulike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 10/02.
[10] “Злоупотреба на постапката за јавен повик, доделување на договор за јавна набавка или јавно-приватно партнерство”

javne nabavke radi pribavljanja sebi ili drugom protivpravne imovinske koristi.

3. Zakonsko regulisanje krivičnih djela iz oblasti javnih nabavki u Bosni i Hercegovini

Odredbe materijalnog krivičnog prava kojima se propisuju krivična djela primjenjiva na oblast javnih nabavki su, u skladu sa složenom strukturom Bosne i Hercegovine, sadržane u krivičnim zakonima na nivou Bosne i Hercegovine, entiteta i Brčko distrikta BiH.[11]

Krivični zakon Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ BiH) i Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ FBiH) ne propisuju posebno krivično djelo u vezi sa javnim nabavkama u užem smislu, nego samo krivična djela korupcije (podmićivanja), krivična djela protiv privrede i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti,[12] koja su kao takva primjenjiva i na oblast javnih nabavki,[13] zavisno od okolnosti konkretnog slučaja.

Krivični zakonik Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS) i Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ BD), pored krivičnih djela protiv korupcije, protiv službene i druge odgovorne dužnosti i protiv privrede, koje uz manje razlike odgovaraju već pomenutim krivičnim djelima iz KZ BiH i KZ FBiH, sadrže i posebna krivična djela vezano za oblast javnih nabavki.

[11] Krivični zakon Bosne i Hercegovine("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018); Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“ broj .("Službene novine FBiH", br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14. i 46/16, 75/17); Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni Glasnik Republike Srpske” broj 64/17; i Krivični zakon Brčko distrikta, "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 33/2013 - prečišćen tekst, 47/2014 - ispravka 26/2016, 13/2017 i 50/2018.

[12] Glava XIX KZ BiH i Glava XXXI KZ FBiH.

[13] Radi se o krivičnim djelima Primanje dara i drugih oblika koristi, Davanje dara i drugih oblika koristi, Primanje dara ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem, Davanje dara ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem, Zloupotreba položja ili ovlaštenja, Nesavjestan rad u službi i dr., koja su uz manje razlike u nazivima i opisu krivičnih djela sadržana i u KZ BiH i u KZ FBiH.

U Republici Srpskoj od 2013. godine egzistira krivično djelo *Zloupotreba u postupku javne nabavke,*[14] a isto krivično djelo u članu 250. propisuje i KZ RS koji je donešen 2017. godine,[15] dok je kod krivičnog djela *Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja* iz člana 315. u stavu 4. istog zakona predviđen kvalifikovani oblik tog krivičnog djela ako je predmetno krivično djelo učinjeno u postupku javne nabavke. Krivično djelo *Zloupotreba u postupku javne nabavke* iz člana 250. stav 1. KZ RS inkriminiše postupanje odgovornog lica ponuđača koje u postupku javne nabavke podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ili se na nedozvoljen način dogovara sa ostalim ponuđačima, ili preduzme druge protivpravne radnje u namjeri da time utiče na donošenje odluke naručioca u bilo kojoj fazi postupka javne nabavke. Predviđen je i kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela ako je vrijednost javne nabavke veća od 1.000.000,00 KM, te mogućnost blažeg kažnjavanja ili oslobađanja od kazne učinioca koji dobrovoljno otkrije krivično djelo prije nego naručilac donese odluku o izboru. Ovo krivično je pozicionirao u Glavi XXI KZ RS koja štiti privredno poslovanje i platni promet i ima za cilj kažnjavanje ponašanja kojim se krši jedan od osnovnih principa javnih nabavki, a to je pravična i aktivna konkurencija,[16] koja treba da osigura najefikasnije korištenje javnih sredstava. Rezultat je primijećene prakse zabranjenog dogovaranja ponuđača u postupcima javnih nabavki, podjele tržišta ili izbacivanja pojedinih ponuđača koji ne učestvuju u dogovoru suprotnom principu aktivne konkurencije, i kao takvo bi trebalo da osigura veći nivo zaštite postupaka javne nabavke.

U Brčko distriktu BiH su Zakonom o izmjenama i dopunama KZ BD iz 2017. godine[17] uvedena dva krivična djela vezana za oblast javnih nabavki. Prvo je krivično djelo *Zloupotreba u postupku javnih nabavki* iz člana 236a., koje po svojim obilježjima odgovara krivičnom djelu *Zloupotreba u postupku javnih nabavki* iz člana 250. KZ RS, a drugo je krivično djelo *Nezakonito pogodovanje* iz člana 377a., koje čini službeno ili odgovorno lice institucija Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koje na osnovu sporazuma pogoduje jednom od privrednih subjekata prilagođavanjem uslova javne nabavke, ili

[14] Zakon o izmjenama i dopuni Krivičnog zakona Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 37/2013.
[15] “Službeni glasnik Republike Srpske” broj: 64/17 I 104/18.
[1616] Član 3. Zakona o javnim nabavkama.
[17] "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH" broj 13/2017.

sklopi ugovor sa ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti sa uslovima javne nabavke. Ovo krivično djelo ima i drugi osnovni oblik kojeg čini službeno ili odgovorno lice u institucijama Brčko distrikta BiH, koje iskoristi svoj položaj ili ovlaštenje pogodovanjem u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova, za svoju djelatnost ili djelatnost lica sa kojim je interesno povezana. Ova inkriminacija je usmjerena na posebno izražene koruptivne rizike u postupcima javne nabavke, a to su moguće zloupotrebe tehničkih specifikacija kao instrumenta za prilagođavanje ponude ciljanom ponuđaču, kao i nepoštivanje pravila o sukobu interesa službenih i odgovornih osoba koje učestvuju u postupku javne nabavke na strani ugovornog organa. Ovakvom inkriminacijom se značajno podiže nivo zaštite integriteta postupka javne nabavke od mogućih zloupotreba i za očekivati je da u praksi omogući jednostavnije i efikasnije procesuiranje počinilaca, kao i da ostvari značajan preventivni učinak.

U krajnjem, kada je u pitanju trenutno stanje krivičnopravne legislative u vezi javnih nabavki primjetan je različit nivo krivičnopravne zaštite koju pružaju pojedini nivoi vlasti u Bosni i Hercegovini. Dok na nivou Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine nema posebnih krivičnih djela prilagođenih oblasti javnih nabavki, nego se krivičnopravna zaštite ostvaruje kroz opće oblike inkriminacija kojima se štiti privredno poslovanje i službena i druga odgovorna dužnost, dotle je primjetan pomak po ovom pitanju kada se radi o Republici Srpskoj, koja je 2013. godine uvela novu inkriminaciju usmjerenu na tipične postupke ponuđača koji idu za tim da izigraju svrhu postupka javne nabavke s ciljem uticaja na odluku naručioca, a korak dalje napravio je Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, koji je, pored navedenog, inkriminisao i radnje tipične za moguće zloupotrebe koje čine službene ili odgovorne osobe u ugovornom organu.

Usporedbom sa stanjem krivične legislative u susjednim i zemljama regiona, mogu se prepoznati dva tipična krivična djela, koja su usko vezana za javne nabavke, a u pravilu se nazivaju *Zloupotreba u postupku javnih nabavki* i *Nezakonito pogodovanje*. Za ova dva krivična djela (koja se negdje mogu javiti kao jedno krivično djelo sa dva osnovna oblika) bi se moglo reći da u kombinaciji ostvaruju „dvostranu“ zaštitu, obzirom da jedno inkriminiše tipične postupke aktera javnih nabavki na strani ponuđača, a drugo na strani ugovornog organa. Čini se da ova dva krivična djela postaju standard krivičnopravne zaštite u vezi javnih nabavki, pri čemu naravno, svaka država u pravilu zadržava određene specifičnosti kada su u pitanju modaliteti

inkriminacija. Očito je da je i pojedinim dijelovima Bosne i Hercegovine prepoznata potreba za unaprjeđenjem legislative u vezi ove oblasti, čime je započeo i proces koji bi u krajnjem trebao rezultirati ujednačenim inkriminacijma na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini. S tim u vezi se može posmatrati i inicijativa Radne grupe za izmjenu i dopunu Zakona o javnim nabavkama, koja je prepoznala ovu potrebu i rezultat čega je i Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama, o čemu će biti više riječi u nastavku.

4. Kaznene odredbe Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama

S ciljem unaprjeđenja i usklađivanja Zakona o javnim nabavkama (u daljem tekstu: ZJN) sa relevantnim direktivama Europske unije, Agencija za javne nabavke, u čijoj je nadležnosti između ostalog priprema i izrada nacrta zakona i nacrta izmjena i dopuna zakona i pratećih podzakonskih akata, je 2017. godine formirala Radnu grupu za izradu Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama, koja je krajem 2018. godine završila svoj zadatak i pripremljeni Nacrt zakona dostavila Vijeću ministara BiH na dalju proceduru. Ono što je interesantno za ovu temu, jeste to da je Radna grupa u Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama predvidjela i kaznene odredbe, koje ranije nisu postojale, a kojima se propisuje krivično djelo (bez naziva) vezano za oblast javnih nabavki.
Tako odredba člana 122g. koja propisuje krivično djelo u pomenutom Nacrtu zakona glasi:
„(1) Odgovorno lice u privrednom društvu ili drugom subjektu privrednog poslovanja koje ima svojstvo pravnog lica ili preduzetnik koji u postupku javne nabavke podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ili podnese ponudu utemeljenu na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata, ili se na nedozvoljen način dogovara sa ostalim ponuđačima, ili preduzme druge protivpravne radnje u namjeri da time utiče na donošenje odluka naručioca u bilo kojoj fazi postupka javne nabavke, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina i novčanom kaznom.
(2) Ako je krivičnim djelom iz stava (1) ovoga člana pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, ili je djelo učinjeno u postupku javne nabavke čija je vrijednost veća od 1.000.000 KM, učinilac će

se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina i novčanom kaznom od 1.000,00 KM do 5.000,00 KM.
(3) Za krivična djela iz st. (1) i (2) ovog člana kaznit će se pravna osoba novčanom kaznom u iznosu od 5.000 KM do 50.000,00 KM.
(4) Učinilac koji dobrovoljno otkrije da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima, ili da je preduzeo druge protivpravne radnje u namjeri da utiče na donošenje odluka naručioca prije nego što on donese odluku o izboru ponude, može se blaže kazniti ili osloboditi od kazne.
(5) Službena i/ili odgovorna osoba u ugovornom organu koja u postupku javne nabavke pogoduje, ili da nalog drugom službenom licu da pogoduje jednom od privrednih subjekata prilagođavanjem uslova javne nabavke ili sklopi ugovor s ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti s uslovima iz tenderske dokumentacije, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina i novčanom kaznom od 1.000,00 KM do 5.000,00 KM.
(6) Ako je krivičnim djelom iz stava (5) ovog člana pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, ili je djelo učinjeno u postupku javne nabavke čija je vrijednost veća od 1.000.000 KM, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina i novčanom kaznom od 1.000,00 KM do 5.000,00 KM.
(7) Kaznom iz stava (1) ovoga člana kaznit će se službena ili odgovorna osoba koja iskoristi položaj ili ovlast, ili prekorači ovlasti ili ne obavi dužnosti, a izvrši pogodovanje u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba s kojima je interesno povezana.“
U članu 122h. propisano je da je za vođenje postupka za krivična djela utvrđena tim zakonom nadležan Sud Bosne i Hercegovine.
Analizirajući predviđeno krivično djelo iz članu 122g. koje predviđa Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZJN, može se kao prvo primijetiti da ono u sebi sadrži tri osnovna oblika krivičnog djela.
Prvi osnovni oblik je sadržan u stavu 1. i radi se krivičnom djelu, koje uz manje razlike postoji i u drugim državama ili određenim nivoima nadležnosti u BiH (Republika Srpska, Brčko distrikt BiH), a koje se uobičajeno naziva krivičnim djelom *Zloupotreba u postupku javnih nabavki*. Radi se o inkriminaciji postupaka ponuđača u postupku javne nabavke, a kao izvršilac se može javiti odgovorno lice u privrednom društvu ili drugom subjektu privrednog poslovanja koje ima svojstvo pravne osobe, ili poduzetnik. U principu su ovim nabrajanjem obuhvaćeni svi subjekti pravnog prometa koji se mogu javiti kao

ponuđači u postupku javne nabavke, a to su privredna društva i poduzetnici (obrtnici). Međutim, ovdje bi trabalo imati u vidu i odredbu ZJN da se kao ponuđač u postupku javne nabavke može javiti i grupa ponuđača (kandidata), kako to predviđa član 2. stav 3. tačka c. podtačka 3. ZJN, u kom slučaju se obično ugovorom definišu njihovi međusobni odnosi i određuje osoba ovlaštena za predstavljanje u postupku javne nabavke. Zbog toga se čini praktičnijim rješenje koje nalazimo npr. u Kaznenom zakoniku Republike Hrvatske i Krivičnom zakoniku Republike Srbije, koji izvršioca određuju sa pojmom „ko“, ne ograničavajući ga na odgovornu osobu u taksativno nabrojanim subjektima privrednog poslovanja koji se mogu javiti u ulozi ponuđača. Isto tako, vezano za subjekta izvršenja ovog krivičnog djela, nužno je primijetiti da ZJN, zavisno o kojoj vrsti postupka javne nabavke se radi u konkretnom slučaju, koristi različitu terminologiju, tj. kada je u pitanju otvoreni postupak javne nabavke govori o „ponuđaču“, a kada su u pitanju ograničeni, pregovarački postupak ili takmičarski dijalog, koristi termin „kandidat“, dok u fazi izvršenja koristi termin „dobavljač“.[18] Obzirom da se radi o propisivanju krivičnog djela, svaka nejasnoća bi mogla dovesti do problema u tumačenju u praksi.

Radnja izvršenja ovog krivičnog djela je određena alternativno kao: 1. podnošenje ponude u postupku javne nabavke zasnovane na lažnim podacima, 2. podnošenje ponude zasnovane na zabranjenom dogovoru privrednih subjekata, 3. nedozvoljeno dogovaranje sa ostalim ponuđačima, ili 4. preduzimanje drugih protivpravnih radnji, s tim što radnja izvršenja uvijek mora biti preduzeta s namjerom da se time utiče na donošenje odluke naručioca u postupku javne nabavke. Krivično djelo je kod prve dvije alternativno postavljene radnje izvršenja dovršeno kada ponuđač (odnosno kandidat zavisno od toga koja vrsta postupka javne nabavke se provodi) podnese ponudu utemeljenu na lažnim podacima ili zabranjenom dogovoru, dok je kod preostale dvije alternativno postavljene radnje izvršenja krivično djelo dovršeno nezavisno od faze postupka javne nabavke, odnosno donošenja odluke naručioca.

Ovo krivično djelo se može počiniti samo sa umišljajem, a obzirom da ga karakteriše posebna namjera (da utiče na donošenje odluke naručioca), slijedi da može biti izvršeno samo sa direktnim umišljajem.

[18] Član 2. stav 3. tačka c) ZJN.

Drugi osnovni oblik ovog krivičnog djela je sadržan u stavu 5. člana 122g. i odnosi se na krivično djelo koje se uobičajeno naziva *Nezakonito pogodovanje*[19] i predstavlja službeničko krivično djelo kojim se štiti obavljanje službene ili odgovorne dužnosti. Kao izvršilac se može javiti službena ili odgovorna osoba u ugovornom organu, a pojam ugovornog organa je definisan u članu 4. i 5. ZJN. Kod ovako postavljene inkriminacije za primijetiti je alternativno postavljenu radnju izvršenja – davanja naloga drugom službenoj osobi da pogoduje jednom od privrednih subjekata, u smislu da ukoliko je cilj bio inkriminisati postupanje predsjednika i članova Komisije za javne nabavke (čije formiranje predviđa član 13. ZJN), da se može kao potencijalni izvršilac javiti ne samo službena osoba, nego i odgovorna osoba, ukoliko su npr. u pitanju javna poduzeća. Ovaj oblik krivičnog djela se može učini samo sa umišljajem, a kako nije predviđena namjera sticanja protivpravne imovinske koristi, odnosno ostvarenje iste ili prouzrokovanje štete, radi se o krivičnom djelu apstraktnog ugrožavanja zaštićenog dobra.
Najzad, treći osnovi oblik ovog krivičnog djela je predviđen u stavu 7. člana 122g. Nacrta zakona o izmjenama i dopunama ZJN. Izvršitelj je opet određen kao službena ili odgovorna osoba, a radnja izvršenja je određena alternativno kao iskorištavanje položaja ili ovlasti, prekoračenje ovlasti ili neobavljanje dužnosti, a pri tome da je takvim postupanjem izvršeno pogodovanje u davanju, preuzimanju, ili ugovaranju poslova za svoju djelatnost ili djelatnost osoba sa kojima je počinitelj interesno povezan.
Jasno je da je cilj ove inkriminacije da se spriječi i krivično goni kršenje pravila o sukobu interesa u postupku javne nabavke i da će se kao potencijalni izvršioci primarno javljati službene ili odgovorne osobe na strani ugovornog organa. Slično krivično djelo nalazimo u članu 292. stav 2. Kaznenog zakona Republike Hrvatske.

5. Nadležnost za suđenje ovih krivičnih djela

U članu 122h. Nacrta zakona o izmjenama i dopunama ZJN predviđeno je da je za vođenje postupaka za navedena krivična djela nadležan Sud Bosne i Hercegovine. Međutim, ne sporeći da je radna grupa prilikom izrade Nacrta zakona očito prepoznala potrebu da se krivično zakonodavstvo unaprijedi s

[19] Npr. član 292. Kaznenog zakonika Republike Hrvatske i član 377a. Krivičnog zakona Brčko Distrikta.

ciljem efikasnije borbe protiv korupcije, kao jednog općedruštvenog problema u Bosni i Hercegovini, ipak ovakvo rješenje otvara niz pitanja i mogućih problema u praksi.

Ovdje je, prije svega, potrebno poći od postojeće strukture krivičnopravnog sistema u Bosni i Hercegovini, koji je organizovan na nivou Bosne i Hercegovine, entiteta i Brčko Distrikta. Nadležnost za krivično gonjenje i procesuiranje krivičnih djela vezanih za oblast javih nabavki zavisi od toga koji organi javne vlasti (kojeg nivoa vlasti) postupa u javnoj nabavci, a i kapaciteti krivičnog gonjenja i sudovanja su prilagođeni takvoj strukturi. Iz navedenog slijedi da i izmjene zakona koje uvode nova krivična djela moraju imati u vidu navedeno, kako sa jedne strane zbog već postojeće legislative i mogućeg sukoba zakona, tako i sa druge strane zbog realnih kapaciteta za krivično gonjenje i presuđenje ovakvih krivičnih djela. Idealna situacija bi bila da se na svim nivoima zakonodavne vlasti u Bosni i Hercegovini izmijene krivični zakoni na način da propišu odgovarajuća krivična djela vezana za javne nabavke, kao što su to već određeni nivoi vlasti učinili (Brčko Distrikt i na nešto drugačiji način Republika Srpska).

Iako nije neuobičajeno da i određeni zakoni koji primarno regulišu neku drugu oblast, sadrže u sebi i kaznene odredbe koje propisuju krivična djela, ukoliko se prihvate pragmatični razlozi kojima se vodila Radna grupa u konkretnom slučaju, smatrajući da će izmjene KZ BiH teško biti usvojene u skorije vrijeme, obzirom da to pitanje nije ni pokrenuto, onda bi i u tom slučaju bilo potrebno u okviru predviđenih kaznenih odredbi uskladiti inkriminaciju sa činjenicom postojanja različitih nivoa vlasti koje provode postupke javnih nabavki (Bosna i Hercegovina, Federacije Bosne i Hercegovine, Republika Srpska i Brčko Distrikt), i u samoj inkriminaciji izričito definisati da li se krivično djelo odnosi na postupke javnih nabavki koji se provode pred institucijama Bosne i Hercegovine, odnosno drugih nivoa vlasti.

U slučaju da odredba člana 122h. ostane kakva je predviđena u Nacrtu zakona o izmjeni i dopuni ZJN, imali bi situaciju da bi Tužilaštvo BiH i Sud BiH preuzeli nadležnost za procesuiranje svih krivičnih djela vezanih za javne nabavke u cijeloj BiH, za što objektivno nemaju ni kapacitet, niti je državno pravosuđe predviđeno za procesuiranje velikog broja manjih krivičnih djela koja nisu u vezi sa nadležnostima Bosne i Hercegovine, dok bi se sa druge strane javilo pitanje odnosa ovog krivičnog djela sa istim ili sličnim krivičnim djelima koje, kako je već pomenuto, sadrže KZ RS i KZ BD i mogućeg sukoba nadležnosti za vođenje postupaka između tužilačkih i sudskih organa

različitog nivoa. U svakom slučaju se radi o pitanjima koja zavrjeđuju da budu riješena prije nego pomenute izmjene i dopune ZJN budu usvojene.

6. Zaključak

Jedan od mogućih pravaca djelovanja u cilju unaprjeđenja efikasnosti krivičnopravnog suprotstavljanja korupciji u oblasti javnih nabavki, jeste zakonodavna aktivnost s ciljem propisivanja krivičnih djela uže vezanih za oblast javnih nabavki. Ovakve inkriminacije, koje su prilagođene tipičnim okolnostima koje predstavljaju pojačane koruptivne rizike, imaju za cilj da nadležnim organima omoguće lakše i efikasnije procesuiranje počinilaca krivičnih djela, a time i bolju zaštitu postupaka javne nabavke. Poredeći stanje u krivičnim zakonodavstvima u zemljama regiona, može se primijetiti da je posljednjih desetak godina većina zemalja uvela u svoje krivične zakone posebna krivična djela vezana za oblast javnih nabavki, te da se u ovoj oblasti uspostavlja određeni standard kada su u pitanju posebna krivična djela u vezi javnih nabavki. Republika Srpska od 2013. godine, a Brčko Distrikt od 2017. godine su takođe u svoje krivične zakonike/zakone uveli posebna krivična djela iz ove oblasti. Okolnost da na nivou Bosne i Hercegovine (a i Federacije Bosne i Hercegovine), do sada nije bilo aktivnosti na tom planu, je očito motivisala Radnu grupu za izradu Nacrta zakona o izmjenama i dopunama ZJN, koja je u Nacrtu pomenutog zakona, predvidjela i kaznene odredbe sa posebnim krivičnim djelom vezanim za javne nabavke. Međutim, kako se ne radi o krivičnom, nego o zakonu koji primarno reguliše drugu oblast, koji je uz to donešen na nivou Bosne i Hercegovine i primjenjuje se na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, predloženu inkriminaciju bi bilo potrebno dodatno uskladiti sa postojećim krivičnopravnim sistemom i već postojećim krivičnim djelima iz oblasti javnih nabavki koje sadrže KR SR i KZ BD, radi izbjegavanja potencijalnog sukoba nadležnosti. Pored toga, praktični razlozi govore u korist razdvajanja osnovnih oblika predloženog krivičnog djela u dva odvojena krivična djela, koja se pod već uobičajenim nazivima sreću u zakonodavstvima regije, ali i u Bosni i Hercegovini. U vezi sa iznesenim pitanjima bi bio potreban i značajniji angažman struke koja će navedene odredbe primjenjivati kada zakon bude usvojen.

KORIŠTENA LITERATURA:

1. Š. Pavlović, Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 21, broj 2/2014.
2. V. Božić, T. Kesić, Kaznenopravni odgovor na korupciju uz prijedloge de lege ferenda, Evropske integracije: Pravda, sloboda i bezbednost, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija: Fondacija „Hans Zajdel“, 2016. str. 455-483.
3. Izvještaj o Monitoringu odgovora na korupciju u BiH, Centar za društvena istraživanja “Analitika”, Sarajevo, 2017.

Prof. dr. Veljko Ikanović,* Sudija Vrhovnog suda Republike Srpske

O NEKIM UČINCIMA OSNOVANE SUMNJE I IZUZETKA OD NEPOSREDNOG IZVOĐENJA DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: Predmet rasprave u ovom radu su određeni učinci kategorije sumnje i izuzetka od neposrednog izvođenja dokaza u kontekstu zakonskog uređenja istrage i glavnog pretresa prema „novom" modelu krivičnog postupka uvedenog 2003. godine, za koji autor smatra da predstavlja lošu kompilaciju tužilačke istrage i adverzijalnog glavnog pretresa. Tužilačkom istragom dominira istražno načelo koje je karakteristično za inkvizitorski postupak, dok glavnim pretresom po uzoru na angloamerički postupak dominira optužno načelo. Ovakav spoj dva načela, sa nedosljedno provedenom reformom ostalih instituta i prostim prenošenjem sudske istrage na tužioca i policiju uzrokovao je kontroverze u praktičnoj primjeni zakona, što je dovelo do brojnih izmjena krivičnog procesnog zakonodavstva, a da ni do danas nije određen jasan koncept koji se želi usvojiti. Ove kontroverze su se ispoljile i u učincima kategorije sumnje (osnova i osnovane) i izuzetaka od neposrednog izvođenja dokaza, kako u zakonskim izmjenama tako i u stavovima pojedinih sudova i izvještajima međunarodnih organizacija koje prate primjenu zakona i presudno utiču na kreiranje sudske prakse. One se toliko oštro sukobljavaju sa osnovnim postulatima pravne nauke i logičkim promišljanjima da često vode i u određenu proizvoljnost koja ugrožava osnovne ustavne slobode. Bez jasnog koncepta na kome se želi izgraditi procesni zakon, uvažavanja pravila nauke krivičnog procesnog prava, pravne tradicije i evropskih zakonodavnih standarda, teško će se izaći iz začaranog kruga petnaestogodišnjeg bavljenja krivičnim procesnim zakonom, njegovim popravkama i dogradnjom. Autor ne isključuje ni mogućnost donošenja potpuno novog procesnog zakona kojim bi se iznova koncipirao model krivičnog postupka.

Ključne riječi: osnovi sumnje, osnovana sumnja, tužilačka istraga, glavni pretres, dokazi, izuzeci od neposrednog izvođenja, optuženi.

* Prof. dr Veljko Ikanović, sudija Vrhovnog suda Republike Srpske i vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka u Banjoj Luci, E-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba.

Uvodne napomene

Krivično procesno pravo definiše se kao sistem zakonskih propisa koji određuju krivičnoprocesne subjekte, sadržinu, način i formu preduzimanja njihovih procesnih radnji i krivičnoprocesne odnose koji nastaju tim povodom u cilju rasvjetljenja i razrješenja krivične stvari u cilju zaštite najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od povrede i ugrožavanja vršenjem krivičnih djela fizičkih i pravnih lica.[1] Nauka krivičnog procesnog prava daje osnove i određuje pravac zakonodavnog uređenja arhitektonike krivičnog postupka, instituta, subjekata, procesnih odnosa i pravnih lijekova, koje zakonodavac slijedi pri izradi procesnog zakona ali i drugih zakona od kojih zavisi njegova primjena. Kakav će krivični postupak biti prihvaćen zavisi od pravne tradicije, ekonomskih uslova, opštih društvenih prilika jedne države i, u novije vrijeme, međunarodnog uticaja na zakonodavca. Svaki krivični postupak oslikava sistem represivnih mjera formalne društvene reakcije u borbi protiv kriminaliteta, seizmograf je demokratičnosti i opštih društvenih prilika, „trenutak istine“ pravnog i političkog sistema u nekom društvu.[2] Krivičnom procesnom pravu nisu imanentne česte promjene jer je ono veoma konzervativna grana prava i njegovim promjenama pristupa se veoma oprezno, bez radikalnih rješenja, sa ciljem da se sačuva tradicionalni tip postupka koji je na snazi u toj zemlji. To potvrđuju i sve reforme koje su provedene početkom ovog vijeka u kontinentalnim zemljama Evrope, izuzimajući Italiju koja je potpuno reformisala svoj krivični postupak tako što je mješoviti krivični postupak zamijenila čisto optužnim modelom.[3] Sve ostale zemlje izvršile su samo djelimične reforme, uglavnom preuređenjem prethodnog krivičnog postupka i osavremenjivanjem pojedinih procesnih ustanova ne remeteći ustaljenu arhitektoniku krivičnog postupka.

Suprotno ovim tendencijama Bosna i Hercegovina (BiH) i ostale bivše jugoslovenske države su pod snažnim spoljnim uticajem i uz učešće stranih pravnih eksperata svoj mješoviti postupak zamijenile optužnim tipom (mada i sada pojedini autori ukazuju na njegov mješoviti karakter pozivajući se na određene institute koji se sporadično kombinovano primjenjuju u određenim fazama, što ne odgovara suštini postupka).

[1] D. Jovašević, V. Ikanović, Krivično procesno pravo Republike Srpske, Banja Luka, 2016., str. 15.

[2] V. Đurđić, Perspektiva novog modela krivičnog postupka Srbije, Nauka, bezbednost, policija, vol. 20, br. 2, Beograd, 2015, str. 71-95.

[3] Ibid.

Usvajanjem krivičnog procesnog zakonodavstva 2003. godine i njegovim daljnjim izmjenama BiH (misli se na sve zakonodavne nivoe) je potpuno i veoma radikalno napustila svoju dotadašnju pravnu tradiciju uvodeći novine koje su u tom obliku do tada bile potpuno nepoznate našem zakonodavstvu. Ovdje su najznačajnije dvije novine koje u potpunosti mijenjaju suštinu i karakter krivičnog postupka, a to su: a) promjena prirode istrage i b) adverzijalno (adversarno) uređenje glavnog pretresa. S obzirom da se reforma krivičnog zakonodavstva odvijala pod budnim okom i uz pomoć američkih pravnih stručnjaka (i njihovu finansijsku pomoć), postavljen je zahtjev da se sudska istraga zamijeni tužilačkom sa ciljem da se prethodni postupak učini bržim i efikasnijim. Zašto je nametnut i adversijalni model krivičnog postupka ostalo je nejasno jer se u krivičnoprocesnoj literaturi, izvan kruga domaćih stručnjaka koji su učestvovali u izradi reformisanih zakona, ne mogu naći zastupnici optužnog tipa krivičnog postupka. Skloni smo vjerovati da je to urađeno po uzoru na Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY), čije su mnoge odredbe očigledno inspirisale tvorce zakona, ali i lakšem poimanju tih odredbi od stranih sudija koji su jedno vrijeme učestvovali u suđenju u Sudu BiH. Upravo ta kompilacija prirodno nespojivih dijelova postupka, tužilačke istrage sa dominacijom inkvizitorskog načela i glavnog pretresa koji za osnovu ima optužno načelo, zahtijevala je da se izvrše koncepcijske promjene drugih faza krivičnog postupka i klasičnih procesnih ustanova i načela. Ovo nije učinjeno jer je to očigledno bio nerješiv zadatak za tvorce zakona a što se odrazilo na nejasnoće, teškoće i proizvoljnosti u primjeni samog zakona ili pojedinih njegovih instituta, sa dalekosežnim posljedicama u praktičnoj primjeni. Zbog toga se naučna, stručna, pa i opšta, javnost u Bosni i Hercegovini u posljednjih petnaest godina iscrpljuje raspravama o pojedinim institutima krivičnog procesnog prava, skoro potpuno zanemarujući materijalno krivično pravo koje predstavlja suštinu krivičnopravne nauke. Uostalom, zakon o krivičnom postupku, koji je u svakoj državi inače jedan od ključnih zakonskih akata, donesen je za par mjeseci, u odsustvu javne rasprave, koja bi zakonopisce uputila na najbolja rješenja. Poređenja radi Talijani su svoj zakonik o krivičnom postupku iz 1989. godine radili punih 13 godina, a Portugalci 15 godina.[4]

U ovom radu razmotrićemo najvažnije karakteristike instituta osnovane sumnje i izuzetaka od neposrednog izvođenja dokaza kod postojećeg modela krivičnog postupka i njihovim učincima koji ostvaruju na krivični postupak sa stanovišta koncepcijske valjanosti i usaglašenosti sa drugim zakonskim

[4] M. Škulić: Novo krivično zakonodavstvo, "Nevinost i osnovana sumnja", u „Vreme", https://vreme.com/cms/view.php, pristupljeno 29.04.2019.

odredbama i institutima ali i ustavnim odredbama i međunarodnim standardima. Ukazaćemo i na neke odluke sudova, koje ćemo podvrći analizi i ocjeni sa stanovišta zasnovanosti na postojećim zakonskim normama i ustaljenoj sudskoj praksi. Posebno ćemo se kritički osvrnuti na koncepciju zakonskih rješenja koja zahtijevaju određenu dogradnju ili brisanje iz važećih procesnih zakona, sa sugerisanjem pravaca mogućih izmjena kako bi se dobio usaglašen, efikasan i pravičan postupak.

OSNOVI SUMNJE I OSNOVANA SUMNJA

Pojam sumnje u krivičnom procesnom pravu je značajna kategorija koja se javlja u različitim fazama postupka, a vezana je za pojedine institute i radnje koje preduzimaju procesni subjekti. Ovaj pojam se prvo i najčešće pojavljuje u prethodnoj fazi krivičnog postupka koji se definiše kao istraga, pa čak i prije ulaska u istragu u pretkrivičnom postupku policijskih operativnih radnji. Tradicionalna evropska nauka krivičnog prava se uglavnom bavila proučavanjem osnovane sumnje, što je odgovaralo ustaljenom modelu istrage koja je bila povjerena sudu. Sa novim tendencijama prenošenja istrage na tužioca, posebno na prostoru bivše SFRJ, pojavila se u istrazi i zakonska kategorija osnova sumnje, koja je ranije bila rezervisana isključivo za pretkrivični postupak policijskih službi. Oba ova pojma se definišu i određuju u odnosu na kvantum dokaza i uvjerenja postupajućeg organa da je neko lice počinilo krivično djelo. Pojedine okolnosti događaja utiču na razlikovanje stepena sumnje, tako da može postojati visok stepen sumnje o počinjenom krivičnom djelu ali vrlo nizak o njegovom počiniocu. Šta određuje kada će se raditi o osnovima sumnje, a kada o osnovanoj sumnji i koje posljedice treba da proizvode na dužnosti organa krivičnog postupka, njegovo pokretanje, počinioca krivičnog djela, podizanje optužnice i slično, vode se burne rasprave u krivičnopravnoj nauci ali i u stručnoj javnosti. Tome doprinosi i činjenica da ni sam zakonodavac nije odredio pojam osnova sumnje i distinkciju između tog pojma i pojma osnovane sumnje koji je definisao, a što zbog značaja koji je dao tim pojmovima nije opravdano.

Raniji Zakon o krivičnom postupku[5] (ZKP) koji se primjenjivao u SFRJ, a preuzet je od svih država bivše SFRJ, u članu 139., glava XIV „Značenje zakonskih izraza i ostale odredbe“, nije određivao pojam sumnje, osnova sumnje ili osnovane sumnje. O ovim pojmovima govori se u odgovarajućim

[5] „Službeni list SFRJ“, br. 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90.

odredbama pojedinih faza krivičnog postupka ali se ne određuje njihova sadržina. Tako se u odredbama o prethodnom postupku, u dijelu o krivičnoj prijavi, propisuju dužnosti organa unutrašnjih poslova ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo koje se goni po službenoj dužnosti[6] i njihova ovlašćenja da mogu fotografisati lice za koje postoje osnovi sumnje da je izvršilo krivično djelo.[7] Osnovana sumnja da je učinjeno krivično djelo je uslov za pokretanje istrage protiv određenog lica,[8] u zahtjevu za sprovođenje istrage se moraju navesti okolnosti iz kojih proizlazi osnovanost sumnje i postojeći dokazi, a istražni sudija ako se složi sa zahtjevom, znači ako nađe da postoji osnovana sumnja, donijeće rješenje o sprovođenju istrage.[9] Postojanje osnovane sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo je opšti uslov za određivanje pritvora.[10] Što se tiče optužnice osnovana sumnja se izričito ne navodi kao uslov za njeno podizanje ali iz sadržine odredaba o optužnici to proizilazi jer je sama optužnica tvrdnja tužioca da postoji dovoljno osnovana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično djelo. Ona se spominje kod prigovora protiv optužnice kao jedan od razloga kada vijeće može zbog nepostojanja dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za djelo koje je predmet optužbe odlučiti da nema mjesta optužbi i da se krivični postupak obustavlja.[11]

Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske[12] (ZKP RS), kao i svi reformisani zakoni o krivičnom postupku u BiH[13], poznaje dva stepena sumnje: a) osnovi sumnje, kao najniži stepen, koji se odnose na pokretanje istrage i određene radnje dokazivanja, b) osnovana sumnja, kao najviši stepen, koji je potreban za određivanje pritvora i optuženje.

Kao što smo rekli pojam osnova sumnje postoji u svim procesnim zakonima u BiH ali kao pojam nije definisan ni u jednom od njih, iako se ovaj osnovni stepen utvrđenosti činjenica najčešće pominje u ovim zakonima. Zakon ponekad koristi i pojam "osnov sumnje" što je suštinski različito od "osnova sumnje" iako se na prvi pogled radi o dva slična pojma.[14] Osnov sumnje je

[6] Član 151. ZKP.
[7] Član 152. stav 2. ZKP.
[8] Član 157. stav 1. ZKP.
[9] Član 158. stav 2. i član 159. stav 1. ZKP.
[10] Član 191. ZKP.
[11] Član 270. stav 1. tačka 4. ZKP.
[12] „Službeni glasnik Republike Srpske", br. 53/12, 91/17 i 66/18.
[13] S obzirom na identične odredbe u svim procesnim zakonima u BiH u vezi problematike kojom se bavimo u ovom radu pozivaćemo se samo na ZKP RS.
[14] Više o tome: R. Ljevaković, Minimalni stepeni utvrđenosti činjenica i obezbijeđenosti dokaza (stepeni sumnje) u fazama krivičnog postupka, Anali Pravnog fakulteta 19/2017, Zenica, 2017., str. 231.-233.

samo jedan elemenat sumnje, jedna indicija, dok se osnovi sumnje grade od više tih pojedinačnih elemenata i predstavljaju značajno viši stepen sumnje. Pravna nauka osnove sumnje najčešće objašnjava kao osnove podozrenja ili indicije, a razlike se uglavnom svode na potrebnu količinu dokaza koja preko subjektivne ocjene fizičkog lica koje određuje da li i koji stepen sumnje postoji.

Razlika između indicija i osnova sumnje, kao pojmova krivičnog prava, opredjeljuje se stepenom njihove dokazne vjerodostojnosti, koju cijene organi gonjenja, tužilaštvo, a kasnije sud. Osnovi sumnje su zakonom određeni kao najniži stepen sumnje u krivičnom postupku koji se odnosi na vođenje istrage. Ovdje treba naglasiti da naš zakonodavac jedini u regionu ne poznaje pretkrivični postupak, već je taj postupak spojio sa istragom, pa otud i posljedice koje proizvodi ovaj pojam imaju sasvim drugi karakter. U teoriji se smatra da je za postojanje osnova sumnje dovoljno da na to ukazuju određene indicije, koje se teorijski, smatraju posrednim dokazima. U načelu posredni dokazi su najnižeg stepena dokazne vjerodostojnosti iako nisu bez značaja, ponekad u praksi postojanje većeg broja međusobno povezanih indicija može da konstruiše takozvani "indicioni lanac", što znači da prerastu u neposredni dokaz.[15] S druge strane, indicija se pojavljuje, kada postoji više mogućih objašnjenja između neke činjenice i njenog mogućeg relevantnog značanja. Na primjer: kada je neko ubijen, a postoji čovjek koji ima jak motiv da to učini i nema alibi, te stvari nisu dokaz da je on izvršio ubistvo, ali jesu indicija.[16]

Neposredni dokaz je kada nema drugog realnog objašnjenja određene činjenice i njenog relevantnog značenja u postupku. Na primjer, kada je na tijelu čovjeka pronađeno zrno iz vatrenog oružja prilikom obdukcije, a kod drugog čovjeka je pronađeno oružje tog kaliba, pa se balističkim veštačenjem, ustanovi da su iz istog oružja ispaljena oba zrna to je apsolutni dokaz da je to oružje korišćeno za ubistvo u konkretnom slučaju[17]. Dakle, neposredni dokaz je činjenica višeg stepena dokaznog identiteta, koji direktno ukazuje na postojanje određene krivično prave ili krivično-procesno relevantne okolnosti. U svakom konkretnom slučaju definicija ne rješava problem do kraja, jer je to opredjeljenje uvijek prepušteno slobodnoj ocjeni dokaza i slobodnom uvjerenju suda i ostalih organa u krivičnom postupku.

[15] M. Škulić o osnovima sumnje i indicijama, Glas javnosti, 3. april 2015. http://www.glas-javnosti.rs/aktuelne-vesti/2015-04-03/skulic-o-osnovima-sumnje-i-indicijama, pristupljeno 30.04.2019.
[16] Ibid.
[17] Ibid.

Koji stepen postoji u konkretnom slučaju opredeljuje slobodno uvjerenje tužioca u istrazi, kao i suda u daljem toku krivičnog postupka, ali nekada i u istrazi, jer iako se istraga vodi na najnižem stepenu sumnje, a to su osnovi sumnje, za određivanje pritvora i optuženje je osnovni uslov postojanje osnovane sumnje. Najveća novost u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu i potpuno drugačije od dosadašnjeg rješenja jeste napuštanje koncepta po kome istragu vodi istražni sudija i u skladu s evropskom i svjetskom praksom njeno povjeravanje tužiocu i policiji. Ovo ne proizilazi samo iz sadržine odredaba o istrazi već je izričito propisano i u dijelu zakona o značenju izraza gdje se kaže da istraga obuhvata aktivnosti preduzete od tužioca ili ovlašćenih službenih lica u skladu sa zakonom, uključujući prikupljanje obavještenja i dokaza.[18] Bez obzira što se radi o novom modelu tužilačke istrage ona je strogo formalna kao da je i dalje sudska i uređena je kao strukturalni element krivičnog postupka, a smanjen je činjenični supstrat kao uslov za njeno pokretanje,[19] a istraga se može voditi i protiv nepoznatog učinioca. Ove odlike novog modela istrage su teorijski neutemeljene i koncepcijski nekoherentne, zbog čega zaslužuju kritiku naučne i stručne javnosti. Polazeći od realističke definicije ali i pravnog pojma krivičnog postupka tužilačka i policijska istraga se ne mogu smatrati fazom krivičnog postupka jer su povjerene nesudskim organima, a bez suda i stranaka nema krivičnoprocesnog odnosa, pa samim tim ni krivičnog postupka. S obzirom da se tužilačka istraga može voditi i protiv nepoznatog učinioca postavlja se pitanje ko su stranke u tom postupku i između koga se u istrazi protiv takvog učinioca zasniva krivičnoprocesni odnos kad u istrazi ne učestvuju ni sud ni osumnjičeni. Ovo ima svoje reperkusije na stepenovanje sumnje i njeno dejstvo u istrazi ali i na dokaze koji se izvode u istrazi, a koriste na glavnom pretresu o čemu ćemo govoriti u posebnom poglavlju našeg istraživanja.

Osnovi sumnje (indicije) predstavljaju bitnu kariku, jer faktički bez osnova sumnje nema ni istrage, ali ni pojedinih radnji dokazivanja. Postojanje osnova sumnje da je učinjeno krivično djelo daje pravo i dužnost tužiocu da preduzme potrebne mjere u cilju njihovog otkrivanja, pronalaženja osumnjičenog i sprovođenja istrage.[20] Prema tome tužilac može sa najmanjim stepenom sumnje, indicijama, da krene u otkrivanje krivičnog djela i učinioca, što nije sporno kod modela tužilačke istrage jer se tu spaja raniji pretkrivični postupak, koji je provođen od strane ovlašćenih službenih lica (OSL), sa istragom u jednu fazu koja se zove istragom. Stvar je u tome što tužilac jeste dominus litis

[18] Član 20. stav 1. tačka j) ZKP RS.
[19] V. Đurđić, Perspektiva novog modela krivičnog postupka Srbije, Nauka, bezbednost, policija, vol. 20, br. 2, Beograd, 2015., op. cit.
[20] Član 43. stav 2. tačka a) ZKP RS.

istrage ali i OSL lica imaju niz ovlašćenja, pogotovo ona koja rade pod nadzorom i po ovlašćenju tužioca. Zato ovaj najniži stepen sumnje ima opravdanje kao polazna tačka u radu organa gonjenja i otkrivanja. Stvar je u tome kada se taj stepen osnova sumnje uzdiže na stepen osnovane sumnje, ko to utvrđuje i koje to posljedice ima na sam tok postupka. U cilju otkrivanja i dokazivanja krivičnog djela i učinioca moguće je kod postojanja osnova sumnje preduzeti i pojedine radnje dokazivanja: pretresanje stana, ostalih prostorija i pokretnih stvari (po naredbi suda),[21] ispitivanje osumnjičenog[22], ali i posebne istražne radnje (određuju se naredbom suda na prijedlog tužioca)[23]. S obzirom da se ove radnje preduzimaju pod nadzorom i po odobrenju suda možemo prihvatiti da ovaj stepen sumnje zadovoljava sve potrebne standarde zaštite prava osumnjičenog i da su ti dokazi podobni za korišćenje na glavnom pretresu radi zasnivanje presude.

Što se tiče naredbe za sprovođenje istrage, za čije se donošenje traži postojanje samo osnova sumnje, smatramo da takvo rješenje nije prihvatljivo. Otvaranjem istrage nastupa niz posljedica koje pogađaju osumnjičenog, a zasnovane su na najnižem stepenu sumnje koji najčešće zavisi od indicija ili količine i kvaliteta dokaza koje procjenjuje sam tužilac koji tu naredbu donosi. Osumnjičeni protiv takve naredbe ne može da se brani, pa čak za nju i ne mora da zna. Ovdje se sudaraju neformalni koncept tužilačke istrage anglosaksonskog prava i prihvaćeni koncept istrage gdje su ovlašćenja istražnog sudije samo prenijeta na tužioca, a što smo već naglasili. U takvom konceptu nije moguće zadržati ovaj nivo sumnje i donosioca sa posljedicama koje naredba o sprovođenju istrage ima na subjekte krivičnog postupka. Zato smatramo da je moguće ovaj problem prevazići na dva načina. Prvi je, da se istraga i dalje sastoji iz jedne faze koju bi činila neformalna tužilačka istraga (po uzoru na Njemačku), što bi odgovaralo mješovitom evrokontinentalnom modelu krivičnog postupka. Monofazna, neformalna istraga bila bi u skladu sa adverzijalnim modelom glavnog pretresa, s obzirom da u angloameričkom modelu krivičnog postupka neke formalne istrage uopšte nema, a kao što smo rekli on je bio uzor našem zakonodavcu. Drugi način je, da se istraga formalizuje ali ne kao strukturalni dio krivičnog postupka u užem smislu. Uslov za pokretanje takve istrage je podizanje činjeničnog supstrata sa osnova sumnje na nivo osnovane sumnje. Tužilac bi tada pokretao istragu samo protiv poznatog osumnjičenog, rješenjem protiv kog bi osumnjičeni mogao izjaviti žalbu o kojoj bi odlučivao sudija za prethodni postupak.

[21] Član 115. stav 1. ZKP RS.
[22] Član 143. stav 2. ZKP RS.
[23] Član 234. stav 1. ZKP RS.

Osnovana sumnja se zakonom određuje kao veći stepen sumnje zasnovan na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je izvršeno krivično djelo.[24] Kada to prikupljeni dokazi ukazuju na veći stepen sumnje, šta ovu sumnju distancira od osnova sumnje u pojedinim slučajevima ostavljeno je kao faktičko pitanje za ocjenu tužiocu i sudu. Sadržina ovog pojma nije predmet našeg interesovanja pa se njom u ovom radu nećemo posebno baviti. Postojanje osnovane sumnje se opravdano traži za određivanje pritvora i podizanje optužnice, što je dio koji je pod kontrolom suda i o čemu sud donosi odluke protiv kojih su dozvoljena pravna sredstva. Ovdje našu pažnju privlači nova intencija preispitivanja osnovane sumnje kod određivanja i produženja pritvora poslije potvrđivanja optužnice koju je novija sudska praksa manje ili više nerado prihvatila.

Postojanje osnovane sumnje da je određeno lice učinilo krivično djelo je opšti uslov za određivanje pritvora protiv tog lica iz zakonom propisanih razloga.[25] Pritvor u istrazi može trajati najduže devet mjeseci, s tim što se prilikom njegovog produženja svaki put utvrđuje postojanje zakonom propisanih uslova, pa i osnovane sumnje. S obzirom da se radi o fazi istrage kada se prikupljaju dokazi o krivičnom djelu i učiniocu, kako protiv njega, tako i u njegovu korist, a radi se o sudskoj ocjeni tih dokaza ovo je sasvim razumljivo. Tako je moguće da sud prilikom odlučivanja o produženju pritvora ocijeni da novi dokazi ne opravdavaju postojanje osnovane sumnje i da pritvor ne produži. Druga je situacija sa pritvorom poslije potvrđivanja optužnice kada je istraga završena prikupljanjem dokaza koji su dovoljni za njeno podizanje i potvrđivanje. Prilikom potvrđivanja optužnice sudija za prethodno saslušanje proučava sve tačke optužnice i dokaze koje mu je dostavio tužilac da bi utvrdio postojanje osnovane sumnje[26] i kada utvrdi da sumnja postoji potvrđuje optužnicu. Ovdje se radi o ocjeni dokaza koju vrši sud i na osnovu te svoje ocjene donosi odluku o potvrđivanju optužnice. Potvrđivanjem optužnica stupa na pravnu snagu i stanje u njoj može se potvrditi ili izmijeniti samo izvođenjem dokaza na javnom, usmenom i kontradiktornom glavnom pretresu, odustankom tužioca od optužbe i smrću optuženog. Dakle, nakon potvrđivanja optužnice i njenog stupanja na pravnu snagu, prelazi se u novu fazu krivičnog postupka – glavni pretres, na kome se izvode dokazi i utvrđuju odlučne činjenice, uključujući i osnovanost sumnje koja je utvrđena u toj optužnici i izvjesnost da je optuženi počinio krivično djelo za koje se optužuje. Osnovana sumnja prati sudbinu

[24] Član 20. stav. 1. tačka lj) ZKP RS.
[25] Član 197. stav1. tačka a) do g) ZKP RS.
[26] Član 243. stav 3. ZKP RS.

optužnice i optuženi je osnovano sumnjiv sve do konačne odluke suda na glavnom pretresu, pa ako je osuđujuća on je izvjesno kriv do pravnosnažnosti presude kada ona dobija snagu sudske istine. Poslije stupanja optužnice na pravnu snagu osnovana sumnja se ne može više preispitivati prilikom kontrole opravdanosti pritvora, jer bi se to vršilo u drugom postupku od strane drugog funkcionalno nadležnog suda, van glavnog pretresa od nesudećeg vijeća, bez izvođenja dokaza, već sa ocjenom pismenih dokaza koje je pribavilo sudeće vijeće na glavnom pretresu. U tom pravcu postoji više odluka sudova, pa tako i odluka Vrhovnog suda FBiH koji kaže: "Međutim, navođenjem takvih tvrdnji u žalbi, odbrana ignorira činjenicu da je potvrđivanjem optužnice potvrđeno postojanje osnovane sumnje da je optuženi počinio krivično djelo za koje se u optužnici tereti. Ovaj Sud nema ovlaštenje da dovodi u pitanje postojanje osnovane sumnje utvrđeno na takav način prilikom odlučivanja po žalbi uloženoj na osporeno rješenje" (Rješenje Vrhovnog suda FBiH, br. 070-0-Kž-06-000445 od 23. augusta 2006. godine.).[27] Ovo je bio dugogodišnji ustaljeni nesporni stav sudske prakse, a zasnivao se na tome da se predmet optužbe, krivično djelo i učinilac, mogu jedino raspraviti na glavnom pretresu i odluka o krivici donijeti poslije izvođenja dokaza. Ni jedan drugi funkcionalno nadležan sud koji odlučuje o pritvoru ne može van pretresa da odlučuje o ranijoj odluci suda kojom je potvrđena optužnica i u njoj utvrđena osnovana sumnja niti da tu odluku preispituje u vezi sa pritvorom. Taj sud može samo da odlučuje o postojanju razloga za pritvor ali ne i o osnovanoj sumnji, dok bi sud koji sudi u prvom stepenu u slučaju da na osnovu izvedenih dokaza utvrdi kako više nema osnovane sumnje donosio presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe. U suprotnom bi došlo do nezakonitog preuzimanja funkcionalne nadležnosti vanraspravnog vijeća od sudećeg vijeća i donošenja odluke koja čini bespredmetnim dalje suđenje i to na osnovu pismenih dokaza koje vanraspravno vijeće ima pred sobom. Da ne govorimo o postupanju suprotno drugim procesnim načelima koja obavezuju sve učesnike u krivičnom postupku jer nam obim ovog rada to ne dozvoljava. Prejudiciranje odluke o krivici spominjemo samo uzgred, jer smatramo da se takva odluka ne može po zakonu donijeti, pogotovo ako bi takvu odluku donio drugostepeni sud u postupku po žalbi na rješenje o produženju pritvora čije odluke autoritetom više instance obavezuju niži sud. Nije teško zamisliti kakva bi samo pravna nesigurnost nastala kada bi vanraspravno vijeće pri ispitivanju opravdanosti pritvora u situaciju gdje je postupak po istoj optužnici protiv više učinilaca razdvojen i za

[27] Zakon i praksa u primjeni mjera ograničenja slobode: Opravdanost mjere pritvora u Bosni i Hercegovini, OSCE, Sarajevo, 2008.

neke od njih na osnovu istih dokaza pravnosnažno presuđen, a protiv drugih postupak još traje, odlučilo da za njih nema osnovane sumnje.

Zato želimo ukazati na zapažanja iznesena u publikaciji OESCE u BiH, koja pozivajući se na odluke Evropskog suda za ljudska prava sugeriše da se postojanje osnovane sumnje kod pritvora mora preispitivati u svakoj fazi postupka. Tako se kaže: "Mada drugostepena sudska vijeća u Bosni i Hercegovini ne navode isti razlog za odbijanje da razmotre postojanje osnovane sumnje nakon što optužnica bude potvrđena, poruka Evropskog suda jednako se odnosi na suštinu ovog pitanja: pošto razumna sumnja predstavlja temeljni element sudske kontrole nad zakonitošću mjere pritvora, pravosudni sistemi moraju se organizirati na način koji omogućava da se taj element preispita, čak i kada se osporava u toku glavnog pretresa."[28] Ustavni sud BiH donio je više odluka koje ukazuju na potrebu da se uslovi za pritvor moraju preispitivati u svakoj fazi postupka. "Pri tome je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo za koje se tereti conditio sine qua non za određivanje i produženje pritvora ali to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljno jasni razlozi (vidi Evropski sud, Trzaska protiv Poljske, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63)."[29] U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi na dvije instance, na osnovu dokaza koje je Tužilaštvo dostavilo uz prijedlog za produženje pritvora, utvrdili da postoji osnovana sumnja da je apelant počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret."[30] Ali čini nam se da se težnja opravdano više stavlja na postojanje razloga ili osnova za pritvor, što nije ni sporno, nego na osnovanu sumnju "U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da je redovni sud u postupku sudske kontrole opravdanosti pritvora utvrdio da je ispunjen objektivni uslov "koji je uspostavljen potvrđivanjem optužnice, a to je da postoji osnovana sumnja da su sada optuženi učinili krivično djelo"…Ustavni sud zapaža da u konkretnom slučaju iz osporenih rješenja proizilazi da su redovni sudovi zaključili da postoji osnovana sumnja da je apelant počinio krivično djelo na način kako je to navedeno u optužnici i prethodnom rješenju o pritvoru, što je prema mišljenju

[28] Zakon i praksa u primjeni mjera ograničenja slobode: Opravdanost mjere pritvora u Bosni i Hercegovini, OSCE, Sarajevo, 2008. str. 10-12.
[29] Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP-728/17 od 10. aprila 2019. godine.
[30] Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP-1619/18 od 11. maja 2018. godine.

Ustavnog suda dovoljno…"[31] Svi ovi argumenti koji se navode ne mogu nas uvjeriti da vanraspravno vijeće prilikom ispitivanja dalje osnovanosti pritvora ispituje postojanje osnovane sumnje. Ovaj elemenat u toku cijelog postupka može da preispita samo sudeće vijeće na glavnom pretresu i smatramo da to i jeste njegova obaveza koja naravno utiče, ali ne i nužno, na meritornu odluku. Ovim se ispunjavaju i zahtjevi Evropskog suda, kao i Ustavnog suda BiH, a ne dira u funkcionalnu nadležnost suda. Sudovi ovo sada uglavnom premoštavaju obrazloženjima u kojima navode da je osnovana sumnja utvrđena u potvrđenoj optužnici ali i dokazima koji su uz nju priloženi i koji tu sumnju potvrđuju, što je svojevrsni smokvin list za jedno naučno nezasnovano, nemoguće, nepotrebno ali iznuđeno preispitivanje osnovane sumnje.

I IZUZECI OD NEPOSREDNOG IZVOĐENJA DOKAZA

S obzirom da se tužilačka istraga shvata i zakonski je uređena kao strogo formalna faza krivičnog postupka to je i dokazna snaga dokaza koji su u njoj prikupljeni i izvedeni ostala ista kao da ih izvodi istražni sudija, iako dokaze izvodi tužilac, zaista po pravilima koja su važila za istražnog sudiju. Ovdje je djelimično zadržano i izvođenje tzv. incidentnih dokaza od strane suda, u slučajevima kada prijeti opasnost od odlaganja i koji se izvode po formi po pravilima koja važe za glavni pretres pa zato mogu biti činjenična osnova presude.[32] Međutim, pravilo je da dokazi koje izvedu OSL po naređenju ili odobrenju javnog tužioca ili suda (sudije za prethodni postupak) imaju istu snagu kao da ih je izveo sud ili tužilac. Zapisnici o dokazima izvedenim u istrazi, bez obzira što ih je izveo nesudski organ, mogu se čitati na glavnom pretresu i biti osnov presude (član 288. ZKP RS). Ovo je koncepcijski suprotno opšteprihvaćenim rješenjima u uporednom pravu da samo sudski dokazi iz istrage imaju pravnu snagu ako su izvedeni po strogo formalnim pravilima, kada mogu biti činjenična osnova presude. Od navedenog pravila izuzimaju se materijalni dokazi i dokazi do kojih se došlo posebnim istražnim radnjama sprovedenim po odluci suda.

Ovdje ćemo ukazati na rješenje o čitanju iskaza optuženog datom u istrazi koji se na glavnom pretresu koristi pravom da ne iznosi svoju odbranu ili odgovara na postavljena pitanja (član 288. stav 3. ZKP RS). Ovakvo rješenje opravdano se može podvrći kritici jer se za činjeničnu osnovu presude koristi dokaz koji

[31] Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP-4320/18 od 11. oktobra 2018. godine.

[32] Više o tome: V. Đurđić, Perspektiva novog modela krivičnog postupka Srbije, Nauka, bezbednost, policija, vol. 20, br. 2, Beograd, 2015., op. cit.

nije izveden pred sudom već pred jednom od procesnih stranaka. Teza zastupnika ovakvog rješenja je da je tužilac državni organ kome je povjerena istraga je koncepcijski pogrešna i neodrživa iz više razloga. Prvo, istraga koju vodi tužilac koji nije sudski organ nije pandan istrazi koju je vodio sud i istražni sudija. Drugo, u konceptu adverzijalnog glavnog pretresa svi dokazi koje nije izveo sud u istrazi moraju biti izvedeni na glavnom pretresu. Treće, kao što smo već naglasili ako bi se dosljedno proveo koncept adversijalnog krivičnog postupka faza istrage bi bila neformalna, a glavni pretres formalan sa dokazima koji se na njemu izvode, dok se dokazi iz istrage ne bi mogli koristiti za zasnivanje presude. Sada imamo situaciju da se iskaz optuženog dat u istrazi pred nesudskim organom koristi za zasnivanje sudske presude što je potpuno neprihvatljivo. Ovaj defekt ne može da popravi ni to da taj iskaz mora biti dat uz upozorenje i uz prisustvo branioca, jer to nije iskaz dat u krivičnom postupku jer krivičnog postupka nema zato što bez suda nema krivičnoprocesnog odnosa. Prema tome iskaz koji nije dat u krivičnom postupku, a o krivičnom postupku i njegovom zasnivanju smo već kratko govorili, ne može se prihvatiti kao dokaz koji služi kao činjenična osnova presude. Ovakav iskaz bi se na navedeni način mogao koristiti samo ako bi bio dat pred sudijom za prethodni postupak, međutim to ruši koncept tužilačke istrage. Ista je situacija i sa ostalim iskazima koji se često koriste za zasnivanje sudske presude protivno prirodi adversijalnog glavnog pretresa. Smisao njihovog korišćenja mora biti u postizanju uvjerljivosti ili neuvjerljivosti iskaza svjedoka koji daje na glavnom pretresu kroz direktno i unakrsno ispitivanje, a ne u prostom integralnom prihvatanju iskaza datog u istrazi (najčešće pred OSL).

Što se tiče dokaza koji se sudski obezbjeđuju smatramo da do sada nije bilo nejasnoća niti sporenja u njihovoj primjeni. Međutim, u pogledu odstupanja od neposrednog izvođenja dokaza pažnju nam je privukla jedna presuda Suda BiH broj: S1 2 K 006087 11 K od 28.11.2013. godine koji je donio odluku da se odstupi od neposrednog izvođenja dokaza, u smislu člana 273. ZKP-a BiH, kada je pročitana izjava svjedoka P. D. U toj presudi se kaže: "U odnosu na ovog svjedoka, i njegovo uporno odbijanje svjedočenja, Sud je primijenio sve zakonom raspoložive mjere i sankcije, što nije utjecalo na svjedoka da promijeni svoju odluku o odbijanju svjedočenja. S obzirom da sam procesni zakon, ne predviđa šta će se desiti ukoliko svjedok i nakon novčanog i zatvorskog kažnjavanja i dalje odbija da svjedoči, Sud je našao da se iskaz ovog svjedoka ima pročitati u skladu sa članom 273. stav 2. ZKP-a BiH."

Apelaciono vijeće Suda BiH je podržavajući ovaj zaključak prvostepenog suda (da se pročita iskaz) kao pravilan i zakonit navelo da: „sintagmu dolazak pred

sud“ (iz člana 273. stav 2. ZKP) ne treba usko tumačiti kao sam pristup u sudnicu već u smislu dovođenja u situaciju da se efikasno obavi ova procesna radnja”. Sud BiH je naveo da, “kada svjedok pristupivši na sud odbije da svjedoči, a to učini i nakon kažnjavanja, pokazujući svojim stavom da odbija da svjedoči i da ubuduće neće svjedočiti, takvo ponašanje de facto predstavlja odbijanje dolaska pred sud, pa se ono ukazuje znatno otežanim iz tog važnog razloga a što je predviđeno i dijelom odredbe iz člana 273. stav 2. ZKP”. Ispitujući ove odluke Ustavni sud BiH u ovakvom tumačenju odredbe ZKP (za koju su najprije, kako je u svojoj praksi već naveo Ustavni sud prvenstveno nadležni redovni sudovi) ne nalazi bilo kakvu proizvoljnost niti nelogičnost. Osim toga, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH jasno naveo da je iskaz svjedoka D. P. zakonit, jer je saslušanju optuženog bio prisutan branilac, a nakon što je optuženi upoznat i upozoren o pravima i obavezama koje proizilaze iz davanja iskaza.

Smatramo da je ovakvo tumačenje navedene zakonske odredbe potpuno pogrešno i da je time nedozvoljena primjena analogije na situaciju koja je zakonom potpuno određeno propisana. Odredba zakona, na koju se sudovi pogrešno pozivaju, propisuje da se izuzetno zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu po odluci sudije, odnosno vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo u slučaju ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele, ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred Sud nemoguć, ili je znatno otežan iz važnih uzroka. Dakle fizička odsutnost svjedoka je jedan od propisanih uslova da bi se uopšte moglo pristupiti čitanju njegovog iskaza. Ovdje je živi, duševno zdravi svjedok došao na sud, što znači da ga nije trebalo tražiti, njegov dolazak je bio moguć i nije bio znatno otežan, pa je i prisutan na sudu. To što neće da svjedoči je ispoljavanje njegove slobodne volje prema građanskoj obavezi koju svjesno odbija zbog toga trpeći zakonom propisane sankcije. Odbijanje svjedočenja nije nemogućnost dolaska na sud, ne može se podvesti pod sintagmu “dolazak pred sud”[33] kako to sudovi tumače i to zakonodavac sankcioniše mjerama procesne discipline koje je, kako iz obrazloženja vidimo, sud primijenio i one nisu dale rezultate. Do ovakvog zaključka dolazimo jezičkim, sistematskim, ciljnim i logičkim tumačenjem ove odredbe, koje se do sada nikada u sudskoj praksi nije postavljalo kao sporno pitanje. Kod ovakvog stanja stvari tu se dalje svjedok kao dokazno sredstvo ne koristi jer nije moguće da se dođe do njegovog iskaza kao dokaza u krivičnom postupku, što zakonodavac prihvata i ne propisuje bilo kakve

[33] Sintagma je skup dvaju ili više riječi od kojih je jedna glavna riječ, a ostale zavise od nje. Ove riječi su povezane zajedničkim značenjem i kao cjelina imaju istu službu u rečenici.

druge radnje u vezi ovog dokaznog sredstva. Ovdje sudovi postaju tvorci norme, a ne njeni tumači, što je suprotno osnovnim postavkama nauke krivičnog procesnog prava i vodi krivljenju volje zakonodavca zbog potrebe da se pribavi jedan očigledno važan dokaz mimo zakonom propisanog postupka. Zato smatramo da je je bio osnovan prigovor odbrane na zakonitost ovog dokaza, zasnovan na tome da se odbijanje svjedočenja ne može smatrati nemogućnošću dolaska svjedoka na sud i da se na takvom dokazu ne može zasnovati presuda, sa prijedlogom da se taj dokaz proglasi nezakonitim. Ovakvo nešto se ne bi smjelo činiti u postupku koji se vodi pred jednom sudskom instancom toga ranga, a pogotovo ga ne bi smjele opravdati više instance u postupku po pravnim lijekovima. Ovakvim postupanjem ruši se pravna sigurnost i povjerenje u sam sud, koji se kontroverznim tumačenjem jasne zakonske norme koja to ne zahtijeva i koje nije zasnovano na pravilima nauke krivičnog procesnog prava, već na zanatskoj utilitarističkoj primjeni zakonske norme upušta u pribavljanje dokaza na neprihvatljiv način u korist tvrdnji jedne od procesnih stranaka. Pitamo se kako bi sud postupio u situaciji da nije imao raniji iskaz koji je svjedok dao kod tužioca, da li bi i tada njegovo odbijanje svjedočenja smatrao kao "otežani dolazak pred sud", i koje bi tada mjere primijenio da pribavi njegov iskaz. Da li bi se upustio u primjenu nekih zakonom nepredviđenih mjera i postupaka zbog toga što zakonodavac ne propisuje izričito kako će sud dalje postupiti u toj situaciji? Vjerujemo da sigurno ne bi, jer je zakonodavac stavljanjem tačke iza riječi u tom članu pokazao svoju volju da se dalje odustaje od bilo kakve aktivnosti na pribavljanju iskaza takvog svjedoka.

ZAKLJUČAK

Osnovana sumnja, osnovi sumnje, sumnja, kao pojmovi i izuzeci od neposrednog izvođenja dokaza su veoma važni instituti krivičnog procesnog prava. Njihova primjena zavisi od uređenja krivičnog postupka, ovlašćenja procesnih subjekata, cilja i namjere zakonodavca šta želi sa njima postići. Oni moraju biti harmonizovani sa drugim sličnim institutima i ne smiju biti u suprotnosti sa opštim tipom krivičnog postupka. Smatramo da u našem krivičnom postupku osnovi sumnje i osnovana sumnja nisu na adekvatan način pozicionirani u krivičnom postupku jer se zakonodavac nije ponašao dosljedno u uređenju tipa tog postupka. Tako je doveo u sukob adversijalni tip glavnog pretresa sa inkvizitorskom istragom koju je povjerio tužiocu, a koja je formalno ostala kao da je u rukama istražnog sudije. To u narednom periodu treba ispraviti tako što će se zakonodavac jasno opredijeliti koji tip postupka u

cjelini želi i uskladiti ove dvije faze krivičnog postupka da budu istog tipa. Tek tada će dobiti koherentne norme koje ne izazivaju sporenja u opravdanost njihove primjene i primjenljivost na glavnom pretresu gdje se izvode dokazi i na njima zasniva sudska presuda. Time će skinuti veliki teret sa sudova, koji radi u složenim eksponiranim predmetima, često moraju da kreiraju praktična rješenja koja teško mogu da izdrže naučnu kritiku. Što se tiče izuzetaka od neposrednog izvođenja dokaza smatramo da tu uopšte ne postoji bilo kakva nejasnoća i dilema, da ove norme ne zahtijevaju tumačenje i da se takvo što nije nikad postavilo u dugogodišnjoj sudskoj praksi. Skloni smo vjerovati da se ovdje radi o sasvim neopravdanom upuštanju suda u neovlašćenu aktivnost stvaranja zakonske norme, iz nejasnih i teško prihvatljivih razloga, koje podvodi pod njeno tumačenje koje to u suštini i nije.

Drugi mogući pravac je donošenje potpuno novog zakona o krivičnom postupku zasnovanog na evropskoj pravnoj tradiciji koja je na ovim prostorima dominantna od stvaranja prvih zakona u krivičnoj oblasti. Razmišljanje o vraćanju istrage u ruke istražnog sudije jeste za sada jeretičko, ali kao jeftino rješenje za siromašnu državu, dokazano u sudskoj praksi i harmonizovano sa ostalim zakonima od kojih zavisi krivični postupak, ostaje kao jedna od malo vjerovatnih mogućnosti. Još niko nije proveo egzaktna istraživanja o tome koliko je tužilačka istraga efikasnija po utrošenom vremenu, novcu i kvalitetu pribavljenih dokaza, manjoj povredi procesnih prava, već se sve svodi na argumente da su to rješenje usvojile i ostale evropske države.

LITERATURA

1. D. Jovašević, V. Ikanović, Krivično procesno pravo Republike Srpske, Banja Luka, 2016.
2. D. Krapac, Krivično procesno pravo – Prva knjiga: institucije, Zagreb, 2003.
3. H. Sijerčić Čolić , Krivično procesno pravo, Knjiga 1, Sarajevo, 2012.
4. M. Simović, M, V. Simović, Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać, 2013.
5. M. Škulić, Krivično procesno pravo, Beograd, 2009.
6. V. Đurđić, Krivično procesno pravo – Opšti deo, Niš, 2014.
7. T. Živanović, Osnovni problemi krivičnog i građanskog procesnog prava (postupka), I. odeljak, Beograd 1940.

Prof. dr Veljko Ikanovic, PhD Judge of the Supreme Court of Republic of Srpska

About some effects of established suspicion and an exception to the direct presentation of evidence in a criminal punishment

Summary: Predmat debates in this paper are some of the effects of the category of doubt and the exceptions to the direct presentation of evidence in the context of the legal regulation of the investigation and the main trial under the "new" model of criminal proceedings introduced in 2003, that it represents a poor compilation of prosecutorial investigation and an adversarial main trial. The investigation is dominated by an investigative principle that is characteristic of the inquisitorial procedure, while the guilty principle is dominated by the main trial, modeled on the Anglo-American procedure. This combination of two principles, with the inconsistency of the reform of other institutes and the simple transfer of judicial investigation to the prosecutor and the police, caused controversy in the practical application of the law, which led to numerous changes in criminal procedural legislation, and to this day, no clear concept was set adopt. These controversies also reflected in the effects of the category of suspicion (basis and founded) and the exceptions to the direct presentation of evidence, both in legal changes and in the attitudes of individual courts and in reports of international organizations that implement the law, and have a decisive influence on the creation of case law. They are so fiercely confronted with the basic postulates of legal science and logical considerations that often lead to a certain arbitrariness that undermines basic constitutional freedoms. Without a clear concept on which the procedural law is to be developed, respecting the rules of the science of criminal procedural law, legal traditions and European legislative standards, it will hardly get from the vicious circle of fifteen years of dealing with criminal procedural law, its repairs and upgrading. The author does not include the possibility of adopting a completely new procedural law that would re-conceptualize the model of criminal proceedings.

Key words: basis of suspicion, established suspicion, prosecution investigation, main trial, evidence, exceptions from direct execution, defendant.

Dr. sc. Ljiljana Filipović, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

KAŽNJAVANJE UČINITELJA KVALIFICIRANIH OBLIKA KRIVIČNOG DJELA RAZBOJNIŠTVA U PRAKSI SUDOVA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: *Rad sadrži pregled rezultata istraživanja kažnjavanja učinitelja krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine u praksi sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine i zaključke do kojih se došlo njihovom analizom. Istraživanje se odnosilo na učestalost primjene instituta ublažavanja kazne pri kažnjavanju učinitelja ovog krivičnog djela, osnove i mjere ublažavanja kazne, težinu krivičnih djela na koja su se odnosili analizirani predmeti i osnovne lične karakteristike učinitelja, načine na koje je ublažavanje kazne obrazloženo u presudama, subjekte i osnove žalbi izjavljenih protiv prvostepenih presuda te odluke Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine o izjavljenim žalbama. Analiza podataka dobivenih istraživanjem omogućila je izvođenje određenih zaključaka, pa, između ostalog, da je ublažavanje kazne učiniteljima ovog krivičnog djela pravilo, da su kazne koje se izriču učiniteljima u FBiH uglavnom ujednačene, da je upitna adekvatnost posebnog zakonskog minimuma kazne propisane za ovo krivično djelo, ali i da sudovi ne posvećuju dovoljno pažnje samom procesu izricanja ublažene kazne ni iznošenju u presudi razloga kojima su se rukovodili prilikom ublažavanja kazne.*

Ključne riječi: *kvalificirani oblici krivičnog djela razbojništva, zakonom propisana kazna, odmjeravanje kazne, ublažavanje kazne, osnovi ublažavanja kazne, obrazloženje odluke o kazni.*

Summary: *The paper provides a review of the results of a research made in relation to punishments being imposed on perpetrators of the criminal offense of Aggravated Robbery in violation of Article 289(2) of the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina in the case law of the Courts in the Federation of Bosnia and Herzegovina and the related conclusions drawn upon their analysis. The research was related to the frequency of application of the institution of the reduction of punishment imposed on perpetrators of the referenced criminal offense, grounds and measures for reduction of punishment, gravity of the criminal offenses committed in the analyzed cases*

and their perpetrators' main personal characteristics, the manner in which the judgments explained the reduction of punishment, subjects and grounds of appeals filed from first-instance judgments, and decisions on the appeals rendered by the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina. The analysis of information obtained from the research enabled the drawing of certain conclusions, including among others, that the reduction of punishment for perpetrators of the referenced criminal offense is a rule, that the punishments imposed on perpetrators in the F BiH are mostly standardized, that the adequacy of special statutory minimum punishment prescribed for this criminal offense is questionable, but also that courts do not pay sufficient attention to the process itself of imposing a reduced punishment, or to the presentation of reasons in the judgment which governed them to reduce the punishment.

Key words: *qualified forms of the criminal offense of Aggravated Robbery, legally prescribed punishment, meting out of the punishment, reduction of punishment, grounds for the reduction of punishment, reasoning of the decision on punishment.*

I. Uvodne napomene

Uz dugotrajnost krivičnih postupaka i navodnu nesposobnost da se efikasno suprotstavi najtežim oblicima kriminaliteta, jedan od najčešće upućivanih prigovora krivičnom pravosuđu u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) je da su kazne koje se izriču učiniteljima krivičnih djela preblage.

Navedeni prigovor ne upućuje se samo od strane najšire javnosti nego i od dijela stručne javnosti, najčešće u prigodnim komentarima u medijima nakon okončanja krivičnih postupaka za koje je javnost bila zainteresirana u većoj mjeri nego uobičajeno.

Prigovori koji dolaze od najšire javnosti ili tzv. „običnih građana" zasnovani su uglavnom na njihovom osjećanju „pravedne kazne" za učinitelje određenih krivičnih djela. Stručna javnost svoje komentare o primjerenosti kazni uglavnom zasniva na zakonom propisanoj kazni za pojedina krivična djela i odnosu te kazne sa kaznom koja je izrečena u nekom konkretnom slučaju.

Iako zapažanja javnosti o blagosti izrečenih kazni nisu bez značaja jer u sebi sadrže i viđenje da li se takvom kaznom može doprinijeti suzbijanju kriminaliteta, ona, sama po sebi, ne mogu biti osnov za donošenje zaključka o blagoj sudskoj kaznenoj politici.

Ako je uopšte i primjereno donositi generalni zaključak o tome da li je sudska politika kažnjavanja za određena krivična djela ili određene kategorije učinitelja blaga, stroga ili upravo onakva kakva bi trebala biti, on se ne može donijeti bez odgovarajućeg istraživanja sudske prakse koje bi, zbog broja krivičnih presuda koje se donesu tokom samo jedne godine, bilo veoma složeno provesti. Nesumnjivo, takvo jedno istraživanje moralo bi se vršiti etapno i u odnosu na pojedina krivična djela.

Kako bi se pokušao objektivnije ocijeniti stav o blagom kažnjavanju učinitelja pojedinih krivičnih djela, izvršeno je istraživanje prakse kažnjavanja sudova u FBiH za kvalificirane oblike krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. i 3. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine[1] (u daljem tekstu: KZ FBiH). Radi se o relativno čestom krivičnom djelu ali koje, u pravilu, osim ako je riječ o najtežim slučajevima, nije u žiži pažnje ni najšire ni stručne javnosti. Razlog zbog kojeg su analizirane kazne izrečene za kvalificirane oblike krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. i 3. KZ FBiH, a ne i za osnovni oblik tog krivičnog djela je namjera da se obuhvati i praksa najvišeg entitetskog suda u kažnjavanju učinitelja tih krivičnih djela - Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Vrhovni sud FBiH). Osnovni oblik krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 1. KZ FBiH, s obzirom na zakonom propisanu kaznu (kazna zatvora od jedne do deset godina), nalazi se u nadležnosti općinskih sudova te, povodom žalbi izjavljenih protiv prvostepenih presuda, odnosni predmeti ne dolaze na odlučivanje u Vrhovni sud FBiH.

U uvodnim napomenama potrebno je istaći da je analiza prakse kažnjavanja za kvalificirane oblike krivičnih djela Razbojništvo iz člana 289. KZ FBiH vršena ne samo s obzirom na odnos zakonom propisane kazne za određeni oblik krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. KZ FBiH i izrečene kazne nego i s obzirom na relevantne odredbe o odmjeravanju kazne koje su sadržane u općem dijelu krivičnog zakona: Svrha kažnjavanja (član 42. KZ FBiH), Opća

[1] Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17).

pravila o odmjeravanju kazne (član 49. KZ FBiH) i Ublažavanje kazne (član 50. KZ FBiH). Osim toga, analiza je vršena i u odnosu na relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine[2] (u daljem tekstu: ZKP FBiH), prije svega, u odnosu na odredbe koje regulišu sadržaj presude (član 300. stav 1. tačka b) i član 305. ZKP FBiH).

II. Rezultati istraživanja prakse sudova u FBiH

II.1. Osnovni podaci o istraživanim sudskim predmetima.

Istraživanjem je bilo obuhvaćeno ukupno 25 predmeta koji su tokom 2018. godine pravosnažno okončani u Vrhovnom sudu FBiH izricanjem kazne učiniteljima. Svi ti predmeti odnosili su se na kvalificirani oblik krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH. U toku 2018. godine u Vrhovnom sudu FBiH nije okončan pravosnažnim izricanjem kazne ni jedan predmet koji se odnosio na kvalificirani oblik krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 3. KZ FBiH.

U 24 od 25 analiziranih predmeta prvostepenom presudom je optuženima izrečena ublažena kazna zatvora tj. kazna zatvora u trajanju manjem od pet godina koliko iznosi posebni zakonski minimum kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH.

Dakle, samo u jednom od 25 analiziranih predmeta optuženom je izrečena kazna zatvora koja nije ublažena i to u trajanju od pet godina tj. najmanja zakonom propisana kazna za odnosno krivično djelo.

Od 24 predmeta koja su se odnosila na krivično djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH i u kojima je optuženima izrečena ili, u slučaju sticaja krivičnih djela, utvrđena ublažena kazna zatvora, u 19 predmeta kvalifikatorna okolnost je bila isključivo upotreba oružja ili opasnog oruđa, u jednom predmetu kvalifikatorna okolnost je bila umišljajno teško tjelesno ozljeđivanje neke osobe, a u četiri predmeta postojao je sticaj kvalifikatornih okolnosti - upotreba oružja ili opasnog oruđa i učinjenje krivičnog djela u sastavu grupe.

Podaci o visini protivpravne imovinske koristi pribavljene učinjenjem djela značajni su za ocjenu jačine povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra odnosno

[2] Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14).

težine učinjenih krivičnih djela. U tri predmeta radilo se isključivo o pokušaju ovog krivičnog djela pa protivpravna imovinska korist nije ni pribavljena. U šest predmeta visina pribavljene protivpravne imovinske koristi nije prelazila iznos od 500,00 KM. U pet predmeta visina protivpravno pribavljene imovinske koristi bila je između 500,00 i 1.000,00 KM. Visina protivpravno pribavljene imovinske koristi u četiri predmeta bila je između 1.000,00 i 3.000,00 KM. U jednom predmetu visina pribavljene protivpravne imovinske koristi je bila između 3.000,00 i 10.000,00 KM. U dva predmeta, visina pribavljene protivpravne imovinske koristi iznosila je preko 100.000,00 KM (u jednom predmetu, 94.000,00 KM i 66.000,00 KM a u drugom 284.315,03 KM). U tri predmeta visina pribavljene imovinske koristi nije bila tačno utvrđena.

Za ocjenu jačine povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra indikativni su i podaci o tome da li je pri izvršenju krivičnog djela učinitelj samo prijetio žrtvi da će neposredno napasti na njezin život ili tijelo uz upotrebu oružja ili opasnog oruđa ili je učinitelj, uz prijetnju upotrebom oružja ili opasnog oruđa, i upotrijebio silu protiv neke osobe (neovisno od toga da li se upotreba sile sastojala u upotrebi oružja ili opasnog oruđa ili samo u upotrebi fizičke snage). U uzorku od 24 predmeta u kojima je optuženima ublažena kazna, podjednako su bile zastupljene obje navedene grupe predmeta. Naravno, stvarna težina učinjenog krivičnog djela ovisi od mnogih okolnosti vezanih za način njegovog učinjenja te isticanje pomenutih kriterija nema za cilj da ocjenu težine učinjenog razbojništva svede na njih. Ali, radi se o jednom od zakonskih elemenata ovog krivičnog djela čija dva alternativno propisana oblika objektivno nemaju istu težinu pri realizaciji krivičnog djela.

Ukupno 24 predmeta u kojima je prvostepeni sud optuženima ili pojedinim od njih izrekao ili utvrdio ublažene pojedinačne kazne zatvora odnosila su se na ukupno 37 optuženih osoba, a ublažavanje kazne je primijenjeno u odnosu na 35 optuženih. U jednom predmetu koji se odnosio na tri optužene osobe prvostepeni sud je kaznu ublažio za samo jednu od njih dok je drugim dvoje optuženih za ovo krivično djelo utvrdio kazne zatvora u okviru zakonom propisane kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH.

Od 24 predmeta u kojima je izvršeno ublažavanje kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH prvostepeni sud je u obrazloženju presuda u 16 predmeta konstatovao, osim utvrđenih olakšavajućih okolnosti, postojanje otežavajućih okolnosti na strani optuženih. U tih 16 predmeta kao

otežavajuća okolnost konstatovana je i ranija osuđivanost optuženih, a čak u 14 predmeta ranija osuđivanost za ista ili istovrsna krivična djela.

II.2. Mjera ublažavanja kazne.

U skladu sa članom 51. stav 1. tačka b) KZ FBiH, učinitelju krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, kad za to postoje zakonom propisani uvjeti, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora. U analiziranim predmetima, za 30 optuženih osoba izrečene ili utvrđene kazne zatvora za pojedina krivična djela učinjena u sticaju kretale su se u rasponu od jedne do tri godine. Pri tome, u odnosu na deset optuženih osoba prvostepeni sud je izrekao ili utvrdio za pojedina krivična djela učinjena u sticaju kazne zatvora u trajanju od jedne godine, dakle, maksimalno ublažene kazne. Za samo pet optuženih osoba kojima su prvostepenom presudom bile ublažene zakonom propisane kazne, prvostepenim presudama su bile izrečene ili utvrđene pojedinačne kazne zatvora u trajanju preko tri godine.

Posebnu pažnju zaslužuju podaci o mjeri ublažavanja prilikom utvrđivanja pojedinačanih kazni za krivična djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBIH učinjena u sticaju. U analiziranom uzorku bila su četiri takva predmeta, a u tri od njih utvrđene su maksimalno ublažene kazne ili kazne koje su samo nešto iznad maksimuma ublažene kazne. U jednom od njih je za svako od pet krivičnih djela u sticaju utvrđena pojedinačna kazna zatvora u trajanju od po jedne godine tj. maksimalno ublažena kazna. U drugom su utvrđene tri pojedinačne kazne zatvora u trajanju od po jedne godine i dva mjeseca, jedna u trajanju od jedne godine i šest mjeseci i jedna u trajanju od jedne godine. U trećem takvom predmetu, za sedam krivičnih djela učinjenih u sticaju utvrđene su kazne zatvora u trajanju od po jedne godine i dva mjeseca a za jedno krivično djelo kazna zatvora u trajanju od jedne godine.

II.3. Osnovi ublažavanja kazne.

U dva od 24 predmeta u kojima je izvršeno ublažavanje kazne u izreci presude kao osnov ublažavanja kazne navedene su odredbe člana 50. tačke a) i b) KZ FBiH. Iz toga bi proizilazilo da je u tim slučajevima postojao i neki od zakonom izričito propisanih osnova za blaže kažnjavanje učinitelja (član 50. tačka a) KZ FBiH) ali i naročito olakšavajuće okolnosti koje su ukazivale da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (član 50. tačka b) KZ FBiH). U jednom od ta dva predmeta, koja su se oba odnosila na sticaj krivičnih djela razbojništva, sud je u izreci presude određeno naveo za koja od tih krivičnih djela utvrđuje kaznu zatvora uz primjenu odredbe člana 50. tačka

b) KZ FBiH, a za koje od krivičnih djela u sticaju utvrđuje kaznu zatvora uz primjenu člana 50. tačka a) i b) KZ FBiH. U drugom od ta dva predmeta prvostepeni sud se u izreci presude, prilikom utvrđivanja pojedinačnih kazni, pozvao na odredbe člana 50. tačka a) i b) KZ FBiH bez naznake za koje od krivičnih djela učinjenih u sticaju je kazna utvrđena primjenom koje od navedenih zakonskih odredaba.

U jednom od pomenuta 24 predmeta, sud se u izreci presude pozvao samo na član 50. tačka a) KZ FBiH kao osnov za ublažavanje kazne iako je samo jedno od krivičnih djela učinjenih u sticaju, za koje je optuženi oglašen krivim, bilo krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. u vezi sa članom 28. KZ FBiH odnosno krivično djelo u pogledu kojeg je postojao zakonom izričito propisani osnov za ublažavanje kazne.

U 11 od 24 predmeta, sud je u izreci presude kao zakonski osnov za izricanje optuženom ublažene kazne naveo odredbu člana 50. tačka b) KZ FBiH. Iz toga bi slijedilo da je ublažavanje zakonom propisane kazne izvršeno na osnovu toga što je sud utvrdio da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

U devet od 24 predmeta, u izreci presude nije određeno naveden osnov ublažavanja kazne, nego je samo navedeno da se kazna optuženom izriče na osnovu člana 50. KZ FBiH.

Konačno, u jednom od 24 predmeta kao osnov ublažavanja kazne naveden je član 50. stav 2. KZ FBiH iako odredba člana 50. KZ FBiH ne sadrži stavove.

II.4. Obrazloženje odluke o ublažavanju kazne.

Od dva predmeta u kojima se prvostepeni sud pri izricanju kazne u izreci presude pozvao na odredbe člana 50. tačke a) i b) KZ FBiH, u jednom od njih (i to u onom u kome je u izreci presude određeno naveo za svako od krivičnih djela učinjenih u sticaju po kojem od zakonskih osnova su optuženom utvrđene ublažene kazne zatvora), sud se u obrazloženju presude uopšte nije pozvao na zakonske odredbe o ublažavanju kazne. Osim toga, sud je u obrazloženju presude, pri obrazlaganju odluke o kazni naveo olakšavajuće okolnosti koje je cijenio na strani optuženog te zaključio da se, u odsustvu otežavajućih okolnosti, radi o osobito olakšavajućim okolnostima. Takvo obrazloženje bi ukazivalo da je ublažavanje kazne prilikom utvrđivanja pojedinačnih kazni izvršeno isključivo na osnovu člana 50. tačka b) KZ FBiH što je suprotno

izreci presude. U drugom od tih predmeta, dakle, u onom u kojem u izreci presude nije određeno navedeno za koja od krivičnih djela učinjenih u sticaju se primjenjuje koja od dvije odredbe sadržane u članu 50. KZ FBiH, prvostepeni sud je u obrazloženju presude određeno naveo da se primjena člana 50. tačka a) KZ FBiH odnosi na krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. u vezi sa stavom 1. i u vezi sa članom 28. KZ FBiH, a da je za ostala krivična djela pojedinačna kazna utvrđena primjenom člana 50. tačka b) KZ FBiH tj. zbog toga što je sud našao da postoje naročito olakšavajuće okolnosti.

U predmetu u kojem je u izreci presude kao osnov za ublažavanje kazne navedena odredba člana 50. tačka a) KZ FBiH, prvostepeni sud se i u obrazloženju presude pozvao na tu odredbu.

U devet od 11 predmeta u kojima se prvostepeni sud u izreci presude pozvao na član 50. tačka b) KZ FBiH kao osnov za ublažavanje kazne, sud se i u obrazloženju presude pozvao na taj zakonski osnov za ublažavanje kazne, dok se u dva predmeta nije u obrazloženju pozvao ni na jednu zakonsku odredbu koja se odnosi na ublažavanje kazne. U jednom od ta dva predmeta prvostepeni sud u obrazloženju presude nije izričito naveo ni da je utvrdio postojanje naročito olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. U drugom od ta dva predmeta, iznesen je ipak zaključak prvostepenog suda da utvrđene olakšavajuće okolnosti, uz odsustvo otežavajućih okolnosti, predstavljaju osobito olakšavajuće okolnosti usljed kojih su ispunjeni uvjeti za ublažavanje kazne, te je takvo obrazloženje u skladu sa izrekom presude.

U devet predmeta u kojima se sud i u obrazloženju presude pozvao na odredbu člana 50. tačka b) KZ FBiH kao osnov za ublažavanje kazne (dakle, istovjetno kao u izreci), sud je zaključak o postojanju tog osnova za ublažavanje kazne izveo iz ocjene utvrđenih olakšavajućih okolnosti. Pri tome, u jednom od tih devet predmeta, sud je nabrojao olakšavajuće okolnosti koje je cijenio na strani optuženog ali nije dao ocjenu da te olakšavajuće okolnosti predstavljaju naročito olakšavajuću okolnost u smislu člana 50. tačka b) KZ FBiH. Samo u jednom od navedenih devet predmeta u kojima je ublažavanje zakonom propisane kazne učinjeno s pozivom na član 50. tačka b) KZ FBiH sud se određeno opredijelio za jednu olakšavajuću okolnost kao osobito olakšavajuću okolnost (smanjena uračunljivost optuženog).

U tri od devet predmeta u kojima se prvostepeni sud u izreci presude pozvao samo na član 50. KZ FBiH, sud se i u obrazloženju presude pozvao samo na tu zakonsku odredbu. U obrazloženjima tih presuda sud je u dva predmeta zaključio da utvrđene olakšavajuće okolnosti imaju karakter osobito olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja, što ukazuje da je osnov za ublažavanje kazne optuženima bila odredba člana 50. tačka b) KZ FBiH. Međutim, u jednom od ta tri predmeta prvostepeni sud je u obrazloženju presude samo nabrojao olakšavajuće okolnosti koje je utvrdio na strani optuženog, ali ih nije ocijenio kao naročito olakšavajuće okolnosti iako se pozvao na član 50. KZ FBiH i iako je optuženom izrekao ublaženu kaznu. U jednom od devet predmeta u kojima se sud u izreci pozvao samo na član 50. KZ FBiH, sud se u obrazloženju presude pozvao na odredbu člana 50. tačka b) KZ FBiH kao osnov za izvršeno ublažavanje kazne ali je u obrazloženju, nakon nabrajanja olakšavajućih okolnosti na strani optuženog, izostala ocjena suda da se radi o naročito olakšavajućim okolnostima koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. U preostalih pet od devet predmeta u kojima se prvostepeni sud u izreci presude pozvao samo na član 50. KZ FBiH kao osnov za ublažavanje kazne, sud se u obrazloženju presude nije pozvao ni na jednu zakonsku odredbu kao osnov za ublažavanje kazne. Samo u jednom od tih pet predmeta prvostepeni sud je utvrđene olakšavajuće okolnosti na strani optuženog ocijenio u njihovoj ukupnosti kao osobito olakšavajuće okolnosti što bi ukazivalo na osnov za ublažavanje kazne iz člana 50. tačka b) KZ FBiH. Međutim, u četiri od tih pet predmeta prvostepeni sud se u obrazloženju presude ograničio samo na navođenje olakšavajućih okolnosti na strani optuženog ali, iako je optuženima izrečena ublažena kazna, sud u obrazloženju presude nije konstatovao da utvrđene olakšavajuće okolnosti u svojoj ukupnosti čine naročito olakšavajuću okolnost koja, u smislu član 50. tačka b) KZ FBiH, ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. U jednom od tih predmeta radilo se o pokušaju krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH u vezi sa članom 28. istog zakona, ali prvostepeni sud ni tu okolnost nije označio u obrazloženju presude kao osnov za ublažavanje kazne.

U predmetu u kojem se sud u izreci presude pozvao na član 50. stav 2. KZ FBiH kao osnov za ublažavanje kazne, u obrazloženju presude sud se nije pozvao ni na jednu zakonsku odredbu koja ovlašćuje sud da izvrši ublažavanje kazne. Iako je tom presudom svim petero optuženih, koji su oglašeni krivim za krivično djelo Organizirani kriminal iz člana 342. stav 2. KZ FBiH u vezi

sa, između ostalog, krivičnim djelom Razbojništvo iz člana 289. stav 2. u vezi stava 1. KZ FBiH, izrečena ublažena kazna zatvora, prvostepeni sud je u obrazloženju svoje presude samo u odnosu na jednog optuženog konstatovao postojanje naročito olakšavajuće okolnosti (razotkrivanje ostalih članova grupe za organizirani kriminal), dok je u odnosu na ostale optužene utvrdio samo postojanje olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.

Dakle, samo u dva predmeta prvostepeni sudovi su u obrazloženju presude određenoj okolnosti pripisali karakter naročito olakšavajuće okolnosti (u jednom - učinjenje djela u stanju smanjene uračunljivosti, u drugom - razotkrivanje ostalih članova grupe od strane organizatora grupe za organizirani kriminal). U svim ostalim slučajevima gdje je sud izvršio ublažavanje zakonom propisane kazne na osnovu člana 50. tačka b) KZ FBiH odnosno u kojima se iz sadržine obrazloženja može zaključiti da je ublažavanje izvršeno po tom zakonskom osnovu, prvostepeni sud je u obrazloženju odluke o kazni navodio utvrđene olakšavajuće okolnosti, pa, potom, u određenom broju slučajeva, zaključio da one imaju karakter naročito olakšavajućih okolnosti odnosno osobito olakšavajućih okolnosti, a u određenom broju slučajeva i takav zaključak je izostao.

U obrazloženjima analiziranih presuda pri navođenju razloga za utvrđivanje ili izricanje ublažene kazne zatvora za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, prvostepeni sudovi su se pozvali na ukupno 26 različitih olakšavajućih okolnosti: ranija neosuđivanost optuženog, priznanje krivnje, mladost odnosno relativna mladost optuženog, kajanje, obećanje optuženog da više neće činiti krivična djela, korektno vladanje na glavnom pretresu, životno neiskustvo, teške materijalne prilike, teške porodične prilike, trenutni boravak na izdržavanju kazne zatvora gdje je radno angažovan i prihvata sve vidove resocijalizacije i želi da nakon kazne vodi normalan život, nastupanje manje štetne posljedice, nečinjenje krivičnih djela od učinjenja predmetnog krivičnog djela do osude, nezaposlenost, bračni status, roditeljstvo nad maloljetnom djecom, izvinjenje oštećenom, spremnost na saradnju tokom krivičnog postupka, okolnost da se oštećeni ne pridružuje krivičnom gonjenju i ne postavlja imovinskopravni zahtjev, nepovoljne porodične prilike u kojima je optuženi odrastao i živi, izostanak bilo kakvih štetnih posljedica, okolnost da je optuženi istaknuti sportista, okolnost da optuženi živi sa nezaposlenim roditeljima, teško zdravstveno stanje oca optuženog, nečinjenje krivičnih djela u određenom vremenskom periodu (od posljednje osude), narušeno zdravstveno stanje.

U većini predmeta u kojima je ublažavanje kazne optuženom obrazloženo iznošenjem utvrđenih olakšavajućih okolnosti na strani optuženog, radilo se o navođenju većeg broja olakšavajućih okolnosti. U dva predmeta u obrazloženju presude je kao osnov za ublažavanje kazne navedena jedna olakšavajuća okolnost (ne naročito olakšavajuća okolnost nego samo olakšavajuća okolnost), u četiri predmeta zakonom propisana kazna je ublažena na osnovu utvrđene dvije olakšavajuće okolnosti, u šest predmeta na osnovu utvrđene tri olakšavajuće okolnosti, a u 12 predmeta na osnovu utvrđenih četiri ili više olakšavajućih okolnosti.

Kada je riječ o predmetima u kojima se iz obrazloženja prvostepenih presuda može zaključiti, neovisno od toga da li se sud pozvao na tu zakonsku odredbu, da je ublažavanje kazne učinjeno na osnovu člana 50. tačka b) KZ FBiH a u kojima prvostepeni sud nijednu od utvrđenih olakšavajućih okolnosti nije, samu za sebe, ocijenio kao naročito olakšavajuću okolnost, prvostepeni sud je u pet predmeta ublažavanje kazne obrazložio navodom da utvrđene olakšavajuće okolnosti u svojoj ukupnosti čine naročito olakšavajuću okolnost koja ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja, u 10 takvih predmeta prvostepeni sud je nakon nabrajanja okolnosti koje je izričito ocijenio kao olakšavajuće okolnosti u nastavku obrazloženja samo konstatovao da one čine naročito olakšavajuću okolnost ili naročito olakšavajuće okolnosti, a u pet predmeta prvostepeni sud, nakon nabrajanja utvrđenih olakšavajućih okolnosti, uopšte ih nije ocijenio ni pojedinačno ni u njihovoj ukupnosti kao naročito olakšavajuće okolnosti.

II.5. Subjekti i osnovi žalbi izjavljenih protiv prvostepenih presuda.

Od 24 pravosnažno okončana predmeta u kojima je izvršeno ublažavanje kazne optuženima za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, u 11 predmeta žalbe protiv prvostepenih presuda izjavili su i tužitelj i branitelj odnosno optuženi. U dva predmeta žalbu protiv prvostepene presude izjavio je samo tužitelj i to u jednom od tih predmeta samo zbog odluke o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. U 11 preostalih predmeta žalbu protiv prvostepene presude je izjavio samo branitelj odnosno optuženi i to, u jednom od tih predmeta, samo zbog odluke o imovinskopravnom zahtjevu.

Kada je riječ o deset predmeta u kojima je prvostepenom presudom optuženom izrečena ili utvrđena (za pojedina krivična djela Razbojništvo iz člana 289.

stav 2. KZ FBiH učinjena u sticaju) kazna zatvora u trajanju od jedne godine, dakle, maksimalno ublažena kazna, tužitelj je izjavio žalbu protiv prvostepene presude u pet predmeta.

Od ukupno 24 predmeta u kojima je učiniteljima ili nekima od njih izrečena ili, za pojedina krivična djela učinjena u sticaju, utvrđena ublažena kazna, tužitelj je izjavio žalbu u ukupno 13 predmeta. U jednom od tih predmeta žalba je bila izjavljena zbog odluke o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, a u drugom, između ostalog, i zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji ali ne u odnosu na učinitelja kojemu je izrečena ublažena kazna zatvora za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH. U preostalih 11 ili u 45,83% predmeta tužitelj je prvostepenu presudu pobijao zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji.

U 11 pomenutih predmeta, tužitelj je u šest predmeta žalbom pobijao prvostepenu presudu tvrdnjom da je izrečena kazna preblaga ali bez osporavanja same odluke suda da izvrši ublažavanje kazne. U pet predmeta tužitelj je u žalbi tvrdio da je prvostepeni sud pogrešno ocijenio da postoje (naročito) olakšavajuće okolnosti koje opravdavaju ublažavanje kazne.

Nijedna žalba tužitelja nije bila izjavljena zbog povrede krivičnog zakona iz člana 313. tačka e) ZKP FBiH tj. zbog toga što je sud odlukom o kazni prekoračio ovlaštenje koje ima po zakonu.

II.6. Odluke Vrhovnog suda FBiH o izjavljenim žalbama.

Od 24 predmeta u kojima je izvršeno ublažavanje kazne optuženima za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, u 18 predmeta (75%) presudom Vrhovnog suda FBiH su žalbe odbijene kao neosnovane i prvostepena presuda potvrđena. U jednom predmetu žalbe branitelja i optuženog su odbijene kao neosnovane a povodom žalbi, po službenoj dužnosti, prvostepena presuda je preinačena u pravnoj ocjeni jednog od tri krivična djela za koja je optuženi oglašen krivim.

Samo u jednom od 24 predmeta ili 4,16% predmeta u kojima su prvostepenom presudom optuženima bile izrečene ublažene kazne zatvora, Vrhovni sud FBiH je djelimično uvažio žalbe branitelja i prvostepenu presudu preinačio u odluci o kazni tako što je, uz primjenu člana 50. tačka b) KZ FBiH, optužene, koji su bili osuđeni na kazne zatvora u trajanju od četiri godine i šest mjeseci odnosno tri godine i šest mjeseci, osudio na kazne zatvora u trajanju od tri

godine i deset mjeseci odnosno dvije godine i osam mjeseci. Radilo se o slučaju u kojem su dvojica optuženih oglašeni krivim za oduzimanje uposlenici, uz prijetnju nožem, pazara kladionice u iznosu od 487,00 KM, te novčanika u kojem se nalazilo oko 20,00 KM i lični dokumenti. Izricanje kazni zatvora u kraćem trajanju, Vrhovni sud FBiH je obrazložio ocjenom da utvrđene olakšavajuće okolnosti nisu u dovoljnoj mjeri došle do izražaja, da prvostepeni sud nije cijenio mladost optuženih pri čemu se ukazalo na mladu životnu dob samo jednog optuženog (23 godine) te da je prvostepeni sud pravilno raniju osuđivanost optuženih cijenio kao otežavajuću okolnost ali je nije pravilno vrednovao jer se ne radi o osudama za istovrsno krivično djelo.

Nadalje, u jednom od navedenih 24 predmeta, Vrhovni sud FBiH je djelimično uvažio žalbe branitelja tako što je u odnosu na pojedina krivična djela prvostepenu presudu ukinuo i predmet, u tom dijelu, vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje, ali je u odnosu na ostala krivična djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, žalbe odbrane, pa i zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji, odbio kao neosnovane, a uvažio žalbu tužitelja i prvostepenu presudu preinačio u odluci o kazni tako što je optuženom utvrdio kazne zatvora u dužem trajanju. Utvrđenje kazni zatvora u dužem trajanju, Vrhovni sud FBiH je obrazložio time što je prvostepeni sud propustio cijeniti posljedice koje su pretrpjeli oštećeni u ovom krivičnom predmetu jer je jedna osoba povrijeđena a neke su usljed pretrpljenog straha napustile posao, te raniju osuđivanost optuženog i okolnost da su krivična djela učinjena u kratkom vremenskom periodu i u kontinuitetu.

U tri od 24 analizirana predmeta (12,50%), presudom Vrhovnog suda FBiH odbijene su žalbe branitelja kao neosnovane, a djelimično su uvažene žalbe tužitelja te su prvostepene presude preinačena u odluci o krivičnoj sankciji. Izricanje kazne zatvora u dužem trajanju je u jednoj od tih presuda Vrhovnog suda FBiH obrazloženo osnovanošću žalbenih navoda tužitelja da prvostepeni sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio raniju osuđivanost optuženih i okolnost da je jedan od njih predmetno krivično djelo učinio tokom vremena provjeravanja utvrđenog ranije izrečenom uvjetnom osudom, te pogrešnom ocjenom od strane prvostepenog suda kajanja optuženih kao olakšavajućih okolnosti jer to navodno kajanje nije ničim materijalizirano. U drugom od ta tri predmeta Vrhovni sud FBiH je u obrazloženju svoje presude naveo da se osnovano u žalbi tužiteljice ističe da prvostepeni sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio količinu i oblike prinude upotrijebljene od strane optuženog prema oštećenoj uz napomenu da se težina učinjenog krivičnog djela razbojništva ne može

vrednovati samo s obzirom na visinu pribavljene imovinske koristi nego i s obzirom na posljedice prouzrokovane prinudom i prijetnjom. U trećem predmetu, obrazloženje Vrhovnog suda FBiH je bilo da je prvostepeni sud dao prevelik značaj utvrđenim olakšavajućim okolnostima a da nije dao adekvatan značaj ranijoj osuđivanosti optuženog pa i za isto krivično djelo.

Od pet predmeta u kojima je tužitelj izjavio žalbu protiv prvostepene presude kojom je optuženom bila izrečena ili utvrđena maksimalno ublažena kazna zatvora u trajanju od jedne godine, presudom Vrhovnog suda FBiH te su žalbe u tri predmeta odbijene kao neosnovane a u dva predmeta su žalbe uvažene, prvostepene presude preinačene i optuženima izrečene kazne zatvora u dužem trajanju ali i dalje ublažene kazne zatvora.

Od pet predmeta u kojima je tužitelj u žalbi tvrdio da je prvostepeni sud pogrešno ocijenio da postoje (naročito) olakšavajuće okolnosti koje opravdavaju ublažavanje kazne, Vrhovni sud FBiH je u tri predmeta svojom presudom preinačio prvostepenu presudu osudivši optužene na kazne zatvora u dužem trajanju od kazni koje su im izrečene prvostepenom presudom ali su i kazne izrečene presudom Vrhovnog suda FBiH bile ispod posebnog zakonskog minimuma kazne propisane za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH.

Prema tome, odlučujući o žalbama tužitelja izjavljenim protiv prvostepenih presuda kojima su optuženima za krivična djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH bile izrečene odnosno utvrđene ublažene kazne zatvora, Vrhovni sud FBiH, iako je u određenom broju slučajeva uvažio te žalbe, ni u jednom slučaju nije svojom presudom izrekao optuženom kaznu koja bi bila u okviru zakonom propisane kazne za to krivično djelo.

U jedinom od 25 analiziranih predmeta u kojem prvostepeni sud nije optuženom izrekao ublaženu kaznu (optuženom je izrečena kazna zatvora u trajanju od pet godina) i u kojem tužitelj nije izjavio žalbu protiv prvostepene presude, Vrhovni sud FBiH je odbio kao neosnovanu žalbu branitelja optuženog i potvrdio prvostepenu presudu ocijenivši da je prvostepeni sud, s obzirom na okolnosti koje utiču da kazna bude veća ili manja, pravilno odmjerio kaznu. Tako su okrivljenom kao olakšavajuće okolnosti cijenjene njegove porodične prilike budući da je bio oženjen i otac jednog maloljetnog djeteta, te da je u ponovljenom postupku u cijelosti priznao radnje izvršenja i krivično djelo za koje se teretio. Kao otežavajuće okolnosti optuženom je

cijenjeno to što je više puta osuđivan za različita krivična djela te da je nakon predmetnog krivičnog djela učinio isto krivično djelo a da je pri izvršenju tog krivičnog djela učinio i krivično djelo Sprečavanje službene osobe u obavljanju službene radnje iz člana 358. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH.

III. Analiza rezultata istraživanja prakse sudova u FBiH

III.1. Reprezentativnost uzorka.

Prije analiza podataka dobivenih obavljenim istraživanjem i donošenja zaključaka neophodno je osvrnuti se na reprezentativnost analiziranog uzorka i njegovu pogodnost da pruži relevantne podatke potrebne za ocjenu prakse kažnjavanja sudova u Federaciji učinitelja kvalificiranih oblika krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH.

Istraživanjem je bilo obuhvaćeno ukupno 25 predmeta koji su se odnosili na krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH u kojima su tokom 2018. godine u Vrhovnom sudu FBiH donesene pravosnažne presude i optuženima izrečene kazne.

Iako sam po sebi nije veliki, uzorak od 25 pravosnažno okončanih predmeta omogućio je sagledavanje prakse kažnjavanja sudova u Federaciji BiH. Prikupljeni podaci odnosili su se ne samo na dužinu trajanja izrečenih kazni zatvora nego i na strukturu učinjenih krivičnih djela (prije svega, stvarnu težinu) i njihovih učinitelja (prije svega, da li se radi o specijalnim povratnicima ili ne), osnove i mjere ublažavanja zakonom propisane kazne, usklađenost samog procesa izricanja ublažene kazne zatvora sa relevantnim zakonskim odredbama, način na koji su sudovi obrazlagali izvršeno ublažavanje kazne, te stav stranaka o pravilnosti odluke prvostepenog suda da se izvrši ublažavanje kazne.

O reprezentativnosti istraživanog uzorka govori i podatak da se u 25 analiziranih predmeta radilo o prvostepenim presudama donijetim od strane osam od ukupno deset kantonalnih sudova u FBiH tako da je bio zadovoljen kriterij teritorijalne zastupljenosti. U istraživanom uzorku nije bilo samo presuda Kantonalnog suda u Odžaku i Kantonalnog suda u Goraždu.

Kada je riječ o starosti predmeta odnosno vremenskom periodu iz kojeg potiču analizirane presude, 18 prvostepenih presuda je donijeto tokom 2017. godine,

a sedam tokom 2018. godine. Usljed toga, zaključci koji se izvode iz analize obavljenog istraživanja moraju se ograničiti na recentnu sudsku praksu.

III.2. Ublažavanje kazne kao pravilo.

Početni podatak dobiven obavljenim istraživanjem da je u 24 od ukupno 25 predmeta u kojima je u toku 2018. godine u Vrhovnom sudu FBiH donesena pravosnažna presuda kojom je, optuženima izrečena ili, u slučaju sticaja krivičnih djela, utvrđena ublažena kazna zatvora za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, govori u prilog stava o blagom kažnjavanju učinitelja tog krivičnog djela od strane sudova u FBiH ako se kao osnov ocjene uzme zakonom propisana kazna za navedeno krivično djelo. Naime, za učinitelja kvalificiranog oblika krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH propisana je kazna zatvora najmanje pet godina pa je poseban maksimum kazne za ovo krivično djelo jednak opštem maksimumu kazne zatvora od 20 godina (član 43. stav 1. KZ FBiH). Izricanje ublažene kazne zatvora učiniteljima tih krivičnih djela u 96% pravosnažno okončanih predmeta nepobitno ukazuje na razilaženje stava sudova o primjerenosti kazne za učinitelje ovog krivičnog djela od stava zakonodavca izraženog u zakonom propisanoj kazni za ovo krivično djelo. Taj zaključak potvrđuje i podatak da je, kada je riječ o predmetima u kojima je optuženima za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH utvrđena ili izrečena ublažena kazna zatvora, koji su se odnosili na ukupno 37 optuženih osoba, ublažavanje kazne primijenjeno u odnosu na 35 optuženih osoba ili na njih 94,5%.

Na blagost, u navedenom kontekstu, sudskog kažnjavanja učinitelja krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH ukazuju i podaci o mjeri u kojoj su sudovi izricali odnosno utvrđivali optuženima ublažene kazne zatvora. Slijedom odredbe člana 51. stav 1. tačka b) KZ FBiH, prilikom ublažavanja kazne učinitelju ovog krivičnog djela sudu stoji na raspolaganju raspon kazne od jedne godine do četiri godine i 11 mjeseci. U analiziranim predmetima, izrečene ili utvrđene kazne za pojedina krivična djela učinjena u sticaju, za 30 optuženih osoba kretale su se u rasponu od jedne do tri godine. Od toga, u odnosu na 10 optuženih osoba prvostepeni sud je izrekao odnosno utvrdio maksimalno ublaženu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Samo za pet optuženih osoba ili za svega njih 14%, prilikom ublažavanja kazne izrečene su ili utvrđene pojedinačne kazne zatvora u trajanju preko tri godine.

Ti podaci, dovedeni u vezu sa činjenicom da su se analizirani predmeti odnosili na presude donesene od osam od ukupno deset kantonalnih sudova u FBiH,

omogućavaju pak donošenje zaključka o ujednačenoj praksi kažnjavanja učinitelja ovih krivičnih djela od strane sudova u FBiH, o njihovom, u pogledu toga, jednakom položaju pred sudovima u FBiH i o predvidljivosti pa, gotovo, i izvjesnosti težine kazne koju će sud izreći učinitelju.

III.3. Kompleksnost ocjene prakse kažnjavanja.

Zakonom propisana kazna za određeno krivično djelo je samo polazna osnova u procesu odmjeravanja kazne. Osim raspona kazne zakonom propisanog za određeno krivično djelo, sud je dužan, prilikom odmjeravanja kazne konkretnom učinitelju konkretnog krivičnog djela, imati u vidu svrhu kažnjavanja te uzeti u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti a naročito: stepen krivnje, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinitelja, njegove osobne prilike i njegovo ponašanje nakon učinjenog krivičnog djela, te druge okolnosti koje se odnose na osobu učinitelja (član 49. stav 1. KZ FBiH). Kada je riječ o krivičnim djelima učinjenim u povratu, sud je dužan uzeti u obzir i da li je ranije djelo iste vrste kao i novo djelo, jesu li oba djela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude ili od izdržane ili oproštene kazne (član 49. stav 2. KZ FBiH). Osim ove odredbe koja sadrži opća pravila za odmjeravanje kazne, KZ FBiH sadrži i odredbu o ublažavanju kazne kojom daje ovlaštenje sudu da učinitelju odmjeri kaznu ispod granice propisane zakonom u slučajevima kad zakon propisuje da se učinitelj može blaže kazniti (član 50. tačka a)) i kad sud utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (član 50. tačka b)). Stoga, praksu kažnjavanja učinitelja određenih krivičnih djela od strane sudova nije moguće posmatrati samo u odnosu na zakonom propisanu kaznu za određeno krivično djelo i odredbe o općim pravilima za odmjeravanje kazne nego i u vezi sa drugim zakonskim odredbama kojima su propisana ovlaštenja i dužnosti suda u postupku odmjeravanja kazne. Takve odredbe su i one o svrsi kažnjavanja (član 42. KZ FBiH) i svrsi krivičnopravnih sankcija (član 7. KZ FBiH).

Slijedom navedenog, ublažavanje učinitelju određenog krivičnog djela zakonom propisane kazne odnosno njeno odmjeravanje ispod granice propisane zakonom je ovlaštenje suda zasnovano na zakonu. Institut ublažavanje kazne upravo i postoji da bi se zakonom propisane kazne pri čijem je određivanju zakonodavac imao u vidu apstraktnu težinu tog krivičnog djela, mogle prilagoditi konkretnom učinitelju i konkretnom učinjenom krivičnom djelu. Polazeći od sadržine zakonskih odredbi o ublažavanju kazne, očito je da

su sudovi u analiziranim predmetima u kojima su izvršili ublažavanje zakonom propisane kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH smatrali da postoje uvjeti za ublažavanje zakonom propisane kazne, te da će se i ublaženom kaznom postići svrha kažnjavanja pa da su stoga iskoristili svoje ovlaštenje da učinitelju ublaže zakonom propisanu kaznu. U tom smislu može se reći da su presude u analiziranim predmetima u kojima je izvršeno ublažavanje kazne učiniteljima navedenog krivičnog djela u skladu sa KZ FBiH. Uostalom, ni u jednom od analiziranih predmeta tužitelj nije podnio žalbu zbog povrede krivičnog zakona iz člana 313. tačka e) ZKP FBiH tj. nije tvrdio da je prvostepeni sud izricanjem optuženima ublažene kazne zatvora prekoračio ovlaštenje koje ima po zakonu.

Međutim, iako je zakonodavac ovlastio sud da u slučajevima kada su za to ispunjeni zakonom propisani uvjeti ublaži zakonom propisanu kaznu za odnosno krivično djelo i optuženom izrekne kaznu ispod granice propisane zakonom, iz same činjenice da su za ublažavanje kazne propisani striktni uvjeti jasno proizilazi stav zakonodavca da je ublažavanje kazne izuzetak a ne pravilo, odnosno da se učiniteljima u pravilu kazna ima odmjeriti u okviru zakonom propisane kazne za odnosno krivično djelo. Podaci dobiveni obavljenim istraživanjem ukazuju na suprotnu praksu sudova u FBiH. Ublažavanje kazne učiniteljima krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH je pravilo a izuzetak, i to vrlo rijedak, izricanje kazne u zakonom propisanom okviru.

To u daljem istovremeno otvara tri pitanja: da li se analizirani predmeti odnose na krivična djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH koja su, u konkretnom ostvarenju, s obzirom na svoju težinu i karakteristike učinitelja, poprimila lakši oblik od onog koji je imao u vidu zakonodavac prilikom propisivanja kazne ili sudovi olako pribjegavaju institutu ublažavanja kazne sa čime se, manje ili više, saglašavaju i tužitelji i ne osporavaju žalbama prvostepene presude u kojima je izrečena ublažena kazna zatvora ili je takva praksa sudova rezultat prestrogo propisane kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. u KZ FBiH.

III.3.1. Težina učinjenog krivičnog djela i lične karakteristike učinitelja.
U analiziranim predmetima, među krivičnim djelima Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, preovladavaju ona koja se u svom konkretnom ostvarenju mogu okarakterisati kao lakši pojavni oblici tog krivičnog djela. Na to, na primjer, ukazuju podaci o visini pribavljene imovinske koristi u tim

predmetima. U tri predmeta radilo se o pokušaju krivičnog djela pa imovinska korist nije ni pribavljena, u tri predmeta visina pribavljene imovinske koristi nije tačno utvrđena, u šest predmeta ona nije prelazila iznos od 500,00 KM, u pet predmeta je ona iznosila između 500,00 i 1.000,00 KM, u četiri predmeta je bila između 1.000,00 KM i 3.000,00 KM, a u jednom predmetu između 3.000,00 i 10.000,00 KM. Samo u dva predmeta visina pribavljene protivpravne imovinske koristi iznosila je preko 100.000,00 KM. U jednom od njih učiniteljima je izrečena ublažena kazna zatvora i to presudom koja je donijeta na osnovu sporazuma o priznanju krivnje. U drugom od ta dva predmeta, u kojem su za učinjenje navedenog krivičnog djela oglašeni krivima tri optužene osobe, ublažena kazna zatvora je izrečena samo jednoj optuženoj osobi, a tužitelj nije izjavio žalbu zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji u odnosu na tu osobu.

Za ocjenu da je riječ o lakšim pojavnim oblicima ovog krivičnog djela, a s obzirom da su njegov objekt zaštite i imovina i život i tijelo ljudi, značajan je i podatak da je samo u 50 % analiziranih predmeta, u kojima je optuženom utvrđena ili izrečena ublažena kazna zatvora, učinitelj prilikom učinjenja djela uz prijetnju upotrebe oružja ili opasnog oruđa i upotrijebio silu protiv neke osobe, pri čemu se upotrijebljena sila nije sastojala uvijek u upotrebi oružja ili opasnog oruđa kojim je optuženi prijetio nego u upotrebi fizičke snage.

Budući da se, u pretežnom dijelu radilo o krivičnim djelima koja su u svojoj konkretnoj realizaciji poprimila lakši vid, ublažavanje zakonom propisane kazne je moglo imati opravdanje, ali su prvostepeni sudovi samo u šest predmeta odsustvo ili manji obim štetne posljedice (u pogledu pribavljanja protivpravne imovinske koristi) cijenili kao olakšavajuću okolnost dok ni u jednom predmetu tu okolnost nisu ocijenili, samu za sebe, kao naročito olakšavajuću okolnost.

Za razliku od okolnosti koji se tiču stvarne težine učinjenih krivičnih djela i koja je faktički došla do izražaja u procesu odmjeravanja kazne optuženima iako je vrlo rijetko označena kao olakšavajuća okolnost a ni u jednom slučaju kao naročito olakšavajuća okolnost, ranija osuđivanost optuženih i to, u 14 predmeta za istovrsna krivična djela, i u slučajevima kada je ocijenjena kao otežavajuća okolnost, nije spriječila sudove da optuženima izreknu ublažene kazne zatvora. Takvim stavom, koji je vjerovatno rezultat pretežnog značaja koji je dat konkretno ostvarenoj težini krivičnog djela, u formalnopravnom smislu dovodi se u pitanje sistem opšteg dijela krivičnog prava. Naime, i pored

okolnosti koja ukazuje na pojačanu kriminalnu volju optuženog – ranija a u nekim slučajevima i višestruka osuđivanost za isto ili istovrsno krivično djelo izvršeno je ublažavanje kazne optuženima. Može se reći da je takva praksa u suprotnosti sa odredbom člana 49. stav 2. KZ FBiH, koja se odnosi na kažnjavanje u slučaju povrata, a objektivno dovodi u pitanje ocjenu sudova da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

III.3.2. (Ne)kritičnost sudova pri izricanju ublažene kazne.

To dalje nameće pitanje da li su se sudovi olako odlučivali na ublažavanje kazne optuženima. Imajući u vidu strukturu krivičnih djela na koja su se odnosili analizirani predmeti i sudeći po broju žalbi izjavljenih zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji od strane tužitelja te broju uvaženih žalbi tužitelja od strane Vrhovnog suda FBiH, ne bi se mogao donijeti takav zaključak izuzev ukoliko bi se takav zaključak donio i u pogledu prakse kažnjavanja učinitelja ovog krivičnog djela od strane Vrhovnog suda FBiH. Međutim, takvu ocjenu za praksu Vrhovnog suda FBiH je teško dati. Kao što su to pokazali podaci koji se odnose na broj izjavljenih žalbi tužitelja zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji, u velikom broju slučajeva, zbog izostanka te žalbe, bila je isključena svaka mogućnost intervencije Vrhovnog suda FBiH u pravcu preinačenja odluke o krivičnopravnoj sankciji u prvostepenoj presudi na štetu optuženog. Usljed toga, a zbog potrebe za osiguranjem ujednačenog položaja optuženih za navedeno krivično djelo pred sudovima u FBiH, realno su ograničene mogućnosti takve intervencije Vrhovnog suda FBiH i u slučajevima kada je tužitelj izjavio žalbu.

Ali, rezultati istraživanja omogućavaju donošenje zaključka o olakom pristupu procesu ublažavanja kazne optuženima za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH. Naime, ZKP FBiH propisuje da će u presudi kojom se optuženi oglašava krivim, sud izreći, između ostalog, zakonski naziv krivičnog djela i koje su odredbe krivičnog zakona primijenjene (član 300. stav 1. tačka b) ZKP FBiH). U sudskoj praksi i u krivičnoprocesnoj literaturi se smatra da ta obaveza obuhvata i navođenje odredaba krivičnog zakona koje su primijenjene u procesu odmjeravanja odnosno ublažavanja kazne.[3] U analiziranim predmetima, sud se u izreci čak 11 prvostepenih presuda (ili 45,83% od ukupno anliziranih presuda) nije određeno pozvao na zakonsku odredbu na osnovu koje je izvršio ublažavanje kazne.

[3] Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić M., Jurčević M., Kaurinović D., Simović M., Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Zajednički projekt Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005., str. 736.

Nadalje, iako ZKP FBiH izričito propisuje da će sud u pismeno izrađenoj presudi posebno obrazložiti kojim se razlozima rukovodio pri odluci da kaznu treba ublažiti (član 305. stav 8. ZKP FBiH), sud se u 12 od analiziranih 24 predmeta (ili njih 50%), u obrazloženju presude nije određeno pozvao na zakonski osnov za ublažavanje kazne.

Takav, može se reći, olak pristup procesu ublažavanja kazne ilustruju i podaci koji se odnose na obrazloženja presuda u kojima je ublažavanje kazne izvršeno na osnovu člana 50. tačka b) KZ FBiH, bez obzira da li se sud u obrazloženju presude izričito pozvao na tu zakonsku odredbu.

Na primjer, u dva predmeta sud je određeno naveo okolnost koju smatra naročito olakšavajućom okolnošću: učinjenje krivičnog djela u stanju smanjene uračunljivosti i razotkrivanje članova grupe za organizirani kriminal od strane organizatora grupe. Međutim, ocjenjivanje ovih okolnosti, samih po sebi, kao naročito olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja je u suprotnosti sa odredbama KZ FBiH. KZ FBiH bitno smanjenu uračunljivost određuje kao fakultativnu ublažavajuću okolnost (član 36. stav 2. KZ FBiH) pa je dodjeljivanje takvog značaja smanjenoj uračunljivosti, samoj po sebi, suprotno stavu zakonodavca o značaju smanjene uračunljivosti za odmjeravanje kazne prećutno izraženom kroz izričito vezivanje mogućnosti blažeg kažnjavanja uz bitno smanjenu uračunljivost. S druge strane, KZ FBiH u članu 342. stav 5. (Organizirani kriminal) propisuje da pripadnik grupe za organizirani kriminal iz stava 1. do 4. tog člana (stav 3. se odnosi na organizatora grupe za organizirani kriminal), koji tu grupu otkrije se može osloboditi od kazne. Slijedom odredbe člana 52. stav 2. KZ FBiH (Oslobođenje od kazne), postojanje okolnosti iz člana 342. stav 5. KZ FBiH predstavlja u stvari osnov za ublažavanje kazne izričito predviđen u zakonu.

Nadalje, u samo pet predmeta u kojima je ublažavanje kazne izvršeno na osnovu člana 50. tačka b) KZ FBiH sud je nakon što je nabrojao olakšavajuće okolnosti konstatovao da one u svojoj ukupnosti čine naročito olakšavajuću okolnost koja ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Međutim, u 10 takvih predmeta prvostepeni sud je, nakon što je nabrojao olakšavajuće okolnosti, u nastavku samo konstatovao da iste te okolnosti čine naročito olakšavajuću okolnost, a u pet predmeta, prvostepeni sud, nakon nabrajanja utvrđenih olakšavajućih okolnosti, uopšte ih nije

ocijenio ni pojedinačno ni u njihovoj ukupnosti kao naročito olakšavajuće okolnosti.

Očigledan je, dakle, dosta ležeran pristup prvostepenih sudova pri iznošenju razloga za izvršeno ublažavanje kazne. S obzirom na stav Vrhovnog suda FBiH da propust suda da iznese zakonski osnov za ublažavanje kazne i razloge kojima se rukovodio pri donošenju zaključka da kaznu treba ublažiti predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH,[4] očito je da presude u mnogim od analiziranih predmeta nisu ukinute samo zbog toga što izjavljenim žalbama nije ukazivano na navedenu bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

III.3.3. Adekvatnost zakonom propisane kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH.

Okolnost da je, prema rezultatima istraživanja, ublažavanje kazne učiniteljima krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH pravilo a ne izuzetak nameće i postavljanje pitanja da li takva praksa kažnjavanja u FBiH

[4] U rješenju broj 09 0 K 027857 17 Kž 4 od 13.09.2017. godine Vrhovni sud FBiH je naveo: Iz izreke i obrazloženja pobijane presude proizilazi da je kazna optuženom izrečena uz primjenu člana 50. KZ FBiH. Ova zakonska odredba odnosi se na ublažavanje kazne i propisuje da sud može učinitelju odmjeriti kaznu ispod granice propisane zakonom kad zakon propisuje da se učinitelj može blaže kazniti (član 50. tačka a) KZ FBiH) i kad sud utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (član 50. tačka b) KZ FBiH). Ni u izreci ni u obrazloženju pobijane presude prvostepeni sud ne navodi po kojem od ovih zakonskih osnova je optuženom izrečena ublažena kazna tj. da li po osnovu iz člana 50. tačka a) ili po osnovu iz člana 50. tačka b) KZ FBiH. U obrazloženju pobijane presude sud navodi samo otežavajuće i olakšavajuće okolnosti koje je cijenio optuženom prilikom odmjeravanja kazne. S obzirom na zakonske osnove iz člana 50. KZ FBiH za ublažavanje kazne, očito je da navodi prvostepenog suda koji se odnose na utvrđene otežavajuće i olakšavajuće okolnosti ne predstavljaju obrazloženje odluke o ublažavanju kazne. S druge strane, odredbom člana 305. stav 8. ZKP FBiH izričito je propisano da će sud u pismeno izrađenoj presudi posebno obrazložiti kojim se razlozima rukovodio pri odluci da kaznu treba ublažiti. S obzirom da prvostepena presuda ne sadrži razloge koji se tiču zakonskih osnova za ublažavanje kazne (postojanje jednog od zakonom izričito propisanih osnova za ublažavanje kazne ili postojanje naročito olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja) a optuženom je izrečena ublažena kazna zatvora, očito je da pobijana presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama. Stoga se osnovano žalbom kantonalne tužiteljice iz S., prvostepena presuda pobija zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH."

ukazuje da je zakonom propisana kazna za to krivično djelo prestroga odnosno, prije svega, da je previsok posebni zakonski minimum kazne za ovo krivično djelo. KZ FBiH propisuje naime da će se učinitelj krivičnog djela Razbojništva iz člana 289. stav 2. KZ FBiH kazniti kaznom zatvora najmanje pet godina ako je krivičnim djelom iz stava 1. tog člana neka osoba s umišljajem teško tjelesno ozlijeđena ili je to krivično djelo učinjeno u sastavu grupe ljudi ili ako je upotrijebljeno oružje ili opasno oruđe. Radi se, dakle, o istom posebnom minimumu kazne koji je propisan, na primjer, za krivično djelo Ubistvo iz člana 166. stav 1. KZ FBiH ili za krivično djelo Učestvovanje u samoubistvu iz člana 170. stav 3. KZ FBiH kada je ono učinjeno prema djetetu ili prema osobi koja nije mogla shvatiti značaj svog djela ili upravljati svojim postupcima. Upoređujući apstraktnu težinu tih krivičnih djela sa apstraktnom težinom krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, kod kojeg je kvalifikatorna okolnost kada je u pitanju tijelo ljudi kao objekt zaštite nanošenje teške tjelesne ozljede, očito je da se posebni zakonski minimum kazne od pet godina ukazuje previsoko odmjerenim. Takva ocjena ostaje i kada se ima u vidu da se kod krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH ne radi samo o nanošenju teške tjelesne ozljede s umišljajem nego i njenom nanošenju pri oduzimanju tuđe pokretnine s ciljem da se njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protupravna imovinska korist. Kazne koje su u zakonu propisane za osnovni oblik krivičnog djela Krađa iz člana 286. stav 1. KZ FBiH (novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine) ili za krivično djelo Teška krađa iz člana 287. stav 1. i 2. KZ FBiH (kazna zatvora od 6 mjeseci do pet godina), takođe ukazuju da je previsok u zakonu propisani posebni minimum kazne za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH. S obzirom na navedeno, te praksu kažnjavanja sudova u FBiH za navedeno krivično djelo, evidentno je da bi trebalo razmotriti mogućnost sniženja posebnog zakonskog minimuma kazne za navedeno krivično djelo.

III.4. Priroda okolnosti na osnovu kojih je izvršeno ublažavanje kazne.

Sa aspekta ocjene opravdanosti primjene instituta ublažavanja kazne, neophodno je izvršiti i osvrt na prirodu i sadržinu olakšavajućih okolnosti kojima se u presudama za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH dodjeljuje karakter naročito olakšavajućih okolnosti.

Već je ranije navedeno da su sudovi samo u dva od 24 analizirana predmeta tačno određenoj okolnosti pripisali karakter naročito olakšavajuće okolnosti koja ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja i

da je, iz navedenih razloga, upitno dodjeljivanje tim konkretnim okolnostima karaktera naročito olakšavajuće okolnosti koja ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

Nadalje, sudovi su samo u pet predmeta u obrazloženjima svoje presude naveli da utvrđene olakšavajuće okolnosti u svojoj ukupnosti čine naročito olakšavajuću okolnost koja ukazuje da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. U ostalim predmetima sudovi su samo prethodno utvrđene olakšavajuće okolnosti proglasili naročito olakšavajućim okolnostima ili nisu čak ni to učinili nego su faktički ublažavanje kazne izvršili na osnovu utvrđenih olakšavajućih okolnosti.

Pri iznošenju u obrazloženjima presuda koje su okolnosti optuženima cijenili kao olakšavajuće okolnosti sudovi su se ograničavali na njihovo prosto nabrajanje u obliku u kojem su se one manifestirale u stvarnosti (na primjer, mala pričinjena šteta, otac dvoje maloljetne djece, priznanje djela, neosuđivanost, itd.) bez njihovog podvođenja pod pojmove koje KZ FBiH u članu 49. stav 1. koristi pri propisivanju koje je okolnosti sud dužan uzeti u obzir pri odmjeravanju kazne optuženom (na primjer, jačina povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, stepen krivnje, raniji život učinitelja, ponašanje nakon učinjenog krivičnog djela, itd.).

Karakteristično je i da se u određenom broju predmeta zaključak o postojanju naročito olakšavajućih okolnosti zasnivao olakšavajućim okolnostima koje, da su u pitanju druga krivična djela, vrlo vjerovatno ne bi bile tako ocijenjene. Tako su, na primjer, u jednom predmetu kao naročito olakšavajuća okolnost cijenjene, u njihovoj ukupnosti, okolnosti da je optuženi relativno mlade životne dobi, da se korektno ponašao pred sudom (pri čemu se ne navodi konkretno u čemu se to ogledalo), da je lošeg imovnog stanja te njegove porodične prilike (bez konkretnog navođenja zašto one imaju karakter olakšavajuće okolnosti a uz navođenje, u ličnim podacima optuženog, da je neoženjen i bez djece), u drugom – mladost optuženog (25 godina) i imovno stanja (bez konkretnog navođenja o kakvom se imovnom stanju radi), u trećem – da se radi o osobi relativno mlađe životne dobi (25 godina), neosuđivanoj i koja se korektno držala pred sudom (bez bližeg određenja u čemu se ono sastojalo). U jednom predmetu je kao jedna od olakšavajućih okolnosti koja je dovela do ublažavanja kazne cijenjeno to što optuženi nemaju stalan izvor prihoda uz konstataciju da to zasigurno djeluje motivirajuće da čine djela protiv imovine.

IV. Zaključak

Suprotno intenciji zakonodavca da se kažnjavanje učinitelja krivičnih djela, u pravilu, kreće u okviru zakonom propisane kazne za određeno krivično djelo, pri kažnjavanju za kvalificirani oblik krivičnog djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, sudovi u FBiH, u pravilu, pribjegavaju izricanju učiniteljima ublažene kazne zatvora a ne zakonom propisane kazne za to krivično djelo. Takvu praksu primjenjuju svi sudovi u FBiH čije su prvostepene presude bile predmet preispitivanja u žalbenom postupku pred Vrhovnim sudom FBiH tokom 2018. godine. Osim toga, u većini tih presuda izrečene ili utvrđene kazne zatvora za ovo krivično djelo bile su bliže maksimalno ublaženoj kazni nego posebnom minimumu kazne propisane zakonom. U tom smislu, podaci dobiveni istraživanjem sudske prakse pokazuju ujednačenost i predvidljivost kazni koje se za ovo krivično djelo izriču ili utvrđuju učiniteljima pred kantonalnim sudovima u FBiH.

Intervencije Vrhovnog suda FBiH u žalbenom postupku, u pogledu odluke o izrečenoj kazni, odnosile su se svega na jednu četvrtinu tih predmeta i u svim tim slučajevima također je izrečena ublažena kazna zatvora.

Istraživanje je pokazalo da je većina krivičnih djela Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH, na koje su se odnosili analizirani predmeti, u svom konkretnom ostvarenju, s obzirom na jačinu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, predstavljala lakši vid ovog krivičnog djela. Stoga se ne može reći da se sudovi u FBiH olako odlučuju za ublažavanje kazne učiniteljima ovog krivičnog djela pogotovo kada se ima u vidu da kazna mora biti srazmjerna težini učinjenog krivičnog djela i cilju koji se želi njome postići. Na takav zaključak ukazuje i podatak da je u samo pet analiziranih predmeta tužitelj izjavio žalbu u kojoj je iznio tvrdnju da u konkretnom predmetu nije uopšte bilo mjesta ublažavanju kazne optuženom.

Međutim, pravilnosti takvog postupanja sudova dovodi u pitanje praksa izricanja ublažene kazne i višestrukim specijalnim povratnicima. Navedeno, kao i priroda i sadržina okolnosti koje se pri izricanju kazne učiniteljima ocjenjuju kao naročito olakšavajuće okolnosti, vodi zaključku o posebnoj praksi kažnjavanja za ova krivična djela, različitoj od one koja se primjenjuje za druga krivična djela.

Činjenica da je u 96% analiziranih predmeta izrečena ili utvrđena ublažena kazna zatvora ukazuje da viđenje sudova o kazni koja je srazmjerna ovom obliku krivičnog djela razbojništvo nije u skladu sa viđenjem zakonodavca.

Usljed toga, a imajući u vidu i da krivičnopravna prinuda i pri njenom propisivanju i pri primjeni se mora ograničiti na nužnu mjeru, te da se, bez zakonskog osnova, ne bi trebalo pri primjeni opštih instituta krivičnog prava postupati različito u odnosu na učinitelje različitih krivičnih djela, čini se nužnim preispitati zakonom propisanu kaznu za krivično djelo Razbojništvo iz člana 289. stav 2. KZ FBiH odnosno posebni zakonski minimum kazne zatvora za to krivično djelo. Time bi i dalje bio na raspolaganju visoki posebni maksimum kazne i široki raspon kazni koji bi omogućio adekvatno kažnjavanje učinitelja ovog krivičnog djela u slučajevima kada je ono u svom konkretnom ostvarenju poprimilo težak ili vrlo težak vid.

Na kraju, istraživanje je pokazalo da sudovi ne posvećuju dovoljno pažnje samom procesu izricanja ili utvrđivanja ublaženih kazni i obrazlaganju odluke o ublažavanju kazne. U značajnom broju predmeta prvostepeni sudovi su, suprotno zakonskoj obavezi, propustili u izreci presude određeno navesti zakonski osnov za ublažavanje kazne, te, u obrazloženju presude određeno iznijeti razloge kojima su se rukovodili pri ublažavanju kazne. Prvostepene presude sa takvim nedostacima stekle su pravosnažnost samo zbog toga što se žalbama izjavljenim protiv tih presuda nije ukazivalo na te propuste. To, sa svoje strane, ukazuje na potrebu veće posvećenosti sudija samom procesu izricanja ublažene kazne ali i postupku pismene izrade presude.

Lista analiziranih predmeta*:*

03 0 K 015365 17 Kž
03 0 K 015870 17 Kž 2
04 0 K 007970 17 Kž
06 0 K 008862 17 Kž 2
04 0 K 008801 17 Kž 2
01 0 K 012255 17 Kž 2
01 0 K 012320 17 Kž
01 0 K 012076 17 Kž
03 0 K 008535 17 Kž 2
09 0 K 023643 17 Kž 4

08 0 K 002173 17 Kž 2
03 0 K 016022 17 Kž 3
04 0 K 008917 17 Kž
01 0 K 012481 17 Kž 2
07 0 K 014283 17 Kž
06 0 K 009828 17 Kž 2
01 0 K 012754 17 Kž
03 0 K 016128 18 Kž 7
10 0 K 004216 18 Kž 5
03 0 K 016467 18 Kž 7
09 0 K 030617 18 Kž 3
01 0 K 008342 18 Kž 2
09 0 K 025093 18 Kž 25
09 0 K 027857 18 Kž 5
09 0 K 029847 18 Kž 8

Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić,* redovna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu

IZMJENE PROCESNOG ZAKONODAVSTVA U KONTEKSTU NEUSTAVNIH ODREDABA ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: U radu se govori o izmjenama procesnog zakonodavstva na sva četiri nivoa vlasti u vezi s odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu U 5/16. Cilj rada je prije svega da doprinese razumijevanju ovih promjena, te da dâ objašnjenja noveliranih procesnih rješenja. U tu svrhu u članku se analizira spomenuta ustavna odluka i pozitivne i negativne obaveze države. Također, u radu se prate promjene u zakonima o krivičnom postupku i upozorava na različita zakonska rješenja onih procesnih normi koje su odlukom Ustavnog suda proglašene neustavnim.
Ključne riječi: odluka Ustavnog suda U 5/16, zakoni o krivičnom postupku, pozitivne i negativne obaveze države, deharmonizacija propisa

Summary: This paper discusses changes in procedural legislation at all four levels of government in relation to the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in case U 5/16. The aim of the work is primarily to contribute to these changes, and to explain the new solution. For this purpose, the article analyzes the above-mentioned constitutional decision and the positive and negative obligations of the state. Also, the paper explains changes in laws on criminal procedure and warns on different legal solutions of those procedural norms that are declared unconstitutional by Constitutional Court decision.
Keywords: decision of the Constitutional Court U 5/16, laws on criminal procedure, positive and negative obligations of the state, deharmonization of regulations

* Dr. sc. Hajrija Sijerčić-Čolić, redovna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

I. Odlučivanje o saglasnosti procesnih zakona sa ustavnim normama

1. U ustavnosudskom postupku po zahtjevu koji je 27. juna 2016. podnesen za ocjenu ustavnosti Zakona o krivičnom postupku BiH (u daljem tekstu: ZKP BiH[1]), Ustavni sud BiH na sjednici održanoj 1. juna 2017. godine donio je u predmetu U 5/16 djelimičnu odluku o dopustivosti i meritumu. Ustavni sud je tom odlukom, u zahtjevu o ocjeni ustavnosti navedenih odredaba ZKP BiH, odgovorio na sljedeće načine:

A) Utvrdio je da neka od problematiziranih rješenja ZKP BiH nisu u saglasnosti sa korespondirajućim odredbama Ustava BiH i naložio je Parlamentarnoj skupštini BiH da u skladu sa članom 61. stav 4. Pravila Ustavnog suda BiH najkasnije u roku od šest mjeseci od dana dostavljanja odluke uskladi te odredbe sa odgovarajućim odredbama Ustava BiH. Riječ je o: - članu 84. st. 2, 3. i 4 za koji je utvrđeno da nije u skladu sa odredbama člana I/2. Ustava BiH; članu 117. tačka d) jer nije u skladu sa odredbama člana I/2. u vezi sa članom II/3.f) Ustava BiH; - članu 118. stav 3 koji također nije u skladu sa spomenutim odredbama člana I/2. u vezi sa članom II/3.f) Ustava BiH; - članu 225. stav 2. s obzirom na to da nije u skladu sa odredbama člana I/2. u vezi sa članom II/3.e) Ustava BiH i - članu 226. stav 1. koji nije u skladu sa odredbama člana I/2. Ustava BiH).

B) Neke u zahtjevu izdvojene odredbe ZKP BiH su potvrđene u smislu njihove saglasnosti sa ustavnim normama, i to: - stav 5. člana 84. za koji je utvrđeno da je u skladu sa odredbama čl. I/2. i II/3.e) Ustava BiH; - stav 1. člana 119. u smislu da je usklađen sa odredbama čl. I/2. i II/3.f) Ustava BiH i člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP), te stav 2. člana 216. za koji je zaključeno da je u skladu sa odredbama člana II/3.e) Ustava BiH i čl. 6. i 13. EKLJP.

C) Na osnovu člana 60. Pravila Ustavnog suda odgođeno je donošenje odluke u pogledu dijela zahtjeva koji se odnosio na utvrđivanje saglasnosti

[1] "Službeni glasnik BiH", br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13.

odredaba o tjelesnom pregledu i drugim radnjama iz člana 109. st. 1. i 2. ZKP BiH sa članom II/3.b) i f) Ustava BiH i čl. 3. i 8. EKLJP[2].[3]

2. U ocjenjivanju ustavnosti procesnih normi odluka U 5/16 nije usamljena. Tako je Ustavni sud BiH u predmetu U 15/18 na sjednici održanoj 29. novembra 2018. zaključio da je član 20. tačka g) ZKP BiH u dijelu koji glasi: "Pod ovlaštenim službenim osobama smatraju se i stručni saradnici odnosno istražitelji Tužilaštva BiH koji rade po ovlastima Tužioca" u skladu sa načelom vladavine prava iz člana I/2. Ustava BiH. Također, na istoj sjednici 29. novembra 2018. Ustavni sud BiH u predmetu U 18/18, rješavajući po zahtjevu za ocjenu ustavnosti odredbe člana 329. stav 1. tačka b) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", 53/12 i 97/17) i člana 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", 66/18), utvrdio je da su citirane zakonske odredbe u skladu sa članom II/3.e) Ustava BiH i članom 6. stav 1. EKLJP. U obrazloženju spomenute odluke, između ostalog, ocijenjeno je da "argumenti podnosioca zahtjeva o tome da se osporenom odredbom narušava princip nepristrasnosti ni na koji način ne pokreću pitanje 'nepristrasnog suda' u smislu člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno člana 6. stav 1. Evropske konvencije (...) te da ovakva odredba ne može ni na koji način dovesti u pitanje niti utisak o nepristrasnosti, već, naprotiv, učvršćuje povjerenje javnosti u to da će propusti koje eventualno počini prvostepeni sud moći biti ispravljeni korištenjem propisanog djelotvornog pravnog lijeka." Nekoliko godina prije u predmetu U 22/14 od 4. decembra 2014. izvršena je ocjena ustavnosti člana 330. stav 1. tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH ("Službene novine Federacije BiH", 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14) i razmatrana su ista pitanja kao i u predmetu U 18/18. U obrazloženju odluke u predmetu U 22/14 Ustavni sud je zaključio da je citirana odredba u skladu sa odredbom člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. EKLJP, te da propisivanje

[2] U zahtjevu se ističe da navedene odredbe u sadržajnom smislu mogu pokrenuti pitanje nečovječnog i ponižavajućeg postupanja iz čl. II/3.b) Ustava BiH i čl. 3. EKLJP jer odredbe čl. 109. st. 1. i 2. ZKP BiH ne preciziraju stepen do kojeg je prisilni medicinski zahvat bio nužan za pribavljanje dokaza, opasnost po zdravlje osumnjičenog, način na koji je procedura zahvata provedena, fizički bol i psihičku patnju koju je zahvat prouzrokovao, stepen ljekarskog nadzora koji je dostupan i efekte na zdravlje osumnjičenog.

[3] Prva djelimična odluka U 5/16 iz jula 2017. godine je za sada jedina djelimična odluka u tom predmetu; odluka koja bi se bavila članom 109. ZKP BiH još uvijek nije donesena.

ovlaštenja žalbenom sudu da u postupku po propisanom pravnom lijeku, nakon ukidanja prvostepene odluke zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja predmet vrati prvostepenom sudu uz upute kako da se otklone uočeni propusti, ne predstavlja kršenje principa nepristrasnosti i nezavisnosti u smislu prava na pravično suđenje.

Ovaj uvodni dio o odlučivanju o saglasnosti procesnih zakona sa ustavnim normama završit ćemo podsjećanjem da je Ustavni sud ranije u svojoj jurisprudenciji zaključio da ima nadležnost da u postupku iz apelacione jurisdikcije ispita i kvalitet zakona u mjeri u kojoj to utiče na pitanje ostvarivanja pojedinih prava iz EKLJP (v. odluke o dopustivosti i meritumu *AP 2271/05* od 21. decembra 2006. i *AP 498/11* od 15. jula 2011).

II. Izvršenje ustavne obaveze i usklađivanje neustavnih procesnih rješenja

Odluka Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16 predstavlja prvu i do sada jedinu odluku od uvođenja novog krivičnog zakonodavstva 2003. godine kojom je taj sud proglasio neustavnim određene odredbe krivičnoprocesnog zakonodavstva i tako podsjetio zakonodavca da se u regulisanju krivičnog postupka moraju poštovati pravna i procesnopravna načela te osnovna ljudska prava i slobode. Analizom ove ustavne odluke možemo zaključiti o kojim se povredama radi i koje su obaveze zakonodavca u njihovom otklanjanju. Zbog toga ćemo u nastavku rada govoriti o specifičnima stavovima Ustavnog suda BiH i koracima koji su realizovani u procesu zakonodavnih aktivnosti na usaglašavanju neustavnih odredbi sa odlukom U 5/16.

1. Ustavni sud je zaključio da su odredbe člana 84. st. 2, 3. i 4. ZKP BiH suprotne članu I/2. Ustava BiH. U obrazloženju odluke (tač. 30–43) Sud naglašava da ova odredba govori o svjedoku koji će odgovorima na pitanja u svojstvu svjedoka u postupku protiv druge osobe optužiti samog sebe i da je ona ustvari oblik zaštite od samooptuživanja ("...pravo na šutnju i pravo da lice ne inkriminira samo sebe predstavljaju generalno priznate međunarodne standarde koji su srž pojma pravičnog postupka shodno članu 6. Pravo da lice ne inkriminira samo sebe, posebno, pretpostavlja da optužba u krivičnim predmetima dokazuje svoj predmet protiv okrivljenog bez pribjegavanja dokazima koji su dobiveni metodama prinude ili pritiska, protiv volje okrivljenog. U tom smislu ovo pravo je usko vezano s presumpcijom nevinosti koja je sadržana u članu 6. stav 2. Konvencije."). Ustavni sud je našao da je navedenom odredbom u procesni zakon "ugrađen" institut privilegija od samooptuživanja

kao jedno od osnovnih prava koje je dio načela pravičnog postupka i usko je povezano s pretpostavkom nevinosti. Zato je zakonodavac propisao da svjedok može odgovoriti na ta pitanja pod uslovom da mu se da imunitet od krivičnog gonjenja (*Svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja ako bi ga istinit odgovor izložio krivičnom gonjenju*, čl. 84. st. 1. ZKP BiH). U smislu navedenih odredaba tužilac može odustati od krivičnog gonjenja takvog svjedoka radi pribavljanja njegovih odgovora u postupku protiv druge osobe; takvi odgovori mogu biti dokazi optužbe koji će se koristiti u postupku protiv drugih osoba. Uzimajući u obzir opšte interese u suzbijanju teških krivičnih djela, Sud je istakao da je to opravdan izuzetak od načela legaliteta krivičnog gonjenja i primjena načela oportuniteta krivičnog gonjenja. Imajući na umu Ustav BiH, Sud je zaključio da član I/2 Ustava BiH govori o načelu vladavine prava iz čega proizlazi zahtjev o određenosti pravnih propisa i zaštiti ljudskih prava i, istovremeno, naglasio da je sa ustavnopravnog aspekta "jedina obaveza zakonodavca da pri uređivanju pojedinih instituta tog postupka uvažava zahtjeve koje pred njega postavlja Ustav BiH, a naročito one koji proizlaze iz načela vladavine prava. Preciznije, njihovo uređenje uvijek mora biti takvo da osigurava ostvarenje legitimnih ciljeva krivičnog postupka, pravnu sigurnost, određenost, pristupačnost, predvidljivost i pravnu izvjesnost normi, te procesnu ravnopravnost položaja stranaka".

Prema navodima Ustavnog suda BiH, ZKP BiH u članu 84. ne pravi jasno razgraničenje između privilegija protiv samooptuživanja (Sud zaključuje da je taj privilegij propisan st. 1. čl. 84. ZKP BiH kao pravo svjedoka da šuti i ne odgovara na pojedina pitanja ako bi ga istinit odgovor izložio krivičnom gonjenju) i dužnosti svjedoka da odgovara na postavljena pitanja, a što je posebno relevantno sa aspekta jednakosti strana u postupku. Prema shvatanju Suda "(...) svjedoci koji bi ponudili iskaze u zamjenu za odustanak od krivičnog gonjenja konkretno i stvarno ne znaju u kojem obimu, u kojim uvjetima, to mogu ostvariti, odnosno ne znaju kada i hoće li biti procesuirani". S tim u vezi, Sud je zaključio da osporene odredbe, same po sebi, otvaraju prostor arbitrarnom odlučivanju tužioca odnosno glavnog tužioca kod davanja imuniteta, te da su zbog nepostojanja jasnih razgraničenja i apsolutno diskrecionog ovlaštenja kod davanja imuniteta osporene odredbe suprotne načelu vladavine prava.

U vezi sa prethodnim, ustavna odluka potencira još i načelo legaliteta krivičnog gonjenja i zaštitu prava oštećenog u krivičnom postupku. Za Ustavni sud načelo legaliteta krivičnog gonjenja je garancija građanima da će tužilac pokrenuti krivični postupak kad god se za to ispune zakonski uslovi (misli se

na postojanje dokaza da je izvršeno krivično djelo i nepostojanje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje), da će tako postupati jednako prema svima, te da će oštećeni krivičnim djelom moći ostvariti ona prava koja su mu propisana procesnim zakonom (naime, u primjeru davanja imuniteta od krivičnog gonjenja svjedoku, oštećeni se dovodi u nepovoljniju pravnu poziciju u odnosu na onu da je došlo do pokretanja krivičnog postupka jer "(...) neće moći ostvariti ona prava koja su mu garantirana Zakonom, a koja bi eventualno ostvario u krivičnom postupku da nije došlo do davanja imuniteta"). Na osnovu ove analize Ustavni sud je zaključio da "(...) davanje imuniteta svjedoku direktno utječe na pravo pojedinca na jednakost pred zakonom i prava oštećenih krivičnim djelima koja je počinilo lice kojem se daje imunitet".

S tim u vezi, Ustavni sud konstatuje da zakonodavac mora propisati ne samo za koja se djela može dati imunitet svjedoku, već i koja su to krivična djela koja se istražuju i zbog čijeg će dokazivanja tužilac odustati od krivičnog gonjenja svjedoka, kao i to da ispunjenost propisanih uslova i procedura treba potvrditi nezavisan i nepristrasan sud.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH[4] (u daljem tekstu: ZID ZKP BiH/18), član 84. i pravo svjedoka da ne odgovara na pojedina pitanja pretrpjelo je značajne promjene. Uzimajući u obzir navedene stavove Ustavnog suda BiH, u odredbe člana 84. ZKP BiH ugrađeni su mehanizmi koji ovu odredbu čine jasnijom i pravno sigurnijom te otklanjaju uočene nedostatke sa aspekta zaštite vladavine prava i prava učesnika u krivičnom postupku (čl. 1. ZID ZKP BiH/18). Po uzoru na izložena shvatanja, na opštem nivou novim procesnim rješenjima propisana je procedura davanja imuniteta svjedoku (st. 2–3. i 6–10. čl. 1. ZID ZKP BiH/18), krivična djela u vezi sa kojima se daje imunitet (st. 4. i 5. čl. 1. ZID ZKP BiH/18), uloga suda (st. 6. čl. 1. ZID ZKP BiH/18) i postupanje u slučaju davanja lažnog iskaza (st. 11. čl. 1. ZID ZKP BiH/18).

Konkretno, to znači sljedeće. U postupku davanja imuniteta moraju se strogo ispuniti sljedeći koraci: - glavni tužilac daje pismenu izjavu da neće preduzeti krivično gonjenje svjedoka za radnje koje svjedok navede u svom iskazu; - primjerak pismene izjave glavnog tužioca uručuje se svjedoku; - sud rješenjem utvrđuje da li je pismena izjava glavnog tužioca u skladu sa zakonom; - sud određuje advokata za savjetnika svjedoku za vrijeme saslušanja; - prije saslušanja svjedok će dati pismenu izjavu da će kao svjedok u krivičnom

[4] Službeni glasnik BiH, br. 65/18.

postupku dati istinit iskaz i da neće prešutjeti ništa što mu je poznato o krivičnom djelu o kojem daje iskaz i njegovom učiniocu; - glavni tužilac donosi rješenje o imunitetu svjedoka za krivično djelo koje proizlazi iz iskaza svjedoka, u kojem se navodi činjenični opis i pravna kvalifikacija krivičnog djela za koje se neće preduzeti krivično gonjenje svjedoka; - svjedoku se uskraćuje davanje imuniteta za krivično djelo na koje se odnosio njegov iskaz ako ne postupi u skladu sa pismenom izjavom koju je prethodno dao, kao i u slučaju da se radnje koje je svjedok naveo u svom iskazu odnose na krivična djela za koja se ne može dati imunitet; - nemogućnost korištenja iskaza svjedoka u krivičnom postupku protiv svjedoka, ako svjedočenje svjedoka ne ispunjava zakonske standarde za davanje imuniteta (izjava se ne može koristiti u budućim postupcima protiv svjedoka; također, iskaz svjedoka se izdvaja iz spisa predmeta i čuva odvojeno). U interesu pravde i realizacije načela legaliteta krivičnog gonjenja, nova zakonska rješenja propisuju sljedeće: - postojanje vjerovatnoće da će svjedoka odgovor na određena pitanja izložiti krivičnom gonjenju; - pismenu izjavu glavni tužilac može dati pod uslovom da je iskaz svjedoka važan za dokazivanje da je druga osoba učinila određeno krivično djelo; - glavni tužilac donijet će rješenje o imunitetu svjedoka za krivično djelo koje proizlazi iz njegovog iskaza nakon što svjedok da iskaz; - ako svjedok u toku krivičnog postupka ne postupi u skladu sa zakonom, glavni tužilac će rješenjem svjedoku uskratiti davanje imuniteta za krivično djelo na koje se odnosio iskaz svjedoka; - glavni tužilac će uskratiti imunitet i u slučaju da se radnje koje je svjedok naveo u svom iskazu odnose na krivična djela za koja se ne može dati imunitet u smislu odredaba člana 1. st. 4. i 5. ZID ZKP BiH/18; - protiv svjedoka može se preduzeti krivično gonjenje za krivično djelo davanja lažnog iskaza.

Jedan od zaključaka Ustavnog suda odnosi se i na propisivanje za koja krivična djela se može dati imunitet svjedoku te koja su to krivična djela koja se istražuju i zbog čijeg će dokazivanja glavni tužilac odustati od krivičnog gonjenja svjedoka. Analizom člana 1. st. 4. i 5. ZID ZKP BiH/18 može se zaključiti da je riječ o krivičnim djelima koja zbog složenosti otkrivanja i dokazivanja, važnosti zaštitnog objekta i zapriječene kazne opravdavaju primjenu načela oportuniteta u konkretnom krivičnom predmetu. Izjavu da neće preduzeti krivično gonjenje svjedoka za radnje koje svjedok navede u svom iskazu glavni tužilac može dati u postupku koji se vodi zbog taksativno navedenih krivičnih djela bez obzira na propisanu kaznu [st. 4. tač a) do d)] kao i za ona krivična djela koja nisu izričito navedena ali su "definisana" kao krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. U

pogledu kriminalne aktivnosti svjedoka, u stavu 5. citiranog člana se navodi da se imunitet svjedoka može odnositi samo na krivično djelo koje je učinio svjedok za koje je zaprijećena kazna iste težine ili manja kazna od one utvrđene za krivično djelo u vezi sa kojim se svjedoči ili za koje se vodi postupak i da se ne može odnositi na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora od najmanje deset godina.

U predmetu U 5/16 posebno se ističe uloga suda u postupku davanja imuniteta svjedoku. Uzimajući u obzir osnovna krivičnoprocesna načela, posebno načelo akuzatornosti koje potencira odijeljenost funkcije krivičnog gonjenja i funkcije presuđenja i njihovo povjeravanje različitim državnim organima, kao i stavove koji su navedeni u odluci Suda, odredbe člana 1. st. 6. i 7. ZID ZKP BiH/18 uvode sudsku kontrolu ispunjenosti uslova za davanje imuniteta svjedoku. Sudska kontrola ogleda se, kao što smo prethodno naznačili, u donošenju rješenja (kao formalne odluke) kojom sud daje odgovor na pitanje da li se izjava glavnog tužioca odnosi na krivična djela za koja se može dati imunitet svjedoku (bilo da je riječ o krivičnom djelu zbog kojeg se vodi krivični postupak ili o krivičnom djelu svjedoka). Sudsko rješenje je uslov da glavni tužilac pozove svjedoka da da svoj iskaz i, s tim u vezi, uslov za davanje pismene izjave od strane svjedoka da će kao svjedok u krivičnom postupku dati istinit iskaz i da neće prešutjeti ništa što mu je poznato o krivičnom djelu o kojem daje iskaz i njegovom učiniocu. Također, sudskom odlukom se određuje advokat za savjetnika svjedoku za vrijeme saslušanja. Ovako predložena sudska kontrola poštuje ne samo načelo akuzatornosti i njegove posljedice već i prirodu stadija krivičnog postupka, posebno istrage i glavnog pretresa, te prava i dužnosti tužioca i suda koja se realizuju u okviru spomenutih stadija.
Pored navedenog, odluka Ustavnog suda razmatra i položaj oštećenog u krivičnom postupku, posebno iz ugla zaštite njegovih prava u slučaju davanja imuniteta svjedoku. Uzimajući u obzir prethodno izložene odredbe člana 1. ZID ZKP BiH/18 može se zaključiti da one omogućavaju bolju zaštitu prava oštećenih, jer se preciznije određuju uslovi za davanja imuniteta svjedoku i uvodi se kontrola tih uslova od strane suda.

Konačno, odluka Ustavnog suda BiH raspravlja i pitanja krivičnog gonjenja svjedoka i ta se pitanja otvaraju na dva nivoa. Naime, nakon što svjedok dâ iskaz, glavni tužilac donijet će rješenje o imunitetu svjedoka za krivično djelo koje proizlazi iz iskaza svjedoka i u rješenju će biti naveden činjenični opis i pravna kvalifikacija krivičnog djela za koje se neće preduzeti krivično gonjenje svjedoka. U slučaju da glavni tužilac ne donese takvo rješenje, iskaz svjedoka sa odgovorima na pitanja izdvojit će se iz spisa predmeta i čuvati

odvojeno, te se ne može koristiti u krivičnom postupku protiv svjedoka. Dakle, procedura davanja imuniteta je formalizovana i vezana uz određene odluke i postupke ne samo svjedoka već i glavnog tužioca. Druga je situacija kada svjedok daje lažan iskaz; u tom slučaju se, kao i do sada, protiv svjedoka može preduzeti krivično gonjenje za krivično djelo davanja lažnog iskaza.

2) U krivičnom postupku, a na osnovu ustavnih i konvencijskih normi, država je ovlaštena ograničiti osnovna ljudska prava. Jedno od takvih prava je i pravo na privatnost koje je po mišljenju Ustavnog suda ograničeno preduzimanjem posebnih istražnih radnji. Analizom obrazloženja odluke u predmetu U 5/16 (tač. 46–51), za tačku d) člana 117. je zaključeno da nije u skladu sa odredbama člana I/2. u vezi sa članom II/3.f) Ustava BiH zato što " (...) zakonodavac nije osigurao da će miješanje u pravo na privatnost biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije osigurao razmjer između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere". U obrazloženju navedene odluke je istaknuto da se primjenom posebnih istražnih radnji država miješa u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8. EKLJP, te da je takvo miješanje opravdano samo ako je u skladu sa zakonom i vladavinom prava. Zbog toga, a prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, od posebne je važnosti katalog krivičnih djela za koja se može odrediti ograničavanje prava na privatnost i porodični život. Sasvim opravdano (na to se i ranije upozoravalo u literaturi i praksi) Ustavni sud uočava da je katalog propisan tačkom d) člana 117. ZKP BiH preširok jer je za "(...) za veliku većinu krivičnih djela (osnovni odnosno kvalificirani oblik) zakonodavac propisao mogućnost izricanja kazne zatvora u trajanju od tri godine, tako da proizlazi da se za sva ta djela mogu odrediti posebne istražne radnje." Iz navedenog slijedi da je moguće odrediti posebne istražne radnje i za veliki broj krivičnih djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela. "(...) Propisivanjem da se posebne istražne radnje mogu odrediti za veliku većinu krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom u okviru kojih su i djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela, zakonodavac nije osigurao da će miješanje u pravo iz člana 8. biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije osigurao razmjer između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere."

ZID ZKP BiH/18 izmijenjena je tačka d) člana 117. ZKP BiH na sljedeći način: - taksativno su navedena krivična djela koja zbog složenosti dokazivanja i značaja zaštitnog objekta predstavljaju krivična djela za koja je opravdano narediti posebne istražne radnje (katalog ovih taksativno navedenih

krivičnih djela je identičan katalogu djela iz čl. 1. st. 4. tač. d) ZID ZKP BiH/18); - među tim djelima su i krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine (npr., izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti iz čl. 145a. st. 1. Krivičnog zakona BiH). U okviru ovih amandmana dodata je i nova tačka e) koja je, iz kriminalnopolitičkih razloga, listu taksativno navedenih krivičnih djela proširila i na *druga krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna* (dakle, opštom formulacijom kao i u primjeru imuniteta svjedoka). Radi potpunosti ovih izlaganja treba podsjetiti da u okviru zakonskog člana 117. ZKP BiH ostaju ranije taksativno navedena krivična djela protiv integriteta BiH, protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom i krivična djela terorizma [tač. a) do c)].

3) Za stav 3. člana 118. ZKP BiH utvrđeno je da je neusaglašen sa odredbama člana I/2. u vezi sa članom II/3.f) Ustava BiH jer zakonodavac nije napravio bilo kakvu razliku između krivičnih djela na koja se produženje posebnih istražnih radnji ne treba odnositi, kao i zato što je zakonska pretpostavka "iz posebno važnih razloga" neprecizno određena te kao takva ne može poslužiti kao mjerilo te razlike (tač. 52–60). Time je povrijeđen princip vladavine prava i pravo na pravično suđenje, a pravni standard "iz posebno važnih razloga", zato što nije jasan i transparentan, ostavlja mogućnost arbitrarnog postupanja suda i tužioca i ne omogućava pojedincu jasna saznanja o tome u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti imaju ovlaštenja posegnuti za takvim mjerama. Ustavni sud je posebno naglasio da zbog nepreciznosti zakonske odredbe ne proizilazi na šta se *posebno važni razlozi* odnose, tj. da li se odnose na "(...) nemogućnost daljeg pribavljanja dokaza uslijed toga što posebne istražne radnje ne daju očekivane rezultate ili se odnose na samu prirodu i okolnosti izvršenja krivičnog djela, te moraju li i u kojoj mjeri rezultati do tada prikupljenih informacija primjenom posebnih istražnih radnji biti poznati sudiji za prethodni postupak. Dakle, proizlazi da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u zakonu prema kojima bi mogao razmotriti prijedlog tužioca za produženje posebnih istražnih radnji i u skladu s tim prijedlog odbiti, odnosno usvojiti i odobriti produženje". U obrazloženju svoje odluke Ustavni sud se više puta pozvao na odgovarajuću judikaturu Evropskog suda za ljudska prava (npr., *Dragojević protiv Hrvatske,* zahtjev br. 68955/11, presuda od 15. aprila 2015; *Kvasnica protiv Slovačke,* zahtjev br. 72094/01 od 9. juna 2009; *Kruslin protiv Francuske*, 24. april 1990, Serija A, br. 176-A itd.) pa tako i onda kad ističe da domaći zakon mora da bude dovoljno jasan i posebno precizan, kako bi se pojedincu jasno ukazalo na

to, u kojim okolnostima i pod kojim uslovima se mogu odrediti posebne istražne radnje. Ovo posebno iz razloga što se radi o "tajnim" mjerama koje nisu podložne preispitivanju od strane osoba na koje se one odnose. Ustavni sud je tako zaključio da "(...) zakonodavac prilikom propisivanja trajanja posebnih istražnih radnji nije vodio računa o razmjeru između ograničavanja ljudskih prava i težine krivičnih djela, odnosno pitanje trajanja posebnih istražnih radnji nije uskladio s prirodom pojedinih krivičnih djela na koja se produžavanje objektivno ne treba odnositi".

Prateći obrazloženje odluke u predmetu U 5/16, na način da se od tužioca zahtijeva da ponudi jasne i konkretne razloge za produženje posebnih istražnih radnji u konkretnom krivičnom predmetu. Tužilac mora pokazati da *one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi prikupljanja* posebno da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u zakonu po kojima bi mogao razmotriti prijedlog tužioca za produženje posebnih istražnih radnji i u skladu sa takvim mjerilima odlučiti o zahtjevu tužioca, ZID ZKP BiH/18 izmijenjen je stav 3. člana 118. ZKP BiH *dokaza* (čl. 3. ZID ZKP BiH/18). U tom smislu, istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi sa njima i nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela mogu se, pod gore navedenim uslovima, na obrazložen prijedlog tužioca produžiti za još mjesec dana (pobrojane radnje, kao i do sada, na osnovu prve naredbe sudije za prethodni postupak mogu trajati najduže do mjesec dana), s tim da mjere nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka i nadzor i tehničko snimanje prostorija mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže četiri mjeseca. Mjere tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi sa njima i nadziranog prijevoza i isporuke predmeta krivičnog djela mogu trajati ukupno najduže tri mjeseca za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže dva mjeseca. Izuzetno u odnosu na krivično djelo organiziranog kriminaliteta i krivična djela terorizma, istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi sa njima i nadzirani prijevoz i isporuka predmeta

krivičnog djela, pod uslovom da one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se na obrazložen prijedlog tužioca produžiti još do tri mjeseca. Odredbe o simuliranom i kontrolisanom otkupu predmeta i simuliranom davanju potkupnine ostale su neizmijenjene, jer se prijedlog za ovu posebnu istražnu radnju može odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv iste osobe mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.

4) Za član 225. stav 2. ZKP BiH utvrđeno je da nije u saglasnosti sa Ustavom BiH jer ne zadovoljava načelo vladavine prava, niti uzima u obzir prava osumnjičenih i oštećenih (tač. 73–79). Također, Ustavni sud je zaključio da je time *ugrožena pravičnost u istražnom postupku sa aspekta razumnog roka*, te da su, shodno tome, spomenute odredbe suprotne članu I/2. u vezi sa članom II/3.e) Ustava BiH. Odluka Ustavnog suda BiH naglašava uticaj dugotrajnosti istrage na pravičnost odvijanja krivičnog postupka, zatim na kršenje ne samo prava osumnjičenog na suđenje u razumnom roku, već i prava oštećenog krivičnim djelom u smislu zaštite njegovih prava (pozitivne obaveze države). Krivični postupak, po ocjeni suda, provodi se s ciljem zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka i građanina, koji u slučaju izvršenja krivičnih djela dobijaju status oštećenih, ako im je neko od tih prava i sloboda povrijeđeno, odnosno ugroženo. S tim u vezi Sud zaključuje da "(...) zakonodavac nije bio pravno dosljedan kada je regulirao mogućnost, u suštini, neograničenog trajanja istrage, a da pri tome nije propisao mehanizam zaštite prava osumnjičenih i oštećenih. Stoga, Ustavni sud smatra da ukoliko se zakonodavac opredijelio za mogućnost neograničenog trajanja istrage, istovremeno je u Zakonu morao osigurati neposrednu zaštitu prava onih čija bi prava mogla biti povrijeđena". Također je istaknuto da problematiziranom odredbom "(...) nije propisana mogućnost da osumnjičeni izjavi pritužbu zbog predugog trajanja istražnog postupka, tako da osporene odredbe omogućavaju da pojedinac koji se tereti za krivično djelo bude u stanju neizvjesnosti i neupućenosti u sopstvenu sudbinu u neograničenom trajanju." Konačno, zakonodavac nije propisao mogućnost ni da oštećeni krivičnim djelom izjavi pritužbu zbog predugog trajanja istražnog postupka, tako da i u pogledu njega možemo govoriti o "dugotrajnoj neizvjesnosti" u odnosu na pitanje da li je osumnjičeni učinio konkretno krivično djelo.

Uzimajući u obzir zaključke do kojih je došao Ustavni sud (sumarno: ZKP BiH ne navodi rok u kome je potrebno završiti istragu; nepostojanje pritužbe na dugotrajnost istrage; neadekvatna uloga kolegija tužilaštva u smislu zaštite osnovnih prava vezanih uz pravo na pravičan postupak), amandmani

sadržani u članu 5. ZID ZKP BiH/18 su: - uveli rokove za trajanje istrage, propisali obavezu tužioca da obavijesti glavnog tužioca o razlozima neokončanja istrage i odredili rok u kome glavni tužilac, vodeći računa o težini krivičnog djela, može produžiti istragu; - trajanje istrage vezali za težinu krivičnog djela zbog kojeg se vodi istraga i naložili preduzimanje potrebnih mjera da bi se istraga okončala; - obavezali tužioca da o razlozima zbog kojih istraga nije završena u zakonskim rokovima obavijesti kako glavnog tužioca, tako i osumnjičenog i oštećenog; - u cilju kontinuiteta zaštite prava osumnjičene i oštećene osobe na pravičan postupak propisali pravo na pritužbu zbog trajanja postupka, kao i obaveze glavnog tužioca s tim u vezi. Izloženi pravni okvir je, dakle, zasnovan na ostvarivanju prava na pravičan postupak, posebno iz razloga razumnog roka za odvijanje istrage kao prve faze krivičnog postupka. Specifičnosti istražnog postupka, ostvarivanje prava osumnjičenog i zaštita interesa oštećenog, po mišljenju Ustavnog suda, zahtijevaju aktivnost onih koji učestvuju u tom stadiju postupka, kao i efikasno postupanje u preduzimanju različitih radnji. Izmijenjena procesna norma, dakle, traži od tužioca efikasnost u provođenju istrage i preduzimanje određenih radnji i, istovremeno, štiti krivičnoprocesne subjekte od neosnovanog odugovlačenja krivičnog postupka. Ispunjavanjem propisanih rokova otvara se put da se na odgovarajući način realizuje funkcija krivičnog postupka koja se, između ostalog, ogleda u uspostavljanju poremećenog pravnog reda i mira u razumnom roku. Pravo na suđenje bez odlaganja koje je jedno od osnovnih načela procesnog prava podrazumijeva da osumnjičeni, odnosno optuženi, ima pravo da u najkraćem razumnom roku bude izveden pred sud i da mu bude suđeno bez odlaganja (čl. 13. st. 1. ZKP BiH). U vezi sa ovim zakonskim rješenjem potrebno je ponoviti da na ovaj način država ispunjava svoje pozitivne obaveze u primjeni EKLJP i obezbjeđuje efikasniju primjenu prava na pravičan postupak, posebno onog segmenta koji se odnosi na posljedice dugotrajnosti krivičnih postupaka. U ovom smislu, naročito mjesto zauzima pozitivna obaveza države o provođenju efikasne istrage, o čemu svjedoče brojne odluke Evropskog suda za ljudska prava kojima su postavljeni temelji i razvijeni koncepti ne samo o negativnim već i o pozitivnim obavezama države u primjeni i tumačenju EKLJP.

Posebno izdvajamo stav 5. člana 5. ZID ZKP BiH/18 kojim je propisano da *ako istraga ne bude okončana u rokovima utvrđenim zakonom, a postoje procesne pretpostavke, smatrat će se da je istraga obustavljena o čemu tužilac donosi naredbu i u roku od 15 dana o tome obavještava glavnog tužioca, osumnjičenog i oštećenog*. Kao što proizlazi iz zakonskog teksta, istragu obustavlja tužilac naredbom i o tome u roku od 15 dana obavještava glavnog

tužioca, osumnjičenog i oštećenog. Sa spomenutim procesnim rješenjima treba povezati i član 4. ZID ZKP BiH/18 koji je proširio razloge za obustavu istrage u članu 224. ZKP BiH propisujući da će takvu odluku (uz dosadašnje razloge: djelo koje je učinio osumnjičeni nije krivično djelo; postoje okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost osumnjičenog osim u slučaju ako je osumnjičeni *tempore criminis* bio neuračunljiv; nema dovoljno dokaza da je osumnjičeni učinio krivično djelo i djelo je obuhvaćeno amnestijom, pomilovanjem ili zastarom, ili postoje druge smetnje koje isključuju krivično gonjenje) tužilac donijeti i zbog toga što istraga nije okončana u zakonom propisanim rokovima. Strogost novog zakonskog rješenja o "automatskom" obustavljanju istrage zakonodavac je ograničio kroz prelazne i završne odredbe propisujući da će se u predmetima u kojima je donesena naredba o provođenju istrage do stupanja na snagu ZID ZKP BiH/18, postupak nastaviti po odredbama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13).

5) Još jedna odredba koja je prošla postupak ispitivanja saglasnosti sa ustavnim normama bila je ona iz člana 226. stav 1. ZKP BiH. Za nju je zaključeno da ne propisuje rok u kojem je tužilac obavezan pripremiti optužnicu, niti je taj rok propisan odredbom kojom je regulisano okončanje istrage (tač. 80–84). "Utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 225. stav 2. Zakona zbog nedostatka mehanizma kojim bi se zaštitila prava osumnjičenih i oštećenih tokom istrage ne bi dovelo do istinske zaštite njihovih prava ukoliko se ta zaštita istovremeno ne bi odnosila i na fazu od okončanja istrage do podizanja optužnice. Sa aspekta vladavine prava, nije relevantno koje faze u provođenju istrage je zakonodavac propisao kao nužne, već je relevantan konačan rezultat jer se tek donošenjem odluke tužilaštva otklanja neizvjesnost lica u pitanju. Zbog toga je u konkretnom slučaju nužno osigurati kontinuitet zaštite prava osumnjičenih i oštećenih." Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je zaključio da je za razumno trajanje krivičnog postupka i ostvarivanje prava na odbranu bitno efikasno odvijanje prethodnog postupka i pripremanje optužnog akta. Efikasno odvijanje istrage i podizanje optužnice, ako su ispunjeni zakonski uslovi, bitno je i za zaštitu prava oštećenog. U ocjenama ovog člana Ustavni sud BiH se poziva na kontinuitet zaštite prava osumnjičenog i oštećenog, te pozitivne obaveze države koje od nje traže preduzimanje određenih aktivnosti kako bi se zaštitila osnovna prava i slobode koje su propisane EKLJP. Uzimajući u obzir izloženo Sud je zaključio da je navedena procesna odredba suprotna članu I/2. Ustava BiH.

Prateći obrazloženje odluke u predmetu U 5/16 zakonodavac je amandmanima na član 226. ZKP BiH propisao rokove u kojima tužilac mora pripremiti i uputiti optužnicu sudiji za prethodno saslušanje (čl. 6. ZID ZKP BiH/18). Dinamika propisanog roka od 30 dana, u prvom krugu, vezuje se uz okončanje istrage zabilježeno u spisu, a propuštanje podizanja optužnice u zakonskom roku ima za posljedicu obavještavanje glavnog tužioca o razlozima nepodizanja optužnice (u roku od osam dana) koji će preduzeti mjere da tužilac u roku koji ne može biti duži od 30 dana podigne optužnicu. Također o nepodizanju optužnice i određivanju dodatnog roka obavještavaju se osumnjičeni i oštećeni. Osumnjičena i oštećena osoba mogu podnijeti pritužbu glavnom tužiocu u roku od osam dana, ali tek nakon što nadležni tužilac propusti dodatni rok za podizanje optužnice. Bez obzira na (ne)podnošenje pritužbe, glavni tužilac će u roku od 30 dana izdati tužiocu obavezujuće uputstvo da u dodatnom roku od 30 dana podigne optužnicu. S tim u vezi postavlja se pitanje svrhe podnošenja pritužbe, jer je glavni tužilac po službenoj dužnosti i slovu zakona dužan izdati obavezujuće uputstvo. Ako tužilac i nakon obavezujućeg uputstva glavnog tužioca ne podigne optužnicu, smatrat će se da je istraga obustavljena, o čemu tužilac donosi naredbu i u roku od 15 dana o tome obavještava glavnog tužioca, osumnjičenog i oštećenog. Pošto nepodizanje optužnice u zakonskim rokovima povlači obustavljanje istrage, taj razlog je također utvrđen kao osnov za naredbu o obustavi istrage iz člana 224. ZKP BiH (čl. 4. ZID ZKP BiH/18).

III. Efekti odluke U 5/16 na pozitivne i negativne obaveze države

Prethodna izlaganja otvorila su prostor za razmatranje određenih pitanja koja su tijesno povezana sa odlukom Ustavnog suda u predmetu U 5/16. Jedno od njih se odnosi na procesne garancije i zaštitu osnovnih prava i sloboda koja su u modernom krivičnom zakonodavstvu i pravosuđu čvrsto povezana sa najvišim standardima ukorijenjenim u međunarodnim i ustavnim normama. Drugo se odnosi na zaštitne funkcije krivičnoprocesnog zakonodavstva i usaglašavanje procesnih zakona u BiH, kako u međusobnom poređenju ("unutrašnje komparativno pravo"), tako i u svjetlu harmonizacije sa međunarodnim pravom.

U odnosu na prvo pitanje, na osnovu obrazloženja spomenute odluke i usvojenih zaključaka o tome da konkretno navedene odredbe ZKP BiH nisu u saglasnosti sa odgovarajućim ustavnim normama može se potvrditi da su neustavnim odredbama ZKP BiH dovedena u pitanje sljedeća ustavna načela i ljudska prava: - načela legaliteta, pravne sigurnosti i vladavine prava, koja

zahtijevaju jasnoću i preciznost zakonskog teksta u smislu regulisanja prava i obaveza i sprječavanja arbitrarnosti u tumačenju i primjeni zakona, kao i dostupnost propisa onima na koje se primjenjuje; - načelo pravičnog postupka i - pravo na privatnost. Neusklađenost ZKP BiH sa Ustavom BiH povlači za sobom i njegovu neusklađenost sa EKLJP u okviru neustavnih procesnih rješenja pri čemu se posebno izdvajaju konvencijske odredbe o: - pravu na pravičan postupak, zaštiti prava osumnjičenog i oštećenog, te pravičnosti sa aspekta razumnog roka jer je odugovlačenje postupka suprotno načelu vladavine prava, pravne sigurnosti i dosljednosti; i – pravu na privatnost u smislu zaštite ljudskih prava i njihovog ograničenja samo onda ako je to miješanje u skladu sa zakonom i teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u EKLJP. U obrazloženju ustavne odluke, u smislu povrede određenih krivičnoprocesnih načela, izdvojena su još i načela srazmjernosti, legaliteta krivičnog gonjenja i sudske kontrole. Zbog svega navedenog, Ustavni sud obavezao je zakonodavca da uskladi odredbe ZKP BiH sa ustavnim normama i konvencijskim standardima u smislu ispunjavanja ne samo negativnih već i pozitivnih obaveza koje države imaju u tumačenju i primjeni EKLJP.

Drugo, s aspekta krivičnoprocesnog prava i krivičnog pravosuđa ova ustavna odluka djeluje na više nivoa. Bez rangiranja u smislu značaja, izdvajamo sljedeće: - zaštita oštećenog (pozitivne obaveze države u istrazi, naglašene u brojnim odlukama ESLJP koje su citirane u predmetu U 5/16); - zaštita osnovnih prava i sloboda u krivičnom postupku (u ovom primjeru posebno prava na pravičan postupak i prava na privatnost); - zahvat u ostala tri procesna zakona u BiH u segmentu neustavnih procesnih rješenja jer su njihove odredbe istovjetne odredbama ZKP BiH; - ostvarivanje zakonodavne funkcije (više od godinu dana se čekao odgovor Parlamentarne skupštine BiH na pitanje: kako će se i kada otkloniti opasnost od slabljenja kapaciteta pravosudnih institucija u BiH za borbu protiv složenih krivičnih djela i za zaštitu prava na pravičan postupak kao i drugih prava propisanih međunarodnim standardima); - ostvarivanje sudske funkcije u skladu sa načelom akuzatornosti; - efikasnost krivičnog postupka, posebno istrage i blagovremenog otvaranja stadija optuživanja podizanjem optužnice.

IV. Usaglašavanje entitetskih procesnih zakona i Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH sa odlukom Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16

Da bi se održala procesna vrijednost sudskih odluka i jednakost građana pred zakonom, i ostala tri procesna zakona trebaju proći put usaglašavanja s Ustavom BiH i zahtjevima iz odluke Ustavnog suda BiH iz juna 2017. Nakon gotovo dvije godine od donošenja te odluke, stanje u pogledu izmjena i dopuna neustavnih procesnih rješenja u Zakonu o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu: ZKP BDBiH[5]), Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH (u daljem tekstu ZKP FBiH[6]) i Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu ZKP RS[7]) je sljedeće.

1) Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP BDBiH[8] (u daljem tekstu: ZID ZKP BDBiH/19) u ZKP BDBiH izmijenjene su odredbe o: pravu svjedoka da ne odgovara na pojedina pitanja; krivičnim djelima za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje i njihovom trajanju; te odredbe o okončanju istrage i podizanju optužnice. Ukoliko se ta novelirana zakonska rješenja porede sa amandmanima na ZKP BiH može se zaključiti da ona nisu međusobno usaglašena i da se razlikuju u bitnim aspektima vezanim za: - zaštitu prava krivičnoprocesnih subjekata (posebno osumnjičenog i oštećenog); - krivična djela zbog kojih se vodi konkretni krivični postupak a povodom kojih se može dati imunitet svjedoku; - težinu krivičnih djela koja je učinio svjedok i za koja, pod zakonskim uslovima, glavni tužilac pismeno izjavljuje da neće preduzeti krivično gonjenje svjedoka za radnje koje svjedok navede u svom iskazu; - listu taksativno navedenih krivičnih djela za koja se mogu narediti posebne istražne radnje; - određivanje težine krivičnog djela za koje sudija za prethodni postupak može donijeti naredbu o određivanju posebnih istražnih radnji a čija se težina određuje prema kazni koja je "propisana" ili se može "izreći" za to krivično djelo; - rokove za provođenje istrage; - rokove za podizanje optužnice nakon što u toku istrage tužilac nađe da postoji dovoljno dokaza iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično djelo; - odustajanje tužioca od krivičnog gonjenja i donošenje naredbe o obustavi istrage. Upore-

[5] "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 33/13 – prečišćeni tekst i 27/14.
[6] "Službene novine Federacije BiH", br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 16/09, 12/10, 8/13, 59/14.
[7] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 53/12, 91/17.
[8] "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 3/19.

dnopravna analiza ZID ZKP BDBiH/19 sa amandmanima entitetskih procesnih zakona, u kontekstu pitanja koja razmatramo, također pokazuje međusobna razlikovanja.

2) Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama ZKP FBiH iz maja 2019. (u daljem tekstu: Nacrt ZKP FBiH/19) također je obuhvatio promjene onih procesnih rješenja za koja je Ustavni sud BiH rekao da su neustavna. Kad je ovaj tekst u pitanju, i tu su evidentne razlike kako u odnosu na ZID ZKP BiH/18, tako i u odnosu na ZID ZKP BDBiH/19 i ZI ZKP RS/18. Razlike se ogledaju u prethodno navedenim pitanjima, dakle možemo zaključiti da neharmonizirana zakonska rješenja obuhvataju ključne aspekte odluke u predmetu U 5/16.

3) Zakon o izmjenama ZKP RS[9] (u daljem tekstu: ZI ZKP RS/18) ne može se povezati sa odlukom Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16, iako su spomenutim izmjenama, između ostalog, obuhvaćene promjene u pogledu posebnih istražnih radnji. U Obrazloženju prijedloga ZI ZKP RS iz juna 2018. navedeno je da se "predmetnim zakonom vrši usaglašavanje sa Krivičnim zakonikom Republike Srpske ('Službeni glasnik Republike Srpske', broj 64/17) tako što se taksativno navode krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, preciziraju razlozi zbog kojih se može produžiti trajanje istražnih radnji, a u skladu sa standardima Evropskog suda za ljudska prava (...)." Bez obzira na navedeno, predstavit ćemo one amandmane koji su povezani sa pitanjima o kojima raspravljamo. U tom smislu, u članu 235. ZKP RS, uz krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom i terorizma, mogućnost određivanja posebnih istražnih radnji uvedena je još i za krivična djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti RS. U istom članu izmijenjena je tačka g) na način da je propisano da se posebne istražne radnje mogu odrediti za krivična djela za koja se prema Krivičnom zakoniku može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna (čl. 1. ZI ZKP RS/18). Članom 2. ZI ZKP RS/18 na identičan je način kao u ostala tri procesna zakona propisano da se posebne istražne radnje mogu produžiti "ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza". Međutim, ono po čemu se ovi amandmani razlikuju od amandmana u ostalim procesnim zakonima jeste da su zadržani rokovi koji su bili i ranije, te da nije propisana skala vremenskog trajanja radnji u odnosu na težinu krivičnog djela, a kako to traži odluka U 5/16. Ostala pitanja iz spomenute ustavne odluke nisu razmatrana ZI ZKP RS/18.

[9] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 66/18.

Iz prethodnih izlaganja je jasno da se na svakom nivou vlasti u BiH suvereno oblikuju pravna rješenja, suvereno odlučuje da li će se postupiti po odluci najviše sudske instance, te šta će se iz odluke Ustavnog suda BiH osporavati, a šta prihvatiti. Čak i u pravnim kulturama u kojima je jasna podjela vlasti i zakonodavnih nadležnosti, ovakvo različito postupanje sa stavovima koji su intenzivno povezani i isprepleteni neminovno vodi pitanju: kako može funkcionisati krivično pravosuđe u kojem se ne uvažavaju stavovi doneseni u ustavnosudskom postupku i u kojem se doneseni zaključci tretiraju na potpuno različite načine?

V. Zaključna razmatranja o ustavnosti procesnopravnih normi

Prethodno iznesena izlaganja posvetili smo odluci Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16, kojom je utvrđeno da odredbe člana 84. st. 2., 3. i 4.; člana 117. tačka d); člana 118. stav 3.; člana 225. stav 2. i člana 226. stav 1. ZKP BiH nisu u skladu sa odredbama Ustava BiH, kao i zakonodavnim aktivnostima od donošenja te odluke, jer je njome naloženo Parlamentarnoj Skupštini BiH da najkasnije u roku od šest mjeseci uskladi navedene odredbe, te obavijesti Ustavni sud BiH o preduzetim mjerama sa ciljem izvršenja ove odluke. Najveći dio ovog teksta posvetili smo zakonodavnim aktivnostima na sva četiri nivoa vlasti jer smo željeli ukazati na nova rješenja koja se odnose na, sa ustavnog aspekta, osporene pozitivne procesne odredbe, kao i na razlike koje proizlaze iz različitosti političko-pravnih aspiracija i razumijevanja krivičnoprocesnog prava, njegovih načela i instituta. Kao što je poznato, zbog neaktivnosti zakonodavca na državnom nivou, Ustavni sud BiH je početkom juna 2018. odredio način izvršenja svoje odluke U 5/16 na način da je u "Službenom glasniku BiH" (br. 42/18) objavio Rješenje u kojem je, između ostalog, zapisano da će se, dok Parlamentarna skupština BiH ne izvrši ovu odluku, odredbe neustavnih odredaba ZKP BiH "primjenjivati u skladu s navedenom odlukom, standardima iz Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te praksom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava". Rješenje o tome je objavljeno ne samo u "Službenom glasniku BiH", već i u "Službenim novinama Federacije BiH" (br. 55/18) i "Službenom glasniku Republike Srpske" (57/18); nije objavljeno u "Službenom glasniku Brčko distrikta BiH".

Kao što smo prethodno izložili, izmjene i dopune procesnih zakona su donesene, odnosno nalaze se u fazi usvajanja, a u tri od četiri procesna zakona

u BiH, odluka u predmetu U 5/16 bila je povod za amandmane na relevantne odredbe zakona o krivičnom postupku.

U prethodnim izlaganjima nismo posebno dokazivali opštepoznatu i opšteprihvaćenu činjenicu (jer se takve činjenice i ne dokazuju!) da je zakon o krivičnom postupku jedna od najvažnijih zakonodavnih aktivnosti kojom se kroz procesne norme zasnovane na razvoju krivičnog procesnog prava utvrđuju pravila kojima se treba osigurati da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod uslovima propisanim u krivičnom zakonu ili u drugim zakonima u kojima su propisana krivična djela i u zakonom propisanom postupku, te da prije donošenja pravosnažne presude, osumnjičeni, odnosno optuženi, može biti ograničen u svojoj slobodi i drugim pravima samo pod uslovima koje propisuje procesni zakon.

S tim u vezi, u odluci u predmetu U 5/16 ne navodi se ništa o njenom uticaju na krivične postupke koji su u toku niti na radnje i mjere koje su preduzete prema neustavnim odredbama ZKP BiH. Sve do donošenja rješenja Suda (u junu 2018) kojim se konstatuje da odluka nije izvršena i određuje način njenog izvršenja, na različite načine se u stručnoj javnosti govorilo o ovim pitanjima. U praksi su tužilaštva i sudovi (ne ograničavamo se samo na Tužilaštvo BiH i Sud BiH, jer i ostala tri procesna zakona imaju iste odredbe) morali uzeti u obzir meritum odluke Ustavnog suda kojom su pojedine odredbe ZKP BiH proglašene neustavnim iako su formalno i dalje bile na snazi. Dužnost takvog tumačenja procesnih rješenja koja su proglašena protivna Ustavu BiH i EKLJP potvrdila je i naknadna odluka US iz juna 2018. godine u kojoj je, kako smo već istakli, navedeno da će se odredbe čl. 84. st. 2, 3. i 4, čl. 117. tač. d), čl. 118. st. 3, čl. 225. st. 2. i čl. 226. st. 1. ZKP BiH primjenjivati u skladu s navedenom odlukom, standardima iz Ustava BiH i EKLJP, te praksom Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava. Dakle, sudovi i tužilaštva su dužni u tumačenju i primjeni tih neustavnih procesnih normi postupiti tako da se u praksi izbjegnu kršenja osnovnih prava i sloboda čovjeka i, istovremeno, potvrde pozitivne i negativne obaveze države u primjeni međunarodnih standarda. Kao primjer navodimo stav Vrhovnog suda Federacije BiH (br. 09 0 K 027699 17 Kž 2 od 1. augusta 2017) u vezi sa primjenom spomenute odluke u kojem je naglašeno da navedenom ustavnom odlukom nisu ukinute spomenute odredbe ZKP BiH, koje bi u slučaju ukidanja, a u skladu sa članom 61. stav 3. Pravila Ustavnog suda BiH, prestale važiti narednog dana od dana objavljivanja odluke Ustavnog suda u Službenom glasniku BiH. U prilog iznesenom govori i član 61. stav 5. Pravila Ustavnog suda prema

kojem Ustavni sud svojom odlukom utvrđuje da nesaglasne odredbe prestaju važiti.

Zaključujući ova razmatranja želimo ponoviti da je zakon o krivičnom postupku vrlo složen zakonski tekst, u svakom pravnom sistemu pa i kod nas; razlozi za to su višestruki i povezani su sa položajem pojedinca u društvu te vrlo napetim i raznovrsnim odnosima koji nastaju i razvijaju se povodom izvršenog krivičnog djela. Složenosti odnosa doprinose dvije tendencije u krivičnom postupku: sa jedne strane, zahtjevi za zaštitom osnovnih prava i sloboda čovjeka (i zato se odavno, posebno u njemačkoj teoriji, govori o tome da je krivično procesno pravo *primijenjeno ustavno pravo* a krivični postupak *seizmograf* za mjerenje nivoa zaštite tih prava u okviru krivičnog pravosuđa) i, s druge strane, zahtjevi za efikasnošću krivičnog postupka i efikasnim suzbijanjem kriminaliteta. Međusobne relacije ove dvije tendencije posebno u smislu čemu dati prednost, vrlo često se diskutuju, i vrlo često dolaze do izražaja u zakonskim reformama, kao i u svakodnevnoj primjeni procesnih zakona. Upravo se ovim pitanjima bavio Ustavni sud BiH u procesu donošenja odluke u predmetu U 5/16, ali i zakonodavci pristupajući izmjenama i dopunama ZKP BiH, ZKP BDBiH i ZKP FBiH. Zato zabrinjava međusobna neusklađenost amandmana koji su usvojeni u vezi sa ZKP BiH i ZKP BDBiH, kao i onih koji su predloženi za usvajanje u vezi sa ZKP FBiH, te nepostupanje po odluci U 5/16 kad je riječ o ZKP RS. Procesne forme i odnosi kojima se čuvaju i afirmišu osnovna prava i slobode u krivičnom postupku traže pažljivu analizu, a minimalni zahtjevi koji se sa tim u vezi postavljaju moraju se prije svega usmjeriti na sljedeće pitanje: da li će do sada realizirane zakonodavne aktivnosti povodom odluke Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16 moći podržati pozitivne i negativne obaveze države kako bi se osigurala efikasna realizacija ustavnih i konvencijskih prava i sloboda.

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Balkanskog naučnog centra Ruske akademije prirodnih nauka.

Prof. dr Marina M. Simović, sekretar u Ombudsmanu za djecu Republike Srpske i vanredni profesor na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci.

PRESUMPCIJA NEVINOSTI IZ ČLANA 6. STAV 2. EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA: IMPLEMENTACIJA STANDARDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U BOSANSKOHERCEGOVAČKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO I PRAKSU

Sažetak: Presumpcija nevinosti koristi svakome ko je optužen za krivično djelo dok se ne dokaže da je kriv u skladu sa zakonom. Sadržana u posebnoj odredbi, presumpcija nevinosti je sastavni dio prava na pravično suđenje u krivičnim postupcima, koje je uopštenije sadržano u članu 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To je osnovna odlika krivičnog pravosuđa koja je prvi put navedena u kontekstu međunarodnog prava u članu 11 stav 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: „Svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo da se smatra nevinim dok se na osnovu zakona ne dokaže krivica“. Tekst člana 6 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je uveliko identičan, iako se može tvrditi da je odredba Univerzalne deklaracije malo šira u pogledu „krivičnog djela“ u odnosu na „krivično djelo“ iz Konvencije.
Presumpcija nevinosti, koja je osnova za zaštitu ljudskih prava, nameće tužiocima teret dokaza optužbe, garancije da se krivica ne može pretpostaviti dok optužbe ne budu dokazane bez razumne sumnje, osigurava da optuženi ima korist od sumnje i zahtijeva da se prema osobama optuženim za krivično djelo mora postupati u skladu sa ovim principom. Dužnost svih javnih organa vlasti je da se uzdrže od prejudiciranja ishoda suđenja, tj. da uzdržavajući se

od davanja javnih izjava - potvrđuju krivicu optuženog. Optuženi obično ne treba biti izveden pred sud na način koji ukazuje da može biti opasan kriminalac. Mediji bi trebali izbjegavati izvještavanje kojim bi umanjili presumpciju nevinosti. Nadalje, dužina pritvora prije suđenja se nikad ne smije uzeti kao indikator krivice i njenog stepena. Uz to, odbijanje jemstva ili utvrđivanje odgovornosti u građanskom postupku - ne utiču na presumpciju nevinosti.

Ključne riječi: presumpcija nevinosti, Ustav Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava.

1. Uvodne napomene

Pravo na pravično suđenje (*the right to a fair trial*) je samo po sebi značajno. Međutim, ono je i prilično ključno za izvršenje i opravdanje drugih osnovnih prava. „Vladavina prava" (*rule of law*), koja je sadržana u Preambuli Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1] i ključna za njegovu viziju, ne može postojati ako ne postoji pravično suđenje (Schabas, 2015: 269). Evropski sud za ljudska prava[2] je često govorio o „istaknutom mjestu koje zauzima pravo na pravično suđenje u demokratskom društvu" (*the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial*)[3].

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima propisuje pravo na pravično suđenje u dvije odredbe (čl. 10 i 11). Ova deklaracija prepoznaje razliku između građanskih i upravnih („prava i obaveza" - *rights and obligations*) i krivičnog suđenja (*criminal trials*), a to je nešto što odgovara razlici koja je poznata većini, ako ne i svim pravnim sistemima. Član 10 primjenjuje se na obje kategorije, a član 11 samo na osobe koje su optužene za „krivično djelo" (*penal offence*). Razlika između građanskog ili upravnog postupka (*civil or administrative proceedings*) i krivičnog suđenja sadržana je i u Konvenciji, ali sa nekim izmjenama u prezentaciji. Stavovi 1 članova 10 i 11 Deklaracija postali su prva dva paragrafa člana 6, dok je stav 2 člana 11 postao posebna odredba - član 7 Konvencije. Štaviše, u trećem paragrafu člana 6 Konvencije uveden je novi koncept sa malo detaljnijim minimumom garancija primjenjivim u krivičnim suđenjima.

[1] U daljem tekstu: Konvencija.
[2] U daljem tekstu: Evropski sud.
[3] *Andrejeva v. Latvia,* no. 55707/00, 18 February 2009, § 98.

Ova detaljnija kodifikacija minimuma garancija u krivičnom suđenju je dalje razrađena u članu 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima *(International Covenant on Civil and Political Rights*), gdje su sadržana dodatna prava u odnosu na ona iz Konvencije. Zauzvrat, Vijeće Evrope je unijelo većinu ovih dodatnih prava putem Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

Član 47 Povelje o osnovnim pravima Evropske unije (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) garantuje pravo na pravično suđenje na način da u članu 47 (Pravo na efikasan pravni lijek i pravično suđenje - *Right to an effective remedy and to a fair trial*) utvrđuje da „svako čija su prava i slobode zagarantovane pravom Unije povrijeđena - ima pravo na efikasan pravni lijek pred sudom, u skladu sa uslovima predviđenim ovim članom. Svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim, nepristrasnim i zakonom prethodno ustanovljenim sudom. Svako ima mogućnost da bude savjetovan, branjen i zastupan. Licima koja nemaju dovoljno sredstava, odobrava se pravna pomoć, u mjeri u kojoj je ta pomoć potrebna da bi se obezbijedio efikasan pristup pravnoj zaštiti“[4].

2. Značenje člana 6 Konvencije

Član 6 Konvencije sastoji se od tri stava, od kojih prvi sadrži listu opštih principa primjenjivih na dvije osnovne kategorije suđenja u modernim sistemima pravosuđa, koji su po svojoj prirodi građanski i upravni i krivični. Stav 1 propisuje pravo na „pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona“ (*the right to a* “*fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”). Drugi i treći stav člana 6 se primjenjuju samo u krivičnim suđenjima. Stav 2 poznaje presumpciju nevinosti. Stav 3 sadrži listu minimuma garancija koje se primjenjuju na krivična suđenja.

Član 6 Konvencije je ograničen na pravičnost postupka (*the fairness of the proceedings*). Evropski sud ne preispituje odluke domaćih sudova, ne ispravlja

[4] Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this article. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

greške zakona ili činjenica koje mogu biti iznesene u njihovim presudama[5]. To je ponekad opisano kao „doktrina četvrte instance" (*fourth instance doctrine*)[6]. Sud insistira na tome da je uloga „domaćih sudova da tumače i primjenjuju relevantna pravila procesnog ili materijalnog prava. Najbolja uloga domaćih sudova je ocjena kredibiliteta svjedoka i relevantnosti dokaza na pitanja koja su postavljena u predmetu. Takođe, uloga domaćih sudova je da isključe dokaze koje smatraju irelevantnim"[7]. Sud će razmotriti procjenu domaćih organa vlasti samo ako postoji dokaz o proizvoljnosti[8].

Od prava na pravično suđenje iz člana 6 može se odustati izričito ili prećutno[9]. Ali, da bi bilo efikasno u svrhu Konvencije, svako takvo odustajanje mora „biti utvrđeno na nedvosmislen način i sadržati minimalne garancije" - proporcionalne značaju ili članu 6[10]. Obično, pojedinac odustaje od koristi određenih prava u zamjenu za neku taktičku prednost[11]. U skladu sa mišljenjem Velikog vijeća (*Grand Chamber*) Evropskog suda, osoba koja se tereti za krivično djelo bi trebalo da može „očekivati od države da djeluje u dobroj vjeri i da uzme u obzir proceduralne izbore odbrane, koristeći mogućnosti koje su mu dostupne u skladu sa zakonom". Svako unilateralno umanjenje prednosti, u zamjenu za koju bi pojedinac odustao od prava - suprotno je „principu pravne sigurnosti i zaštite" (*the principle of legal certainty and the protection*) legitimnog povjerenja osoba koje su uključene u sudske postupke i ne može se posmatrati kao pravično[12]. Primjer odustajanja koje je postalo sve češće u nekim evropskim državama je tzv. pregovaranje o priznanju krivice (*plea bargaining*), kojim se optuženi slaže sa „skraćenom

[5] Tadros, V. (2013). The Ideal of the Presumption of Innocence. *Criminal Law and Philosophy*, 8 (2), 449-467.

[6] Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey [GC], no. 13279/05, § 88, 20 October 2011; Sohby v. the United Kingdom (dec.), no. 34108/07, § 37, 18 June 2013. i Palazzolo v. Italy (dec.), no. 32328/09, § 86, 24 September 2013.

[7] Karpenko v. Russia, no. 5605/04, § 80, 13 March 2012 i Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, § 68, Series A no. 146.

[8] Sisojeva and Others v. Latvia [GC], no. 60654/00, § 89, ECHR 2007-1.

[9] Ashford, H., Risinger, D. M. (1969). Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview. *Yale Law Journal*, Vol. 79 (2), 165 i 185.

[10] Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 135, 17 September 2009; Poitrimol v. France, 23 November 1993, § 31, Series A no. 277-A i Hermi v. Italy [GC], no. 18114/02, § 73, ECHR 2006-XII.

[11] Weigend, T. (2013). There is Only One Presumption of Innocence. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42 (3), 193-204.

[12] Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 135, 17 September 2009.

procedurom" (*abbreviated procedure*), kao i sa „priznanjem krivice" (*admission of guilt*) u zamjenu za umanjenje optužbe ili obaveza radi blaže osude. Sud je naveo da pregovaranje o priznanju krivice nije u principu inkompatibilno sa članom 6[13].

Pravo na pravično suđenje primjenjuje se na odlučivanje o „građanskim pravima i obavezama" (*civil rights and obligations*) i „krivične optužbe" (*criminal charge*). Opšti princip sadržan u stavu 1 je primjenjiv na obje kategorije[14]. Krivični postupak zahtijeva specifičnije garancije, kao što su presumpcija nevinosti (član 6 stav 2) i veoma precizna pitanja sadržana u stavu 3. Ali, postojanje posebnih pravila pobrojanih u stavu 3 - ne navode ni u kom slučaju da principi koje sadrže nisu primjenjivi i na stav 1. Često, kada su u pitanju krivična suđenja, organi Konvencije zajedno ispituju st. 1 i 3 člana 6.

Odredba o pravičnom suđenju iz Povelje o osnovnim pravima Evropske unije je šira od člana 6 Konvencije. Član 47 Povelje ne ograničava pravo na pravično suđenje na sporove u vezi sa „građanskim pravima i obavezama" ili na „krivične optužbe" i ne odnosi se na „utvrđenje", kako je to zaključilo Veliko vijeće u *Micallef v. Malta*[15]. Veliko vijeće je razmatralo donekle restriktivan pristup koji je Evropski sud zauzeo u vezi sa obimom člana 6, posebno opšte isključenje privremenog ili preliminarnog postupka. Zapazio je da je Evropski sud pravde (*the European Court of Justice*), čak i prije usvajanja Evropske povelje, smatrao da se standardi pravičnog suđenja primjenjuju i na privremene mjere odobrene *ex parte*, tj. u odsustvu optuženog (*the absence of the defendant*)[16].

3. Utvrđivanje građanskih prava i obaveza

Takozvana „građanska stvar" (*civil limb*) iz člana 6 Konvencije određuje „utvrđivanje građanskih prava i obaveza" (*determination of civil rights and obligations*). Ovo zahtijeva postojanje spora oko „građanskog prava" (*civil right*) koje je nedvosmisleno priznato domaćim zakonom, bez obzira na to da li je zaštićeno i Konvencijom[17]. Postoji razlika u verzijama Konvencije na

[13] *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, no. 9043/05, §§ 91-92, 29 April 2014.
[14] Campbell, L. (2013). Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence. *The Modern Law Review*, 76 (4), 681-691.
[15] *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, § 32, ECHR 2009.
[16] Denilauler/Couchet Frères, ECJ, Case C 125/79, 21 May 1980.
[17] Enea v. Italy [GC], no. 74912/01, § 103, ECHR 2009.

engleskom i francuskom jeziku. Engleski tekst govori o „odlučivanju o pravima i obavezama" (*determination of his rights and obligations*), dok se u francuskoj verziji koristi izraz „sporovima o njegovim pravima i obavezama" (*des contestations sur ses droits et obligations*). Utvrđeno da „[u]sklađenost sa duhom Konvencije" zahtijeva da tekst „ne treba tumačiti previše tehnički i da mu prije treba dati materijalno nego formalno značenje" (*should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than a formal meaning*)[18]. Član 6 nije primjenjiv u sudskoj proceduri koja je, po svojoj prirodi, jednostrana, bez suprotstavljenih strana, kao što su određene izmjene građanskog statusa[19].

Nadalje, spor mora biti „pravi i ozbiljan" (*genuine and serious*)[20]. Postoji pretpostavka da zahtjev koji je podnesen sudu ispunjava ovaj kriterij. Mora postojati „jasna indikacija" (*clear indications*) koja bi opravdala zaključak da je zahtjev neozbiljan, uznemirujući ili da mu nedostaje osnov[21]. Može se odnositi ili na stvarno postojanje prava ili na njegov okvir i način njegove primjene[22]. Ishod postupka „mora biti direktno odlučujući za predmetno pravo, puke slabe veze ili udaljene posljedice nisu dovoljne da bi se član 6 stav 1 uzeo u obzir" (*mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play*)[23].

4. Značenje presumpcije nevinosti

Većina člana 6 se odnosi na prava koja su po prirodi suštinski proceduralna ili dokazna. Utvrđivanjem presumpcije nevinosti u Konvenciji, član 6 potvrđuje da pravičnost takođe ima i suštinsku dimenziju[24]. Centralno ispoljavanje pretpostavke nevinosti u krivičnom suđenju je „nametanje dužnosti tereta

[18] Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23 June 1981, § 45, Series A no. 43.
[19] Alaverdyan v. Armenia (dec.), no. 4523/04, § 34, 24 August 2010.
[20] Enea v. Italy [GC], no. 74912/01, § 99, ECHR 2009.
[21] *Skorobogatykh v. Russia* (dec.), no. 37966/02, 8 June 2006; *Benthem v. the Netherlands*, 23 October 1985, § 32, Series A no. 97.
[22] Boulois v. Luxembourg [GC], no. 37575/04, § 90, ECHR 2012.
[23] Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23 June 1981, § 47, Series A no. 43 i Neigel v. France, 17 March 1997, § 38, Reports of Judgments and Decisions 1997-II.
[24] Quintard-Morenas, F. (2010). The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (1), 107-149.

dokazivanja ili dokaza tužilaštvu" (*the imposition of an onus or burden of proof upon the prosecution*)[25]. Ovo je specifičan aspekt uopštenijeg pravnog principa prema kojem strana koja se poziva na pravo - ima teret dokazivanja: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*[26]. U kontekstu krivičnog prava, to je podignuto na normu od fundamentalne važnosti[27]. U okviru krivičnog prava, presumpcije nevinosti seže daleko van stvarnog suđenja kao takvog[28]. Na primjer, primjenjuje se na vladine službenike koji daju izjave ili izjašnjenja o krivici osobe u toku suđenja, pa čak i na medije. Ona se proteže i na suđenje u predmetima gdje je optuženi oslobođen krivice[29] ili je postupak obustavljen[30].

Ponekad, krivično zakonodavstvo ili sudska praksa preokrenu teret dokazivanja, što ima za posljedicu da je optuženi dužan da dostavi dokaze, a često i da svjedoči, kako bi pobio pretpostavku činjenica ili zakona. Ovo očigledno postavlja problem poštovanja presumpcije nevinosti. Konvencija ne zabranjuje presumpciju činjenica ili zakona u krivičnim predmetima. Neke dokazne presumpcije su skoro nerazdvojive od postupka pronalaženja činjenica i rezultat su zdravog razuma, a ne zakonske odredbe[31]. Primjer je pretpostavka da pojedinci treba da planiraju posljedicu svojih djela ili da je pojedinac zakonski uračunljiv u vrijeme navodnog zločina (Schabas, 2015: 299).

Međutim, presumpcija nevinosti zahtijeva od države „da ostane unutar određenih granica u tom pogledu" (*to remain within certain limits in this respect*), da pri tome „uzme u obzir značaj onoga što je u pitanju i da zadrži prava odbrane" (*take into account the importance of what is at stake and*

[25] Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, § 77, Series A no. 146.

[26] Fraher, M. F. (1985). Ut nullus describatur reus prius quam convincatur: Presumption of innocence in medieval Canon law? U: Proceedings of the Sixth international congress of medieval canon law, Berkeley, California, 28 july - 2 august 1980, 493.

[27] Berman, J. H. (1980). The Presumption of Innocence: Another Reply. *The American Journal of Comparative Law*, Vol 28 (4), 622.

[28] Badinter, R. (2001). La présomption d'innocence, histoire et modernité. U: Le droit privé francais à la fin du XXé siécle. Etudes offertes à Pierre Catala. Paris: Litec, 133 i 134.

[29] Sekanina v. Austria, 25 August 1993, Series A no. 266-A.

[30] Minelli v. Switzerland, 25 March 1983, Series A no. 62.

[31] Ashworth, A. (2006). Four Threats to the Presumption of Innocence. *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 10 (4), 246-252.

maintain the rights of the defence)[32]. Zakonodavstvo na osnovu koga se pretpostavlja da je direktor medijske firme odgovoran za širenje klevete zahvaljujući svom položaju, „s obzirom na to šta je na kocki", nije se smatralo da je u okviru „razumnih okvira" i nije u suprotnosti sa članom 6 stav 2 Konvencije[33]. Presumpcije stvorene kako bi se nosilo sa problemom krijumčarenja - smatrane su spojivim sa Konvencijom, zbog toga što su sudije ublažile kriterije i nisu se automatski oslonile na njih[34]. Poresko zakonodavstvo kojim se nameću različita opterećenja na osnovu presumpcija smatralo se da je u okviru razumnih okvira, dijelom zbog toga što je „efikasan sistem oporezivanja važan sa finansijski interes države", ali i zbog toga što su dozvolili „posebna sredstva odbrane na osnovu subjektivnih elemenata"[35].

U predmetima procesuiranja za drogu, presumpcije da imovina proizilazi iz trgovine ljudima su se, takođe, smatrale spojivim sa Konvencijom, imajući na umu kako su ih sudovi primijenili[36]. S druge strane, presumpcije zakona i činjenica koje su dovele do automatske osude za lažnu prijavu, osobe koja se žalila na seksualni napad, jer je tužilac odlučio da obustavi postupak - označene su kao povreda člana 6 stav 2) Konvencije[37]. Sud je zaključio da je postojala povreda presumpcije nevinosti u postupku procesuiranja predmeta za prebrzu vožnju, gdje je jedini dokaz bio zapis brzine vozila, za koji je optuženi samo bio registrovani vlasnik, ali nije bilo ni jednog dokaza o identitetu vozača. Registrovani vlasnik je dostavio dokaz da nije vozio vozilo, te da čak nije bio ni u državi u to vrijeme, ali to nije bilo adekvatno da se poništi zakonska presumpcija. Evropski sud je naveo da ne može utvrditi da je u takvoj situaciji jedini razuman zaključak da je sam aplikant bio vozač[38]. U saobraćajnim prekršajima gdje se vlasniku izriče novčana kazna na osnovu toga što je, u najmanju ruku, bio nemaran, što je dozvolio drugima da koriste vozilo - ne bi trebao postojati problem sa članom 6 stav 2[39].

Iako striktno ne govore o presumpciji činjenica ili zakona, tzv. stroga ili apsolutna odgovornost za krivična djela onemogućavaju optuženoj osobi da

[32] Salabiaku v. France, 7 October 1988, § 28, Series A no. 141-A i Willcox and Hurford v. the United Kingdom (dec.), nos 43759/10 and 43771/12, § 96, ECHR 2013.
[33] *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 71, ECHR 2004-II.
[34] Pham Hoang v. France, 25 September 1992, § 36, Series A no. 243.
[35] Janosevic v. Sweden, no. 34619/97, § 104, ECHR 2002-VII.
[36] Phillips v. the United Kingdom, no. 41087/98, §§ 41-47, ECHR 2001-VII.
[37] *Klouvi v. France*, no. 30754/03, §§ 42-54, 30 June 2011.
[38] Krumpholz v. Austria, no. 13201/05, § 40, 18 March 2010.
[39] Falk v. the Netherlands (dec.), no. 66273/01, 19 October 2004.

ospori da nije znao za elemenat zločina i da, stoga, nedostaje kriminalna namjera[40]. Na primjer, u postupcima gonjenja za silovanje djeteta, mnogi nacionalni krivični zakoni ne zahtijevaju dokaz da je učinilac znao koliko je djetetu godina. Evropski sud je utvrdio da to ne pokreće pitanje prema članu 6 Konvencije[41].

Teret dokazivanja (*the burden of proof*) ne bi trebalo miješati sa standardom dokazivanja (*the standard of proof*). Unutar Vijeća Evrope formulacija standarda dokazivanja u krivičnim suđenjima se donekle razlikuje. Jurisdikcija običajnog prava se, uopšteno, odnosi na pojam dokaza van svake razumne sumnje (*proof beyond reasonable doubt*), dok kontinentalni sistemi rimsko-germanske tradicije koriste formulaciju kao što je *intime conviction* (intimno uvjerenje) sudije o činjenicama. Evropski sud nije izričito priznao standard „van razumne sumnje", normu čiji je međunarodni status potvrđen uključenjem u Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda[42]. Bez obzira na to, Evropski sud nikada nije naveo da presumpcija nevinosti zahtijeva da „svaka sumnja mora ići u korist optuženog" (*any doubt should benefit the accused*)[43]. Premještanje tereta dokazivanja (*reversal of the burden of proof*) je usko povezano sa garancijama protiv samooptuživanja (*guarantees against self-incrimination*) i pravom na ćutanje (*right to silence*), koja nisu izričito navedena u Konvenciji i njenim protokolima. U praksi, premješteni teret uopšteno ima za cilj da prisili optuženog da svjedoči. Opravdanje za to je da optuženi ima informacije koje ne se ne mogu dobiti na drugi način[44].

4.1. Zaštita protiv samooptuživanja

Jedan aspekt presumpcije nevinosti je privilegija protiv samooptuživanja (*privilege against self-incrimination*). Ona je usko povezana sa pojmom tereta dokazivanja i ideje da optuženi ne treba da doprinosi ili učestvuje u dostizanju

[40] Picinali, F. (2014). Innocence and burdens of proof in English criminal law. *Law, Probability and Risk*, 13 (3-4), 243-257.
[41] G. v. the United Kingdom (dec.), no. 37334/08, §§ 28-30, 30 August 2011.
[42] Rome Statute of the International Criminal Court, (2002) 2187 UNTS 90, art. 66.
[43] Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, § 77, Series A no. 146.
[44] Roberts, P. (2005). Strict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions. U: A. P. Simester (ed.), Appraising Strict Liability. Oxford: Oxford University Press, 176-185.

praga dokazivanja[45]. Evropski sud se pozvao na „pravo osobe da se ne inkriminiše“[46], obrazlažući da je prvenstveno zabrinut za „poštovanje volje optuženog da ne govori“[47]. Sud je identifikovao ovo pravo u opštem okviru člana 6 stav 1 Konvencije, dok je priznao da je ono „usko povezano sa presumpcijom nevinosti“[48].

Član 14 stav 3(g) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima izričito propisuje pravo osobe optužene za krivično djelo „[d]a ne bude primorana da svjedoči protiv same sebe ili da prizna krivicu“. U nekoliko predmeta pred Evropskim sudom primijenjeno je „pravo osobe da se ne inkriminiše“ u postupcima koji se tiču gonjenja vlasnika vozila za prekršaj pokretnog vozila, u kome bi bili osuđeni ako ne identifikuju vlasnika[49]. Ali, „prema opštem shvatanju“ (*as commonly understood*), ovaj princip se ne primjenjuje na korištenje materijala dobijenog od optuženog korištenjem prinude, nego postoji nezavisno od volje optuženog, kao što su dokumenti dobijeni u skladu sa nalogom, uzorci daha, krvi i urina i tkiva sa tijela, u svrhu DNK testiranja[50]. Zaštita protiv samooptuživanja se odnosi i na pristup braniocu u početnoj fazi istrage, u vrijeme kada je osumnjičeni najranjiviji i podložan povredi prava da se ne inkriminiše[51]. Obično je to u trenutku kada optuženi daje inkriminirajuće izjave organima vlasti, nešto što manje ili više okreće ravnotežu protiv njega u svim kasnijim postupcima.

Pravo da se ne inkriminiše nije ograničeno na priznanje pogrešnih i direktno inkriminirajućih primjedbi. Neke izjave dobijene putem pravne prinude mogu ne biti inkriminirajuće u prvi mah, a da kasnije budu relevantne tokom krivičnog gonjenja na takav način da doprinesu dokazu krivice, na primjer, kada se koriste da diskredituje druge izjave optuženog. Ovo može biti posebno štetno u suđenju sa porotom; gdje profesionalne sudije sude o činjenicama, opasnost od povrede je manje očigledna[52]. Stoga, „ono što je od bitno u ovom

[45] Langbein, H. J. (1994). The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Vol. 92, 1047 i 1048.
[46] *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004-II.
[47] *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, § 69, Reports of Judgments and *Decisions* 1996-VI.
[48] *Radio France and Others v. France*, no. 53984/00, § 24, ECHR 2004-II.
[49] Krumpholz v. Austria, no. 13201/05, § 40, 18 March 2010.
[50] *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, § 69, Reports of Judgments and *Decisions* 1996-VI.
[51] Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008.
[52] Akay v. Turkey (dec.), no. 34501/97, 19 February 2002.

kontekstu - jeste korištenje dokaza dobijenih pod prinudom u toku krivičnog suđenja"[53].

Nerijetko se osobama optuženim za učešće u istom krivičnom djelu sudi odvojeno. Kao posljedica toga, na suđenju jednom od osumnjičenih mogu postojati izjave o krivici drugih - kojima još nije suđeno. U principu, to može rezultirati povredom presumpcije nevinosti[54]. Izjave iz prvog suđenja mogu imati štetni uticaj na kasnije postupke koji uključuju druge optužene koji nisu prisutni ili nisu direktno uključeni, a nemaju načina da ospore navode koji ih se direktno tiču[55]. Evropski sud je naveo da prihvata činjenicu da „u složenim krivičnim predmetima koji uključuju više osoba kojima se ne može suditi zajedno, reference prvostepenog suda o učešću trećih osoba, kojima se kasnije može odvojeno suditi, mogu biti neophodne za ocjenu krivice onih kojima se sudi". Međutim, tamo gdje treba iznijeti takve činjenice, „sud bi trebao izbjegavati više informacija od potrebnog za ocjenu pravne odgovornosti onih osoba koje su optužene u suđenju prije toga"[56].

4.2. Negativni komentari i publicitet

Negativni publicitet prije suđenja može ugroziti presumpciju nevinosti. On može uticati na javno mišljenje o krivici optuženog i direktno uticati na nepristrasnost porote[57]. Postoji pritisak u vezi sa pravom na informacije, na koje opšta javnost ima pravo u skladu sa članom 10 stav 1 Konvencije. Ali, to mora biti izbalansirano sa pravom na pravično suđenje, posebno presumpcijom nevinosti. Kada „zarazna medijska kampanja" (*virulent press campaign*) prati suđenje, „ono što je odlučujuće nisu subjektivni strahovi osumnjičenog u vezi sa odsustvom predrasuda koje se zahtijeva od sudova, iako su razumljivi, nego da li se, u specifičnim okolnostima predmeta, ovi strahovi mogu smatrati objektivno opravdanim"[58].

U predmetu koji se tiče gonjenja zbog korupcije višeg turskog službenika, Evropski sud je razmotrio ozbiljnost predmeta i zapazio da se, iako se „čini da su neke naznake za koje je podnosiocu zahtjeva bilo suđeno impresionirale

[53] Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008.
[54] Karaman v. Germany, no. 17103/10, § 42, 17 February 2014.
[55] *Ibid*, § 43.
[56] *Ibid*, § 64.
[57] Baragiola v. Switzerland, no. 17265/90, Commission decision of 21 October 1993, (1993) 36 YB 90, DR 75, § 76.
[58] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, § 46, 20 December 2011.

javnost (*certaines appellations dont le requérant a fait l'objet puissent sembler destinées à impressionner le public*), medijska pokrivenost sastojala u osnovi od izvještavanja o objektivnim činjenicama i javne reakcije. Sud je dodao da su „u demokratskom društvu oštri komentari štampe ponekad neizbježni u osjetljivom slučaju koji se odnosi na događaje koji se tiču javnog interesa" (*dans une société démocratique, des commentaires sévères faits par la presse sont parfois inévitables dans une affaire sensible faisant référence à des événements qui concernent l-intérêt public*)[59]. Do sličnog zaključka Sud je došao i u predmetu iz Gruzije[60]. Faktori koji će biti razmatrani uključuju vremensku blizinu negativnog publiciteta na samo suđenje[61] i uključenost profesionalnih sudija, a ne porotnika - kao onih koji utvrđuju činjenice[62].

Evropski sud je obrazložio da član 6 stav 2 Konvencije „ima za cilj da spriječi potkopavanje pravičnog krivičnog postupka štetnim izjavama datim u vezi sa tim postupkom" (*is aimed at preventing the undermining of a fair criminal trial by prejudicial statements made in close connection with those proceedings*)[63]. On ne „sprječava organe vlasti da informišu javnost o napretku u krivičnoj istrazi, ali zahtijeva da oni to čine sa potrebnom diskrecijom i obazrivošću ako je potrebno poštovati presumpciju nevinosti"[64].

Pravi se osnovna razlika između izjava koje ukazuju da je pojedinac osumnjičen da je počinio zločin i jasne izjave, u odsustvu konačne osude, da je osoba krivično odgovorna[65]. Prema mišljenju Suda, presumpcija nevinosti je „prekršena ako sudska odluka ili izjava od strane javnog službenika u vezi sa osobom koja je optužena za krivično djelo - odražavaju mišljenje da je kriv prije nego što se dokaže da je kriv u skladu sa zakonom"[66]. U ocjeni sadržaja osporenih izjava može postojati povreda presumpcije nevinosti čak i ako ne postoji formalni nalaz u mjeri „da postoji obrazloženje koje ukazuje da sud ili službenik posmatraju optuženog kao krivca"[67].

[59] Akay v. Turkey (dec.), no. 34501/97, 19 February 2002.
[60] *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, no. 9043/05, § 105, 29 April 2014.
[61] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, § 47, 20 December 2011.
[62] Akay v. Turkey (dec.), no. 34501/97, 19 February 2002.
[63] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03," § 54, 20 December 2011.
[64] Allenet de Ribemont v. France, 10 February 1995, § 38, Series A no. 308.
[65] Virabyan v. Armenia, no. 40094/05, § 185, 2 October 2012. i Matijašević v. Serbia, no. 23037/04, § 48, ECHR 2006-X.
[66] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, § 55, 20 December 2011.
[67] *Ibid.*

Član 6 stav 2 Konvencije ne zabranjuje samo preuranjeni nalaz suda ili tribunala,[68] već presumpcija nevinosti pokriva izjave koje daju javni službenici o krivičnoj istrazi koje podstiču javno mišljenje u krivici pojedinca o kome se radi, kao i prejudiciraju nalaz nadležnih pravosudnih organa[69]. Uopštenije, presumpcija nevinosti postavlja ograničenja na postupke organa vlasti jedne države van sudnice[70]. Javni službenici, uključujući tužioce i sudije, mogu davati izjave o krivici optuženog prije bilo kakve sudske odluke, dakle, dok pojedinac još uvijek ima koristi od pretpostavke nevinosti[71]. Kada tužilac obrazloži da je krivični predmet obustavljen, ali da nije bilo sumnje u krivicu optuženog, sud je zaključio da je došlo do povrede presumpcije nevinosti. Ali, u drugom predmetu gdje je tužilac donio odluku navodeći da je krivica „dokazana" prije donošenja presude, Evropski sud je zaključio da, iako je izbor riječi „nesretan", kada se „sagleda u odgovarajućem kontekstu, pojam označava ništa više do pogled tužioca da predmet otkriva dovoljno dokaza o krivici apelanta da bi se opravdao nastavak suđenja"[72].
Javni službenici moraju pažljivo birati riječi kada govore o krivičnom postupku koji je u toku[73]. Sud je mnogo ažurniji kada izjavu da političar koji djeluje i u svojstvu javnog službenika, jer je teže odbaciti njegov komentar kao „dio legitimne političke debate, koja nedvosmisleno može dozvoliti određeni stepen pretjerivanja i slobodnog korištenja vrijednosnog suda u odnosu na političke protivnike"[74].

4.3. Povezani postupci

Kada se krivični postupak okonča bilo obustavom ili oslobađanjem, pojedinac koji je u pitanju, u principu, više nije optužen za krivično djelo. Međutim, to ne znači da se član 6 stav 2 Konvencije ne može primijeniti. Evropski sud je razmotrio njegovu primjenu u velikom broju naknadnih postupaka koji se tiču pitanja koja se odnose na snošenje troškova suda i tužilaštva[75], konfiskaciju

[68] Němšták v. Slovakia, no. 65559/01, § 89, 27 February 2007.
[69] Allenet de Ribemont v. France, 10 February 1995, § 41, Series A no. 308.
[70] X v. Austria, no. 9295/81, Commission decision of 6 October 1982, DR 30, p. 227.
[71] Virabyan v. Armenia, no. 40094/05, §§ 187-193, 2 October 2012.
[72] *Kuvikas v. Lithuania*, no. 21837/02, § 85, 27 October 2006.
[73] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, § 57, 20 December 2011.
[74] G.C.P. v. Romania, no. 20899/03, § 59, 20 December 2011.
[75] Minelli v. Switzerland, 25 March 1983, §§ 30-32, Series A no. 62.

imovine (*confiscation of assets*)[76], naknadu za pritvor ili druge posljedice pogrešnog gonjenja[77], zahtjev za troškove odbrane[78], građansku obavezu da se naknadi žrtva (*civil liability to compensate the victim*)[79], potraživanja protiv osiguravatelja[80], naredbe za dječiju zaštitu u vezi sa navodima zlostavljanja djece[81], disciplinska pitanja i otpuštanje[82] i ukidanje prava na socijalni smještaj[83]. Obrazlažući zašto bi presumpcija nevinosti bila primjenjiva, bez obzira na činjenicu da osoba više nije optužena za povredu, Evropski sud je naveo da je to relevantno za postupak naknade i pravo na troškove, jer je to „direktni nastavak" okončanja krivičnog postupka[84]. On je opisao kompenzaciju kao nešto povezano „do te mjere da se odluka o posljednjem pitanju može posmatrati kao posljedica i, u određenoj mjeri, kao nešto što slijedi odluku o prethodnom pitanju[85].

Ne samo da zahtjev za naknadu „slijedi krivični postupak na vrijeme, nego je i povezan sa tim postupcima u zakonu i praksi, u pogledu i na nadležnost i na predmet".[86] Sažimajući svoju jurisprudenciju po ovom pitanju, Veliko vijeće Suda je 2013 godine zaključilo: „Presumpcija nevinosti znači da gdje postoji krivična optužba i krivični postupak je okončan oslobađajućom presudom, osoba koja je predmet krivičnog postupka je nevina u očima zakona i mora se prema njoj postupati na način u skladu sa tom nevinošću. Stoga, u toj mjeri, presumpcija nevinosti ostaje nakon završetka krivičnog postupka kako bi se osiguralo da se, s obzirom na bilo koju optužbu koja nije dokazana, poštuje nevinost osobe o kojoj se radi. Ova glavna zabrinutost leži u osnovi pristupa Suda o primjenjivosti člana 6 stav 2 u ovim predmetima"[87].

[76] Geerings v. the Netherlands, no. 30810/03, §§ 41-51, 1 March 2007.
[77] Nölkenbockhojf v. Germany, 25 August 1987, § 35, Series A no. 123. i Rushiti v. Austria, no. 28389/95, § 27, 21 March 2000.
[78] Leutscher v. the Netherlands, 26 March 1996, § 29, Reports of Judgments and Decisions 1996-II.
[79] Erkol v. Turkey, no. 50172/06, §§ 33, 37, 19 April 2011.
[80] Reeves v. Norway (dec.), no. 4248/02, 8 July 2004.
[81] O.L. v. Finland (dec.), no. 61110/00, 5 July 2005.
[82] Çelik (Bozkurt) v. Turkey, no. 34388/05, § 32, 12 April 2011.
[83] Vassilios Stavropoulos v. Greece, no. 35522/04, §§ 28-32, 27 September 2007.
[84] Lutz v. Germany, 25 August 1987, § 56, Series A no. 123.
[85] Weixelbraun v. Austria, no. 33730/96, § 24, 20 December 2001.
[86] O. v. Norway, no. 29327/95, §§ 39-41, ECHR 2003-11.
[87] Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 103, 12 July 2013.

Preispitivanje prakse pokazuje da „ne postoji jedan pristup za konstatovanje okolnosti u kojima će taj član biti prekršen u kontekstu postupka iz kojeg slijedi okončanje krivičnog postupka“[88]. Mnogo toga zavisi od prirode i konteksta postupka[89].

S ciljem upotrebe člana 6 stav 2 Konvencije u ovim okolnostima, pojedinac mora moći dokazati da postoji veza između završenog krivičnog postupka i postupka koji slijedi. Prema mišljenju Velikog vijeća, „takva veza vjerovatno postoji, na primjer, gdje postupak koji slijedi zahtijeva ispitivanje ishoda prethodnog krivičnog postupka a, posebno, gdje je sud dužan da analizira krivičnu presudu; da pokrene preispitivanje ili ocjenu dokaza iz krivičnog spisa; da procijeni učešće apelanta u nekim ili svim događajima koji su doveli do krivične optužbe ili da komentariše postojeće navode o mogućoj krivici apelanta“[90]. Posebno, Sud će pregledati jezik koji je korišten prilikom donošenja odluke - kako bi odredio da li je prekršena presumpcija nevinosti. Tamo gdje domaći sud kaže da je „vjerovatno“ (*clearly probable*) da je osoba „počinila krivično djelo... za koje je optužena“, smatra se da postoji sumnja u oslobađajuću presudu i da je presumpcija nevinosti time kompromitovana[91].

Evropski sud ne gleda povoljno na odluke koje se odnose na prethodnu odluku krivičnog suda koji nije razriješio sumnju o krivici[92]. Međutim, „čak i upotreba nekog nesretnog rječnika - ne mora biti presudna“[93].

U nekim pravnim sistemima građanski zahtjev žrtve može se uložiti čak i nakon što je osoba, koja je navodno odgovorna za postupak, oslobođena optužbe. Evropski sud smatra da „iako se oslobađanje od krivične odgovornosti treba poštovati u postupku za građansku naknadu, to ne treba isključiti utvrđivanje građanske odgovornosti na plaćanje naknade koja proističe iz istih činjenica na osnovu manje strogog tereta dokazivanja“[94]. Ni disciplinski postupak koji proizilazi iz istih činjenica kao krivična optužba, ne postaje nemoguć samo iz razloga što je osoba koja je u pitanju oslobođena optužbi ili je postupak obustavljen. Disciplinski organi mogu doći do svojih

[88] *Ibid*, § 125.
[89] Ireland, W. R. (1986). The Presumption of Guilt in the History of English Criminal Procedure. *The Journal of Legal History*, Vol. 7 (3), 243 i 250.
[90] Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 104, 12 July 2013.
[91] Y v. Norway, no. 56568/00, § 46, ECHR 2003-11
[92] Rushiti v. Austria, no. 28389/95, §§ 30-31, 21 March 2000.
[93] Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 126, 12 July 2013.
[94] *Ibid*, § 123.

nezavisnih nalaza činjenica zasnovanih na drugačijim standardima dokazivanja[95].

4.4. Naknada

Presumpcija nevinosti ne daje pravo osobi koja je pritvorena prije i u toku suđenja da traži naknadu - ako je na kraju oslobođena optužbi. Značajno ograničeno pravo na naknadu je priznato članom 5 stav 5 Konvencije, ali zahtijeva više od oslobađanja od optužbi, jer apelant mora pokazati da je sam pritvor bio nezakonit u smislu člana 5[96]. U slučaju pritvora kada nije ostvarena pravda, član 3 Protokola broj 7 takođe daje pravo žrtvi na naknadu. Međutim, to ni u kom smislu nije posljedica presumpcije nevinosti. Odbijanje naknade samo po sebi ne pokreće pitanje koje se tiče ove presumpcije[97].

Evropski sud je zapazio da postoji velika razlika među evropskim državama u pogledu naknade osobi koja je u pritvoru u toku postupka, a zatim oslobođena optužbi. Sud je utvrdio da je u većini država naknada uslovljena ponašanjem apelanta prije ili u toku suđenja ili je jednostavno ostavljena na diskreciju sudovima[98].

U državama u kojima se često odobrava naknada kada je osoba, koja je bila pritvorena, naknadno oslobođena optužbi konačnom presudom - nije dopustivo da domaći sudovi spekulišu o krivici pojedinca. Oslobađajuća presuda nije neophodno dokaz nevinosti. Ali, ako se pretpostavlja da je pojedinac nevin dok ne bude osuđen u skladu sa članom 6 stav 2 Konvencije, onda presumpcija ostaje nedirnuta oslobađajućom presudom. Sud je naveo da je „izražavanje sumnji u vezi s nevinošću optuženog zamislivo sve dok okončanje krivičnog postupka ne rezultira odlukom o meritumu. Međutim, nije prihvatljivo osloniti se na takvu sumnju kada presuda o oslobađanju postane konačna“[99]. Niti se za naknadu, koja slijedi nakon presude o oslobađanju, od aplikanta može tražiti da dokaže svoju nevinost. U postupku naknade, „zahtijevati od osobe da utvrdi svoju nevinost, što ukazuje na to da

[95] Vanjak v. Croatia, no. 29889/04, §§ 68-71, 14 January 2010.
[96] Sekanina v. Austria, 25 August 1993, § 25, Series A no. 266-A;
[97] Capeau v. Belgium, no. 42914/98, § 23, ECHR 2005-1.
[98] Sekanina v. Austria, 25 August 1993, § 25, Series A no. 266-A.
[99] Rushiti v. Austria, no. 28389/95, § 31, 21 March 2000.

sud takvu osobu smatra krivom, nije razumno i otkriva povredu presumpcije nevinosti“[100].

Član 6 stav 2 Konvencije štiti i pojedince koji nisu oslobođeni krivice za krivično djelo ili gdje je prekinuto gonjenje - da ih javni službenici svojim postupcima tretiraju kao stvarne krivce[101]. Propust da se osigura poštovanje presude o oslobađanju ili odluke o obustavi, može učiniti da zaštita člana 6 stav 2, teoretski ili iluzorno, ugrozi ugled neke osobe, te način na koji ga javnost doživljava. Jedna od funkcija člana 6 stav 2 jeste „zaštita ugleda osobe koja je oslobođena optužbi od izjava ili postupaka koji slijede nakon takve presude, koji bi ga potkopali“[102]. U tom kontekstu, Evropski sud je naveo da se član 6 stav 2, u određenoj mjeri, preklapa sa zaštitom propisanom članom 8 stav 1 Konvencije[103]. Ali, u predmetu koji se tiče optužbi vladinog ministra da su osobe prekršile neku od rezolucija Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija, Evropski sud je utvrdio da je veza sa „krivičnim djelom“ predaleka i zaključio da se član 6 stav 2 ne primjenjuje[104].

5. Novija praksa Evropskog suda za ljudska prava

5.1. *Karaman v. Germany*

Presuda u predmetu *Karaman v. Germany*[105] ticala se primjenjivosti presumpcije nevinosti u okolnostima gdje su izjave o osumnjičenom koji je pod istragom - sadržane u presudi donesenoj protiv njegovih saoptuženih kojima se odvojeno sudilo. U ovom predmetu podnosilac predstavke i nekoliko drugih osoba osumnjičeni su za pronevjeru. Preliminarni krivični postupak protiv podnosioca predstavke odvojen je od istrage protiv saoptuženih. Pretresni sud je osudio saoptužene za teško pronevjeru. U toj fazi protiv podnosioca predstavke još nije formalno bila podignuta optužnica. U presudi je detaljno opisano kako je spletka organizovana. U izvorniku presude je navedeno puno ime podnosioca predstavke (u verziji objavljenoj na

[100] Hammern v. Norway, no. 30287/96, §§ 47-49, 11 February 2003;
[101] Capeau v. Belgium, no. 42914/98, § 25, ECHR 2005-1.
[102] Taliadorou and Stylianou v. Cyprus, nos 39627/05 and 39631/05, § 26, 16 October 2008.
[103] Allen v. the United Kingdom [GQ, no. 25424/09, § 94, 12 July 2013.
[104] Zollmann v. the United Kingdom (dec.), no. 62902/00, 27 November 2003, ECHR 2003-XII.
[105] Karaman v. Germany, no. 17103/10, 27 February 2014.

Internetu korišteni su inicijali) i izričito navedeno, u vezi sa specifičnim okolnostima, da je podnosilac predstavke odigrao važnu ulogu u tom kriminalnom poduhvatu.

Podnosilac predstavke je pred Sudom naveo povredu člana 6 stav 2 u odnosu na izjave sadržane u presudi pretresnog suda o njegovom učešću u navedenom krivičnom djelu. Evropski sud je bio mišljenja da je pravo na presumpciju nevinosti primjenjivo i da se u principu može pokrenuti preuranjenim proglašenjem krivice optuženog u kontekstu odvojenog suđenja njegovim suoptuženim, čak i ako sporne izjave nisu obavezujuće za sud koji će u konačnici suditi optuženom. Sud je prihvatio da u složenom krivičnom postupku, sa nekoliko optuženih osoba kojima se ne može zajedno suditi, to što pretresni sud spominje učešće trećih strana, kojima će se možda kasnije odvojeno suditi - može biti neophodno za ocjenu krivice onih kojima se sudi. Naveo je da su krivični sudovi dužni utvrditi činjenice relevantne za ocjenu krivične odgovornosti optuženog što tačnije i preciznije moguće, te da ne mogu odlučujuće činjenice predstavljati tek kao puke navode ili sumnje. Prema mišljenju Suda, ovo važi i za činjenice o učešću trećih strana. Međutim, upozorio je da kada sud mora uvrstiti takve činjenice, ne treba pružiti više informacija nego što je potrebno za ocjenu krivične odgovornosti osoba kojima sudi. Dolazeći do zaključka da nije bilo povrede člana 6 stav 2 u slučaju podnosioca predstavke, Sud je sljedeće faktore smatrao relevantnim: (i) bilo je neizbježno u svrhu ocjene krivice jednog od saoptuženih, detaljno izložiti uloge koje su odigrale sve uključene osobe, uključujući i podnosioca predstavke; (ii) formulacije koje je koristio pretresni sud dovoljno su jasno naznačavale da nijedno pominjanje podnosioca predstavke ne podrazumijeva utvrđivanje njegove krivice i (iii) u uvodnim napomenama za presudu objavljenu na Internetu i odluku Saveznog ustavnog suda o datom predmetu - naglašeno je da bi se kosilo s presumpcijom nevinosti ako bi se bilo kakva krivica pripisala podnosiocu predstavke na osnovu ishoda suđenja njegovim saoptuženim[106].

[106] Pregled prakse Evropskog suda iz 2015. Godine. Vijeće Evrope - Evropski sud za ljudska prava, 2016, str. 48 i 49.

5.2. *Dicle and Sadak v. Turkey*

Presuda u predmetu *Dicle and Sadak v. Turkey*[107] ticala se posljedica ponovnog pokretanja domaćeg krivičnog postupka nakon što je Evropski sud utvrdio povredu člana 6 Konvencije. Podnosioci predstavke, bivši članovi Državne skupštine Turske i pripadnici političke stranke koja je ugašena odlukom Ustavnog suda Turske, osuđeni su 1995. godine pravnosnažnom presudom na 15 godina zatvora zbog pripadnosti ilegalnoj organizaciji. Nakon toga, u presudi u predmetu *Sadak and others v. Turkey*[108], Evropski sud je utvrdio povredu člana 6 Konvencije u vezi sa tim postupkom. Nakon te presude, domaći postupak je ponovno pokrenut na osnovu člana 327 Zakona o krivičnom postupku Turske u obliku potpuno novog krivičnog postupka, nezavisno od prvobitnog postupka. U martu 2007. godine Porotni sud je potvrdio prvobitnu osuđujuću presudu, ali je kaznu zatvora smanjio sa 15 na sedam i po godina. U svojoj presudi taj sud je podnosioce predstavke nazivao „optuženim/osuđenim".

Podnosioci predstavke su se nakon toga pokušali kandidovati za parlamentarne izbore u julu 2007. godine, ali je njihove kandidature odbacila Državna izborna komisija na osnovu toga što nisu ispunjavali uslove za kandidaturu (zbog prvobitne osuđujuće presude). Međutim, u to vrijeme je bio ponovno pokrenut postupak u kojem su prvobitno bili osuđeni. Tek kasnije, nakon što je 2008. godine Kasacioni sud potvrdio presudu Porotnog suda donesenu u ponovljenom postupku, krivica podnosilaca predstavke je potvrđena.

Podnosioci predstavke su se žalili na kršenje člana 6 stav 2 Konvencije, posebno zbog načina na koji ih je Porotni sud nazivao u svojoj presudi iz 2007. godine. Isto tako, žalili su po članu 3 Protokola broj 1 - na povredu prava učešća na izborima.

Ovaj predmet postavlja neka zanimljiva pitanja. Prvo, Evropski sud je morao utvrditi da li se može smatrati da je Porotni sud, korištenjem termina „optuženi/osuđeni", umjesto jednostavno „optuženi", pri pozivanju na podnosioce predstavke u ponovljenom suđenju, označio ih krivim prije potvrđivanja njihove krivice. Drugo, Sud je morao odlučiti da li je činjenica da se prvobitna osuđujuća presuda nalazila u krivičnoj evidenciji podnosilaca predstavke, čak i nakon ponovnog pokretanja postupka - dovela do povrede

[107] ***Dicle** and **Sadak v. Turkey,*** no. 48621/07, 16 September 2015.
[108] 29900/96 i drugi, ECHR 2001-VIII, 17 Jul 2001.

prava podnosilaca predstavke na presumpciju nevinosti. Sud je na oba ova pitanja dao potvrdan odgovor.

(i) Što se tiče prve tačke, u skladu sa domaćim zakonom ponovno pokrenuti postupak je bio u potpunosti nezavisan od prvobitnog postupka - tako da se njihov predmet morao tretirati kao da se podnosiocima predstavke sudi prvi put. Porotni sud je i pored toga nastavio da koristi termin „optuženi/osuđeni" za podnosioce predstavke, iako još uvijek nije bilo utvrđeno, na osnovu dokaza i podnesaka odbrane, da li su oni krivi za ono što im se stavlja na teret (krivica podnosilaca predstavke nije potvrđena u ponovljenom postupku - sve dok kasnije Kasacioni sud nije potvrdio odluku Porotnog suda).

(ii) Što se tiče druge tačke, činjenica da je prvobitna osuda podnosilaca predstavke i dalje bila upisana u njihovu krivičnu evidenciju, čime su označeni krivim u vrijeme kada su, ponovnim pokretanjem postupka trebali u načelu biti smatrani „osumnjičenim za djela", predstavlja problem u smislu njihovog prava na presumpciju nevinosti u skladu sa članom 6 stav 2 Konvencije. Prema mišljenju Suda, to što su informacije o krivičnom djelu i dalje ostale upisane u krivičnu evidenciju o podnosiocima predstavke, predstavljalo je nedvosmislenu potvrdu, bez donesene pravnosnažne osuđujuće presude, da su podnosioci predstavke počinili navodno krivično djelo. To je predstavljalo povredu člana 6 stav 2 Konvencije.

Upravo u svjetlu ovakvog obrazloženja Sud je cijenio drugu žalbu, kojom su se podnosioci predstavke pozivali na povredu člana 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju. Podnosioci predstavke su, u načelu, trebali biti smatrani „osumnjičenim za djela". Odbacivanje njihovih kandidatura za zakonodavne izbore bilo je, s druge strane, zasnovano na njihovim prvobitnim osuđujućim presudama, koje su ostale upisane u krivičnu evidenciju. Sud je, shodno tome, utvrdio da se odbacivanje kandidatura podnosilaca predstavke nije moglo smatrati „propisano zakonom" u smislu odredbi Konvencije. Prema tome, došlo je do povrede Konvencije i po tom pitanju[109].

5.3. *Rywin v. Poland*

Presuda *Rywin v. Poland*[110] odnosila se na uticaj postupka ispitivanja jednog saborskog istražnog povjerenstva koji je vođen paralelno s krivičnim

[109] Godišnji izvještaj za 2015. godinu Evropskog suda za ljudska prava, Vijeće Evrope, 2016, str. 43 i 44.

[110] ***Rywin v. Poland,*** no. 6091/06, 18 February 2016.

postupkom u vezi s istim činjenicama. Podnosilac zahtjeva je producent filmova. On se našao u središtu skandala koji je nastao zbog navoda da su osobe na vlasti bile upletene u koruptivne radnje za vrijeme jednog zakonodavnog postupka o izmjenama poljskih zakona o emitovanju. Protiv podnosioca zahtjeva je pokrenut krivični postupak u vezi s tim. Istovremeno, Sabor je osnovao Istražno povjerenstvo koje je bilo zaduženo ispitati vjerodostojnost navoda protiv više političara i visokih zvaničnika. Podnosilac zahtjeva je proglašen krivim u krivičnom postupku. Dok je postupak po žalbi još uvijek bio u toku, Istražno povjerenstvo, čiji su postupci vođeni javno, objavilo je svoje zaključke. U svom izvještaju ono je navelo imena osoba za koje je smatralo da su pokušale zloupotrijebiti svoje uticajne položaje u finansijske i političke svrhe. Podnosilac zahtjeva je bio spomenut u izvještaju kao osoba koja im je pomagala u pokušajima korupcije. Žalba koju je uložio je odbijena tako da je krivična presuda postala konačna.

Podnosilac zahtjeva je pred Evropskim sudom posebno prigovorio da je izvještaj saborskog povjerenstva objavljen u trenutku kada krivična presuda još nije postala konačna, što je dovelo do povrede njegovog prava na presumpciju nevinosti. Sud je zaključio da ta odredba nije povrijeđena.

Presudu je vrijedno spomenuti zbog toga što se Evropski sud očitovao prvi put o uticaju paralelnog vođenja službene istrage i krivičnog postupka u vezi s istim činjenicama i okolnostima na presumpciju nevinosti. U presudama koje je donio ranije Sud je uspostavio mjerodavna načela u vezi s pitanjem izjava koje daju zvaničnici koje se mogu smatrati preuranjenim izjavama o krivici optužene osobe[111]. U predmetu koji se odnosio na podnosioca zahtjeva, Sud je ustanovio da saborska istražna povjerenstva moraju, također, poštovati jemstva koja pruža član 6 stav 2 u vezi sa opisom njihovih prava i dužnosti, načinom na koji vrše službenu dužnost i zaključaka koje objavljuju. Zanimljivo je istaći da Sud nije kritikovao ni u jednom momentu odluku da se dozvoli vođenje saborske istrage paralelno s krivičnim postupkom u vezi s istim činjenicama.

U ovom predmetu Evropski sud je vodio računa i o pitanjima od javnog interesa zbog kojih je osnovano istražno povjerenstvo i nužnosti da to povjerenstvo osigura transparentnost svojih postupaka i zaključaka. Sud je istakao da se uloga povjerenstva razlikovala od uloge krivičnog suda koji je morao odlučiti da li je podnosilac zahtjeva kriv. Sud je zapazio da istražno povjerenstvo nije bilo zaduženo za ispitivanje krivične odgovornosti podnosioca zahtjeva. Kao i u velikom broju predmeta u vezi sa članom 6 stav

[111] Vidi, primjera radi, *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98, 10 October 2000.

2, procjena Suda o spornom izražavanju ima važnu ulogu. Sud je smatrao u ovom predmetu da čak i ako je povjerenstvo navelo ime podnosioca zahtjeva u vezi s korupcijom visokih zvaničnika, on nije bio direktna meta i, pored toga, ono nije spomenulo krivični postupak koji je bio u toku protiv podnosioca zahtjeva, te se nije očitovalo o njegovoj eventualnoj krivičnoj odgovornosti za saučesništvo u korupciji[112].

5.4. *Ürfi Çetinkaya v. Turkey*

U *Ürfi Çetinkaya v. Turkey*[113] u saopštenju žandarmerije, od 5. decembra 2003. godine, da bi se opisao podnosilac predstavke, korišten je izraz „međunarodni trgovac droge“, dok je u isto vrijeme rečeno da je istraga u toku. Evropski sud je utvrdio da podnosilac predstavke nikada nije bio osuđen za trgovinu drogom i da je upravo to djelo za koje je on optužen u kontekstu različitih sudskih postupaka, uključujući i one koje se odnose na zapljenu droge 6. novembra 2003. godine, a koji se pominju u saopštenju. Sud je kritikovao upotrebu izraza „međunarodni trgovac droge“ koji je korišten da se na nekvalifikovan način opiše podnosilac predstavke u saopštenju i u pojedinim novinama zbog čega je povrijeđeno načelo presumpcije nevinosti.

5.5. *Paulikas v. Lithuania*

U *Paulikas v. Lithuania*[114] aplikant je bio Saulius Paulikas, državljanin Litvanije. Radio je kao policajac. Predmet se ticao njegove osude zbog vožnje u alkoholiziranom stanju.

Poslijepodne, 7. novembra 2007. godine, troje desetogodišnjaka je podleglo povredama nakon što ih je udario automobil u selu Aleksandrija, regija Skuodas. Sljedećeg jutra Paulikas se predao policiji i priznao da je on vozio automobil.

Nesreća je privukla veliku medijsku pozornost, koja je vodila do navoda da postoji veliki problem policajaca koji voze u alkoholiziranom stanju i uzrokuju saobraćajne nesreće. Generalni komandir policije, ministar unutrašnjih poslova i nekoliko političara su dali izjave o nesreći. Generalni komandir

[112] Pregled sudske prakse Suda u 2016. godini, Vijeće Evrope – Evropski sud za ljudska prava, 2017, str. 38 i 39.
[113] No. 19866/04, 23 Jul 2013.
[114] No. 57435/09, 24 January 2017.

policije i ministar unutrašnjih poslova su 12. novembra 2007. godine podnijeli ostavku. Isti dan, nakon što je prihvatio njihove ostavke, predsjednik Litvanije je dao službenu izjavu, pozivajući se direktno na događaje i povezujući ih sa širim problemima u policiji.

Paulikas je optužen za kršenje saobraćajnih propisa, da je bio pod uticajem alkohola, što je rezultiralo smrću drugih osoba, te za nepružanje pomoći osobama u životnoj opasnosti. Priznao je da je vozio automobil, ali je negirao da je bio pijan ili da je prekoračio ograničenje brzine, tvrdeći da je nesreća uzrokovana vremenskim neprilikama i nepromišljenim radnjama neke od djece. Značajna medijska pokrivenost se nastavila tokom suđenja, uključujući članke u brojnim publikacijama koji su se odnosili na Paulikasa kao „ubicu djece“ i svjedoke koji svjedoče za odbranu kao „branioce ubice djece“.

Okružni sud u Klaipėda je proglasio Paulikasa krivim po obje tačke optužnice, smatrajući da je bio pod uticajem alkohola, vozio dvostruko iznad ograničenja brzine i da je odmah pobjegao sa mjesta nesreće. Osuđen je na 10 godina zatvora i naređeno mu je da plati ukupno 3.000.000 litvanskih litasa odštete porodicama troje djece.

Paulikas se žalio na presudu i kaznu, tvrdeći da mu je suđenje bilo nepošteno zbog javnih izjava državnih dužnosnika i medijske kampanje protiv njega. Takođe se žalio da mu je određena strožija kazna jer je bio policajac. Regionalni sud u Klaipėdai je odbacio njegovu žalbu u vezi sa pravičnim suđenjem, ali je smanjilo kaznu na devet godina zatvora, a iznos štete na 900.000 litasa. Paulikas je podnio kasacionu žalbu, ali ju je Vrhovni sud 8. maja 2009. godine odbio.

Pozivajući se na član 6 stav 1 i član 6 stav 2 Konvencije Paulikas se žalio da nije imao pravično suđenje zbog izvještaja medija i javnih komentara državnih dužnosnika; posebno, jer je time prekršeno pravo na presumpciju nevinosti. Pozivajući se na član 14, u vezi s članom 6 Konvencije, žalio se da su domaći sudovi pri određivanju njegove krivice i odmjeravanju kazne nepravedno uzeli u obzir njegovu ulogu kao policajca.

Kada je riječ o medijskoj pokrivenosti, Evropski sud je utvrdio da iako su neke od riječi koje su se koristile mogle uticati na javnu percepciju aplikantove krivice, o slučaju je odlučeno u dobro obrazloženoj presudi na temelju opsežnih dokaza profesionalnih sudija koji su obučeni da zanemare nepropisan spoljni uticaj. Nije bilo dokaza da su oni nepravilno odlučili o predmetu zbog medija. U kontekstu javnih izjava političara, iako je Sud bio zabrinut zbog riječi koje je koristio predsjednik Litvanije, smatrao je da ni on niti bilo koji drugi političar nisu tvrdili da je aplikant kriv, niti su dali izjave o predmetu

koje su bile ključne za utvrđivanje krivice (kao npr. da li je aplikant pio ili prebrzo vozio).

5.6. *Allen v. United Kingdom*

Predmet *Allen v. United Kingdom*[115] se odnosio na odbijanje da se dodijeli obeštećenje majci koja je oslobođena optužbe za ubistvo iz nehata četvoromjesečnog sina - poslije ukidanja njene osude.

Evropski sud je utvrdio, posebno, da zakoni na osnovu kojih je podnositeljka predstavke zahtijevala obeštećenje nisu zahtijevali ocjenu njene krivice i nisu postavljali pitanje njene nevinosti. Pored toga, britanski sudovi su razmatrali, što je od njih traženo da učine na osnovu relevantnog zakonodavstva za dodjelu obeštećenja - da li je došlo do bilo kakve „pogrešne presude“ i zaključili da nije ustanovljeno postojanje pogrešne presude izvan svake razumne sumnje. Britanski sudovi nisu ispitivali zaključak u njenoj žalbi u krivičnom postupku da je njena osuda bila nesigurna i nisu komentarisali da li bi podnositeljka predstavke trebalo, ili bi vjerovatno trebalo, da bude oslobođena ili osuđena na osnovu novog zakona koji je doveo do ukidanja njene osude. Oni su konstantno ponavljali da bi bilo na poroti da ocijeni novi dokaz, ako bi došlo do ponovnog suđenja. Stoga, jezik koji su britanski sudovi koristili u svojim odlukama o obeštećenju nije ugrozio oslobađanje podnositeljke predstavke, niti je prema njoj postupano na način nekonzistentan sa njenom nevinošću.

Evropski sud je objasnio da član 6 stav 2 Konvencije ne garantuje osobi oslobođenoj za krivično djelo pravo na obeštećenje zbog pogrešne presude. Stoga je prvo trebalo ispitati da li se član 6 stav 2 primjenjuje na postupak radi obeštećenja. Sud je konstatovao da član 6 stav 2 nameće određene proceduralne zahtjeve u kontekstu krivičnog suđenja. Međutim, on takođe ima i drugi aspekt čiji cilj je da zaštiti pojedince koji nisu osuđeni za krivično djelo od toga da ih vlasti tretiraju kao da su zapravo krivi. Kada je krivični postupak zaključen, podnosilac predstavke koji želi da se pozove na član 6 stav 2 - u kasnijem postupku bi trebalo da pokaže da postoji veza između dva postupka. U ovom slučaju je postojala potrebna veza s obzirom na to da je pravo da se pokrene kompenzacioni postupak bilo izazvano (aktivirano) oslobađanjem podnositeljke predstavke u krivičnom postupku. Zato su i vlasti i sudovi koji su donijeli i preispitivali odluku o obeštećenju - morali da uzmu u obzir

[115] No. 25424/09, 12 July 2013.

presudu koja je donijeta po krivičnoj žalbi. Stoga je član 6 stav 2 bio primjenjiv.

U kontekstu činjenice da li je odredba člana 6 stav 2 povrijeđena u konkretnom slučaju, Sud je istakao značaj prirode i konteksta postupka u kome je donijeta osporena odluka. Od krucijalnog značaja je jezik korišten u odluci.

Ispitujući prirodu i kontekst postupka u slučaju podnositeljke predstavke, Sud je primijetio da oslobađanje podnositeljke predstavke nije bilo oslobađanje „u meritumu" u pravom smislu. Iako formalno oslobađanje, okončanje krivičnog postupka u njenom slučaju je imalo više karakteristika slučaja u kome je krivični postupak prekinut (obustavljen). Dalje je primijetio da je prema članu 133 Zakona iz 1988. godine za pravo na obeštećenje potrebno da se ispune određeni kriterijumi. Naime, podnosilac zahtjeva mora da je bio osuđen; ona je morala da kao posljedicu trpi kaznu; žalba je morala da bude dozvoljena po proteku roka; osnov za dozvolu žalbe je morala da bude nova činjenica koja je pokazala izvan razumne sumnje da je donijeta pogrešna presuda. Ništa u ovim kriterijumima nije dovodilo u pitanje nevinost osuđene osobe i sam zakon nije zahtijevao ocjenu krivice.

U pogledu jezika koji su koristili Visoki sud i Apelacioni sud, Sud nije smatrao da je on, posmatran u kontekstu postupanja koje su sudovi bili dužni da preduzmu na osnovu člana 133, ugrozio oslobađanje podnositeljke predstavke ili da je ona tretirana na način nesaglasan sa njenom nevinošću. Sudovi su ustanovili da je došlo do „pogrešne presude" i nisu komentarisali da li bi, na osnovu dokaza iznijetih u žalbi, podnositeljka predstavke trebalo da bude ili bi mogla da bude oslobođena ili osuđena. Isto tako, oni nisu komentarisali da li su dokazi ukazivali na njenu krivicu ili nevinost. Oni su dosljedno ponavljali da bi bilo na poroti da ocijeni novi dokaz, ako bude naloženo ponovno suđenje. Pored toga, na osnovu zakona o krivičnom postupku u Velikoj Britaniji, na poroti je u krivičnom suđenju po optužnici da ocijeni dokaze optužbe i da utvrdi krivicu okrivljenog. Uloga Krivičnog odjeljenja Apelacionog suda u slučaju podnositeljke predstavke je bila da odluči da li je osuda bila „nesigurna", a ne da zamijeni porotu u odlučivanju da li je na osnovu novih, sada dostupnih dokaza, njena krivica ustanovljena izvan razumne sumnje. Odluka da ne naloži ponavljanje suđenja je sačuvala podnositeljku predstavke stresa i anksioznosti prolaženja kroz još jedno krivično suđenje. I Visoki sud i Apelacioni sud su se pozvali na presudu Krivičnog odjeljenja u obimu da utvrde da li je došlo do pogrešne presude i nisu zahtijevali postizanje bilo kakvih autonomnih zaključaka o ishodu slučaja. Oni nisu ispitivali zaključak Krivičnog odjeljenja Apelacionog suda da je osuda bila nesigurna, niti su

sugerirali da je Krivično odjeljenje pogriješilo u ocjeni dokaza. Prihvatili su vrijednost nalaza Krivičnog odjeljenja i na njima su zasnovali odluku, bez ikakve izmjene ili ponovne procjene - u cilju odlučivanja da li je bio zadovoljen kriterijum iz člana 133.
Sud je stoga bio uvjeren da presude Visokog suda i Apelacionog suda u slučaju podnositeljke predstavke nisu prekršile njeno pravo na pretpostavku nevinosti u odnosu na krivičnu optužbu za ubistvo iz nehata za koje je oslobođena. Stoga nije povrijeđen član 6 stav 2 Konvencije.

5.7. *Demjanjuk v. Germany*

U *Demjanjuk v. Germany*[116] aplikanti su Vera Demjanjuk i John Demjanjuk, američki državljani. Žive u SAD-u. Prva aplikantica je udovica, a drugi aplikant je sin pokojnog Johna Demjanjuka. Predmet se odnosio na odluku domaćih sudova da se optuženim ne nadoknađuju nužni troškovi iako je postupak obustavljen.
U maju 2011. godine Regionalni sud II u Minhenu, nakon 91 dana suđenja, osudio je pokojnog Johna Demjanjuka po 16 tačaka optužnice kao pomoćnika u ubistvu najmanje 28.060 osoba. Utvrdio je da je, u svojstvu stražara u logoru Sobibor u Poljskoj, pomogao i podržao sistemsko ubijanje ljudi koji su u konvojima bili deportovani u logor u periodu od marta do septembra 1943. godine. Osudio ga je na ukupno pet godina zatvora za te zločine.
I osuđeni i državni tužilac podnijeli su žalbe Saveznom sudu pravde. John Demjanjuk je umro 17. marta 2012. godine, a tada Savezni sud još nije primio spis predmeta. U aprilu 2012. godine Okružni sud je obustavio postupak zbog smrti Demjanjuka. U istoj odluci presudio je da država ne snosi nužne troškove osuđenog.
Žalbeni sud u Minhenu odbacio je žalbu zbog nedostatka *locus standi* na tu odluku u oktobru 2012. godine i odbio zahtjev za saslušanjem (Anhörungsrüge). Savezni ustavni sud odbio je razmotriti ustavnu tužbu aplikanata u decembru 2014. godine.
Pozivajući se na član 6 stav 2 Konvencije, aplikanti su prigovarali da je odluka Okružnog suda da ne nadoknadi nužne troškove pokojnog Johna Demjanjuka u vezi s obustavom krivičnog postupka protiv njega - prekršila presumpciju nevinosti. Prema članu 6 stav 1 (pristup sudu), oni navode povredu prava na

[116] No. 24247/15, 24 January 2019.

pristup sudu kao rezultat odluke žalbenog suda u Minhenu da odbaci njihove žalbe protiv odluke iz aprila 2012. godine kao nedopuštene.
Evropski sud je posebno utvrdio da odluka žalbenog suda o nedostatku *locus standi* nije uticala na pravo aplikanata da se njihovi zahtjevi ispitaju, te da stoga nije došlo do povrede člana 6 stav 1. Sud je takođe utvrdio da iako se neke od formulacija sadržanih u odluci Okružnog suda mogu smatrati nespretnim, domaći sud je jasno stavio do znanja da se njegova odluka temeljila na stanju sumnje protiv optuženog i da nije sadržavala nalaz o krivici. Stoga, načelo presumpcije nevinosti nije povrijeđeno.

5.8. *Stirmanov v. Russia*

U *Stirmanov v. Russia*[117] aplikant je Robert Anatolijević Stirmanov, ruski državljanin. Žalio se Evropskom sudu na kršenje njegovog prava da se smatra nevinim.
U aprilu 2005. godine L., direktor državne firme, podnio je tužbu protiv aplikanta, koji je u to vrijeme predsjedavao komisijom za sporove firme, optužujući ga da je prekoračio granice svojih dužnosti. L. je tvrdio da je u maju 2003. godine aplikant donio odluku o zaostalim platama u suprotnosti s primjenjivim postupkom. L. je zatražio da državni tužilac pokrene krivičnu istragu protiv aplikanta zbog „proizvoljnih nezakonitih radnji".
Tužilac je 4. avgusta 2005. godine odbio pokrenuti istragu zbog toga što je krivično djelo zastarjelo. Okružni sud je 11. oktobra 2005. godine ukinuo odluku tužioca na temelju toga što se krivični postupak može prekinuti zbog zastare samo uz saglasnost osobe koja je pod istragom. Tužilac je 24. novembra 2005. godine saslušao aplikanta, koji je odbio svjedočiti o osnovanosti optužbi protiv njega, ali je izrazio svoje neslaganje u pogledu prekida postupka zbog zastare. Tužilac je ponovno odbio pokrenuti krivičnu istragu, a Stirmanov se žalio na tu odluku. Tužilac je 24. aprila 2006. godine donio novu odluku kojom je odbio pokrenuti krivičnu istragu. Aplikant nije bio obaviješten o toj odluci. Dopisom od 10. januara 2008. godine tužilac je obavijestio aplikanta da mjerodavno zakonodavstvo ne zahtijeva od organa krivičnog progona da obavijesti dotičnu osobu o bilo kakvom odbijanju pokretanja krivične istrage. Aplikant je zatražio od sudova da ukinu tužilačku odluku. Kako je taj zahtjev odbijen, aplikant je izjavio žalbu zbog, između ostalog, činjenice da je proglašen krivim za krivično djelo u okviru

[117] No. 31816/08, 29 January 2019.

vansudskog postupka u kojem nije mogao ostvariti svoja prava na odbranu. Okružni sud u Arkhangelsku odbio je njegovu žalbu.

Pozivajući se na član 6 stav 2, aplikant se žalio na povredu načela pretpostavke nevinosti s obzirom na odluku koju je tužilac donio 24. aprila 2006. godine. Takođe se žalio na obrazloženje predmetne odluke i tvrdio da sudovi koji su odlučivali o njegovom zahtjevu za ukidanje te odluke - nisu ispravili navodnu povredu.

Aplikant nije bio osuđen za predmetno krivično djelo. Međutim, Evropski sud je primijetio da uslovi u kojima je izrečena odluka tužioca od 24. aprila 2006. godine nisu ostavili nikakvu sumnju u njegovo mišljenje da je aplikant kriv. Tužilac je u više navrata nedvosmisleno izjavio da je aplikant „počinio krivično djelo prema članu 33 stav 1 Zakona o krivičnom postupku". Evropski sud je utvrdio da korišteni izrazi očito nadilaze izjavu o pukoj sumnji u pogledu aplikantove krivice.

6. Praksa Ustavnog suda BiH

Ustavni sud ukazuje da će član 6 stav 2 Konvencije biti povrijeđen ako sudska odluka ili, čak, izjava dužnosnika koja se odnosi na osobu koja je optužena za krivično djelo - odražava mišljenje da je kriva prije nego što se njena krivica dokaže po zakonu. Dovoljno je da, u odsustvu zvanične odluke, postoji određeno mišljenje koje ukazuje da sud ili dužnosnik u pitanju smatra optuženog krivim, dok će preuranjeno iznošenje takvog jednog mišljenja od strane samog suda neizbježno prekršiti navedenu pretpostavku[118]. Pri tome, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud ukazao da „javni zvaničnik" ne mora biti već izabrani predstavnik ili službenik državnih organa u tom vremenu. Taj pojam može obuhvatiti i lica koja imaju poznat i priznat položaj u javnosti, bilo da su na nekom važnom javnom položaju ili da su imala takav položaj ili da se kandiduju za dužnost izabranog predstavnika[119].

Ustavni sud, dalje, podsjeća da je Evropski sud u presudi *Peša protiv Hrvatske* (st. 138-141) ukazao na osnovne principe prava na presumpciju

[118] Vidi, Evropski sud, *Deweer protiv Belgije,* presuda od 27. februara 1980. godine, Serija A, broj 35, str. 30, § 56; *Minelli protiv Švajcarske,* presuda od 25. marta 1983, Serija A, broj 62, st. 27, 30 i 37; *Allenet de Ribemont protiv Francuske,* presuda od 10. februara 1995. godine, Serija A, broj 308, str. 16, st. 35 i 36 i *Karakas i Yesilirmak protiv Turske* broj 43925/985, stav 49, od 28. juna 2005. godine.

[119] Vidi, Evropski sud, *Kouzmin protiv Rusije,* predstavka broj 58939/00, presuda od 18. marta 2010. godine, st. 59-69.

nevinosti iz člana 6 stav 2 Konvencije. Naime, Evropski sud je ukazao, između ostalog, da član 6 stav 2 Evropske konvencije u svom relevantnom aspektu ima cilj da spriječi podrivanje pravičnog suđenja izjavama koje prejudiciraju, a koje su date u bliskoj vezi s postupkom. Njime se zabranjuje samom sudu da preuranjeno izražava mišljenje da je lice „optuženo za krivično djelo" krivo prije nego što mu je to dokazano prema zakonu, ali, takođe, obuhvata i izjave državnih zvaničnika koje ohrabruju javnost da vjeruje da je osumnjičeni kriv i prejudiciraju ocjenu činjenica nadležne sudske vlasti[120]. Evropski sud je, dalje, ukazao da sloboda izražavanja, zajemčena članom 10 Konvencije, uključuje slobodu da se primaju i daju informacije. Stoga, član 6 stav 2 ne može spriječiti vlasti da informišu javnost o krivičnim istragama koje su u toku, ali traži da to čine uz svu potrebnu diskreciju i oprez, ako će biti poštovana pretpostavka nevinosti[121].

Praksu Evropskog suda Ustavni sud je slijedio u predmetu broj AP-4319/14 od 18. decembra 2014. godine[122]. U navedenoj odluci, slijedeći citirane principe, Ustavni sud je zaključio da su izjave direktora Federalne uprave policije, poslanika u Parlamentarnoj skupštini BiH i člana Predsjedništva BiH predstavljale izjavu o apelantovoj „krivici", te da su kao takve prejudicirale ocjenu činjenica od nadležne sudske vlasti. U izjavama navedenih zvaničnika su korištene jezičke formulacije u kojim je eksplicitno izraženo mišljenje da u apelantovim radnjama „ima i krivične odgovornosti", da „ukoliko bude pravde u BiH, da će završiti u zatvoru", odnosno da će ga „poslati u zatvor". Navedene izjave su date nakon događaja od 7. februara 2014. godine u Sarajevu (kada je zapaljena zgrada Predsjedništva BiH, a povodom kojeg se kasnije vodio krivični postupak protiv apelanta pred Sudom BiH zbog krivičnog djela nesavjesni rad u službi iz člana 224 stav 2 u vezi sa stavom 1 Krivičnog zakona BiH). Ustavni sud je, podržavajući praksu Evropskog suda povodom tog pitanja, smatrao da su navedeni javni zvaničnici, prilikom davanja svojih izjava, trebali posebno oprezno birati riječi pri opisivanju apelantove krivične odgovornosti u vezi s predmetnim događajem. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, Ustavni sud je smatrao da su te izjave ohrabrile javnost da

[120] Vidi *Allenet de Ribemont,* stav 41; *Daktaras protiv Litvanije*, broj 42095/98, st. 41-43, ECHR 2000-X i *Butkevičius protiv Litvanije*, broj 48297/99, stav 49, ECHR 2002-II.
[121] Vidi *Allenet de Ribemont,* stav 38 i *Karakaş i Yeşilırmak protiv Turske*, broj 43925/98, stav 50, od 28. juna 2005.
[122] Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4319/08 od 18. decembra 2014. godine, tač. 27-32, dostupna na *www.ustavnisud.ba.*

vjeruje da je apelant kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom, te zaključio da je, usljed izjava navedenih javnih zvaničnika, došlo do povrede apelantovog prava iz člana 6 stav 2 Konvencije[123].

(1) U *Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP-4318/16 od 16. februara 2018. godine* Ustavni sud je zaključio da postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Konvencije kada Okružni sud u sumnji o postojanju određenih činjenica ne izvrši analizu svih provedenih dokaza u postupku - njihovim dovođenjem u uzajamnu logičku vezu, na način koji je povoljniji za apelanta**.** Ustavni sud zapaža da iz osporene presude ne proizlazi da je Okružni sud u ponovnom postupku uzeo u obzir sve provedene dokaze koji se tiču predmetne saobraćajne nezgode, uključujući analizu nalaza i mišljenja vještaka saobraćajne struke koji su dali svoje nalaze i mišljenja o doprinosima apelanta i oštećenog predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, te koji dokazi su trebali, skupa s nalazima i mišljenjima vještaka medicinske struke, dati decidiran i jasan odgovor na ključno pitanje da li se predmetna saobraćajna nezgoda mogla izbjeći da nije bilo alkoholisanosti oštećenog, te da je oštećeni svoju vožnju prilagodio uslovima na putu, odnosno da li je apelant isključivo i jedino odgovoran za saobraćajnu nezgodu koja se desila.

U tom kontekstu, Ustavni sud smatra da je Okružni sud bio dužan da izvrši analizu svih provedenih dokaza kako u postupku koji je prethodio donošenju Odluke Ustavnog suda broj AP 1328/13, tako i u ponovljenom postupku, naročito da dovede u vezu sačinjene nalaze i mišljenja vještaka saobraćajne struke, te vještaka medicinske struke pojedinačno i pri tome da dâ obrazloženje kako svakog dokaza pojedinačno tako i svih dokaza zajedno, te da sve provedene dokaze dovede u uzajamnu logičku vezu i da konačno nakon takve analize utvrdi van razumne sumnje apelantovu krivicu ili eventualno njegovu nevinost. Međutim, Ustavni sud smatra da Okružni sud u ponovnom postupku nije postupio na navedeni način, slijedom čega proizlazi da razlozi koje je naveo Okružni sud dovode u sumnju odluku o apelantovoj krivici.

(2) Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Evropske konvencije kada konstatacija u rješenju o produženju pritvora apelantu nakon podizanja optužnice protiv njega, po kojoj postupak još uvijek nije okončan - predstavlja izjavu o apelantovoj „krivici“ prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom (*Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-20/17 od 15. februara 2017. godine*).

[123] Tač. 34 i 35.

Evropski sud je u predmetu *Matijašević protiv Srbije*[124] utvrdio povredu aplikantovog prava na presumpciju nevinost jer je u prvostepenom rješenju o produženju pritvora aplikantu nakon podizanja optužnice konstatovano da je „počinio krivična dela koja su predmet ove optužbe“, a drugostepeni sud, odlučujući o aplikantovoj žalbi u kojem je tvrdio da mu je tako povrijeđena presumpcija nevinosti, uopšte se nije izjasnio o tom navodu. Evropski sud je zaključio[125] da je prvostepeni sud aplikanta proglasio krivim prije nego što je to dokazano prema zakonu, a da je drugostepeni sud, odlučujući o aplikantovoj žalbi, propustio ovu „grešku“ otkloniti. Najzad, Evropski sud je istakao[126] da „treba napraviti suštinsku razliku između izjave da je neko samo osumnjičen da je izvršio krivično delo i jasne sudske objave, u odsustvu pravnosnažne presude, da je pojedinac izvršio krivično delo u pitanju“.

Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju bio u toku krivični postupak protiv apelanta pred Kantonalnim sudom, kojem je optužnicom stavljeno na teret da je počinio navedeno krivično djelo. Nadalje, spornu konstataciju iznio je isti Kantonalni sud u kontekstu razmatranja postojanja posebnog pritvorskog razloga iz člana 146 stav 1 tačka c) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH u rješenju o produženju pritvora apelantu koje je donio u skladu sa zakonskom obavezom o dvomjesečnoj kontroli pritvora nakon potvrđivanja optužnice. U tom smislu, Kantonalni sud je konstatacijom „da je optuženi krivično djelo počinio u toku dana kada je mogao biti uočen od strane većeg broja građana i uhvaćen na licu mjesta, što upućuje na odlučnost u činjenju djela“ - nesumnjivo prekoračio presumpciju nevinosti apelanta. Nadalje, a suprotno stanovištu Vrhovnog suda, ne može se zaključiti da sporna konstatacija odražava „stanje sumnje“ protiv apelanta, jer je očigledno iznesena kao utvrđena činjenica. U tom smislu, nije prihvatljiva ni argumentacija Vrhovnog suda da je prvostepeni sud u osporenom rješenju izveo zaključak da postoji utemeljena sumnja da je apelant počinio krivično djelo, te da su u vezi s tim dati jasni i određeni razlozi. Naime, konstatacija Kantonalnog suda „da je optuženi krivično djelo počinio u toku dana kada je mogao biti uočen od strane većeg broja građana i uhvaćen na licu mjesta“, pri obrazlaganju postojanja posebnog pritvorskog razloga iz člana 146 stav 1 tačka c) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, ima učinak jasne

[124] Vidi, Evropski sud, presuda od 19. juna 2006. godine, dostupna na *http://www.zastupnik.gov.rs/ images/matijasevic_p_23037-04_ser_cir.pdf*.
[125] Vidi stav 47.
[126] Vidi stav 48.

sudske objave, u odsustvu pravnosnažne presude da je apelant izvršio krivično djelo u pitanju[127]. Prerano iznošenje ovakvih izjava od strane suda nema opravdanje ni kada su, kao u okolnostima konkretnog slučaja, kako navodi Vrhovni sud, dati jasni i određeni razlozi za zaključak o postojanju utemeljene sumnje[128].

Slijedom navedenog, Ustavni sud smatra da nije potrebno posebno ispitivati i apelantove navode da mu je pretpostavka nevinosti povrijeđena i zbog činjenice da je u vijeću Vrhovnog suda koje je odlučivalo o apelantovoj žalbi odlučivao i sudija pred kojim je vođen glavni pretres prema potvrđenoj optužnici protiv apelanta, a koji je u međuvremenu imenovan za sudiju Vrhovnog suda.

(3) Postoji povreda na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Konvencije kada konstatacija u rješenju o preispitivanju daljnje opravdanosti mjera zabrane izrečenih u toku istrage koja se vodi protiv apelanta i koja još uvijek nije okončana - predstavlja izjavu o apelantovoj „krivici“ prije nego što je ona i dokazana (*Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-3924/17 od 25. oktobra 2017. godine*). Ustavni sud smatra da konstatacija iz osporenog rješenja Kantonalnog suda „da je krivično djelo koje im se stavlja na teret počinjeno“ - ima učinak jasne sudske objave u odsustvu pravnosnažne presude da je apelant izvršio krivično djelo u pitanju.

(4) Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 st. 1 i 2 Konvencije u situaciji kada je Vrhovni sud donio osporenu presudu bez poštovanja pravnog stava Ustavnog suda izraženog u Odluci broj AP-2635/09 od 28. septembra 2012. godine, odnosno kada u postupku nije dato logično i uvjerljivo obrazloženje da je optužba dokazala apelantovu krivicu za predmetno krivično djelo, nego obrazloženja presuda ostavljaju razumnu sumnju o apelantovoj krivici (*Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-1480/13 od 1. decembra 2016. godine*). I u ponovnom postupku Ustavni sud ocjenjuje da zaista proizlazi da je apelantova izjava o priznanju upitna sa aspekta da li je data dobrovoljno, tj. da li je jasna i potpuna, zatim, nema drugih objektivnih dokaza koji bi tu izjavu izvan svake razumne sumnje potkrijepili, tako da se nameće logičan zaključak da redovni sudovi nisu dali obrazloženje kojim bi se izvan razumne sumnje moglo zaključiti da je apelant počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.

---

[127] Vidi *Matijašević*, stav 49.

[128] Vidi, Evropski sud, *Garycki protiv Poljske***,** presuda od 6. februara 2007. godine, stav 70.

(5) Postoji kršenje prava iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Konvencije u odnosu na izjave javnih zvaničnika direktora SIPA-e, ministra bezbjednosti Bosne i Hercegovine i, portparola Tužilaštva BiH, jer su predstavljale izjavu o apelantovoj „krivici“, te su kao takve prejudicirale ocjenu činjenica od nadležne sudske vlasti i ohrabrile javnost da vjeruje da je apelant kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom (*Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-2011/15 od 22. decembra 2016. godine*).

U vezi sa apelantovim navodima da mu je povrijeđena presumpcija nevinosti zato što su snimci sa prisluškivanim razgovorima reprodukovanim na ročištu za glavni pretres u predmetnom krivičnom postupku, kao i snimci sa razgovorima koji nisu uopšte reprodukovani na glavnom pretresu u to vrijeme, emitovani u emisiji FTV „Mreža“, Ustavni sud zapaža da apelant ne ukazuje u ovom dijelu na preuranjeno izražavanje Suda BiH, niti na izjave državnih zvaničnika, nego da je postupajući tužilac Tužilaštva BiH dostavio audio CD sa presretnutim razgovorima medijima. Međutim, apelant ovaj navod nije potkrijepio nijednim dokazom, već zaključak da je tužilac dostavio audio CD sa presretnutim razgovorima medijima temelji na činjenici da sporni snimci presretnutih razgovora, u vrijeme kada su oni objavljeni u navedenoj emisiji, nisu imali ni odbrana ni Sud BiH, pa, imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ove apelantove navode o kršenju presumpcije nevinosti smatra neosnovanim.

Takođe, Ustavni sud zapaža da je, suprotno apelantovim navodima, iz citiranog dijela sporne Odluke predsjednice Suda BiH o pokretanju disciplinskog postupka protiv zaposlenog A. B. vidljivo da je jasno navedeno da je krivični postupak koji se vodi protiv apelanta i drugih optuženih „bio u fazi istrage“ i da je „među ostalim osumnjičenim - optuženim i B. C., član organizovane kriminalne grupe“, dakle, nije navedena bilo kakva tvrdnja u vezi sa apelantovom krivicom, a da prije toga nije postojala odrednica „osumnjičeni“ i „optuženi“. Iz ovoga Ustavni sud zaključuje da navedenim izražavanjem predsjednica Suda BiH nije prejudicirala apelantovu krivicu na bilo koji način. Ustavni sud je ocijenio i da su citirane fraze sadržane u kontekstu odluke o pokretanju disciplinskog postupka protiv zaposlenog u Sudu BiH, a ne u kontekstu krivičnog postupka koji se vodi protiv apelanta, kao i da navedena odluka nije namijenjena medijima i javnosti, a ni vijeću Suda BiH pred kojim se vodio postupak u apelantovom predmetu. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je i ove apelantove navode o kršenju presumpcije nevinosti ocijenio neosnovanim.

S druge strane, u vezi sa apelantovim navodima o povredi njegovog prava, garantovanog članom 6 stav 2 Konvencije, izjavama drugih zvaničnika (izjava

direktora SIPA-e, ministra bezbjednosti BiH i portparola Tužilaštva BiH), Ustavni sud zapaža da su nakon hapšenja većeg broja lica u operaciji kodnog naziva „Lutka“, između ostalog i apelanta, protiv koga se trenutno vodio krivični postupak pred Sudom BiH prema optužnici Tužilaštva BiH od 28. avgusta 2013. godine kojom se tereti za krivično djelo organizovani kriminal u vezi sa više krivičnih djela, pojedini javni zvaničnici davali izjave u medijima u vezi sa lišavanjem slobode većeg broja lica, a koje su se odnosile i na apelanta. Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je apelant u prilogu apelacije dostavio videosnimke i fotokopije novinskih članaka na koje je ukazao u apelaciji, te u koje je Ustavni sud, prilikom razmatranja apelacionih navoda, izvršio uvid.

U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da je direktor SIPA-e, na konferenciji za novinare, održanoj 12. septembra 2012. godine, dajući izjavu u vezi sa hapšenjem većeg broja osumnjičenih lica, među kojima i apelanta, naveo: „Sva ova krivična djela imala su cilj sticanje velike materijalne koristi i izazivanje straha kod građana, što bi samo po sebi stvorilo pogodno tlo za nestabilnost države i njenih građana, a potom bi mogla da prouzrokuju teže i nesagledive posljedice po državu i njeno uređenje. Sve to bio je i jedan od ciljeva ove organizacije koji bi im dao snagu i učvrstio pozicije za djelovanje. Ovo je dosad najsloženija i najveća policijska akcija u BiH, te cijenimo da smo napravili ogroman uspjeh koji će imati podršku građana i institucija. Ovim smo pokazali snagu policijskih agencija u BiH i dali jasnu poruku kriminalcima... Sve ove aktivnosti su realizacija operativne akcije kodnog naziva “Lutka”, nakon čega više ništa neće biti isto. Ovo je početak kraja organizovanog kriminala u BiH“. Istog dana, 12. septembra 2012. godine, kao gost Dnevnika TV1, na pitanje o apelantu, direktor SIPA-e je izjavio „da je to najjača i najsloženija operativna akcija na razbijanju zločinačke organizacije i organizovanog kriminala na prostorima Bosne i Hercegovine. Samim tim, ona danas ima epilog sa mnogo jakim dokazima i jasno govori da pojedinac ne može biti protiv sistema i ma ko on bio, znači biće predmet obrade bilo kojih agencija“.

Razmatrajući navedene izjave, Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je obavještavanje javnosti putem medija o navodnom krivičnom djelu i toku krivičnog postupka koji je iz njega slijedio - potrebno i dozvoljeno. Međutim, ova dužnost da se obavještava javnost - ne može opravdati sav mogući izbor

riječi, nego treba biti obavljena tako da se poštuje pravo osumnjičenih da se smatraju nevinim[129].

U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da su sporne izjave date isti dan nakon lišavanja slobode apelanta i drugih lica, u okviru operativne akcije kodnog naziva „Lutka", te, u vezi s tim, ukazuje da je, u smislu prakse Evropskog suda, potrebno da se, čak i prije nego što je pokrenut krivični postupak protiv određenog lica, ne daju nikakvi javni navodi koji bi se mogli tumačiti kao da, prema mišljenju određenih važnih javnih zvaničnika, potvrđuju krivicu tog lica[130]. Ustavni sud, prije svega, uočava da ni u jednoj od ovih izjava nije bilo spomenuto apelantovo ime. Međutim, imajući u vidu da su imena lica lišenih slobode, uključujući i apelantovo ime, bila objavljena u medijima, između ostalog i u Dnevniku TV1, kao i da je direktor SIPA-e svoju izjavu o akciji kodnog naziva „Lutka" i navodnom kriminalnom djelovanju lica lišenih slobode u toj akciji dao nakon pitanja voditeljice Dnevnika u kojem je izričito navela apelantovo ime, Ustavni sud smatra da su navedene izjave jasno upućivale, *inter alia*, na apelanta[131].

Dalje, analizirajući sâm sadržaj spornih izjava, Ustavni sud zapaža da navedene izjave, pored uobičajenih tekstualnih formulacija koje se odnose na rad policijskih službi u vezi sa rasvjetljavanjem krivičnih djela, sadrže i formulacije u kojima je direktor SIPA-e, bez ikakve ograde u pogledu krivice apelanta i ostalih lica obuhvaćenih navedenom akcijom (u smislu da se navedena lica sumnjiče da su počinila određena krivična djela), izrazio da se radi o zločinačkoj organizaciji. Stoga, ove izjave, u smislu citiranih standarda Evropskog suda i Ustavnog suda, nisu bile ograničene na to da opišu status postupka koji je bio u toku ili „stanje sumnje" protiv apelanta, nego su bile iznošene kao utvrđena činjenica, bez ikakve zadrške u pogledu apelantove krivice.

U istom pravcu se, prema mišljenju Ustavnog suda, može tumačiti i izjava ministra bezbjednosti BiH, objavljena u dnevnom listu „Oslobođenje", 6. oktobra 2012. godine, u kojoj je, takođe, bez ikakvih ograda i zadrške u pogledu apelantove krivice, navedeno da je riječ „o ozbiljnom lancu organiziranog kriminala". Uz to, Ustavni sud zapaža da je u izjavi portparola Tužilaštva BiH od 2. aprila 2014. godine navedeno da se „radi, doista, o jednoj od najopasnijih zločinačkih organizacija", bez ikakve ograde u pogledu krivice

[129] Vidi, *mutatis mutandis*, *Peša,* stav 143.
[130] Vidi, *mutatis mutandis*, *Butkevičius,* stav 51.
[131] Vidi, *mutatis mutandis*, *Peša,* stav 146.

apelanta i ostalih lica obuhvaćenih optužnicom, iako je sudski postupak prema potvrđenoj optužnici u toku, pa se navedena izjava može posmatrati kao utvrđena činjenica, odnosno jasna izjava u pogledu toga da li su optuženi obuhvaćeni optužnicom počinili radnje koje su navedene u izjavi, a zbog čega se protiv njih, uključujući i apelanta, vodi postupak.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da su navedene izjave direktora SIPA-e, ministra bezbjednosti BiH i portparola Tužilaštva BiH predstavljale izjave o apelantovoj „krivici", te da su kao takve prejudicirale ocjenu činjenica od nadležne sudske vlasti. U tom kontekstu, Ustavni sud, podržavajući praksu Evropskog suda, kao i svoju praksu povodom tog pitanja, naglašava da su navedeni javni zvaničnici, prilikom davanja svojih izjava, trebali posebno oprezno birati riječi pri opisivanju apelantove krivične odgovornosti u vezi s predmetnim događajem. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, Ustavni sud smatra da su te izjave, kako to osnovano navodi i apelant, ohrabrile javnost da vjeruje da je apelant kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom.

(6) Postoji kršenje prava iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Konvencije u odnosu na izjave javnih zvaničnika direktora Federalne uprave policije, poslanika u Parlamentarnoj skupštini BiH i člana Predsjedništva BiH jer su predstavljale izjavu o apelantovoj „krivici", te su kao takve prejudicirale ocjenu činjenica od nadležne sudske vlasti i ohrabrile javnost da vjeruje kako je apelant kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom *(Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-4319/14 od 18. decembra 2014. godine)*.

Ustavni sud zapaža da su nakon događaja od 7. februara 2014. godine u Sarajevu (kada je zapaljena zgrada Predsjedništva BiH, a povodom kojeg događaja se trenutno vodi krivični postupak protiv apelanta pred Sudom BiH zbog krivičnog djela nesavjesnog rada u službi iz člana 224 stav 2 u vezi sa stavom 1 Krivičnog zakona BiH), pojedini javni zvaničnici davali izjave u medijima koje su se odnosile na apelanta. Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je apelant u prilogu apelacije dostavio video snimke i fotokopije novinskih članaka na koje je ukazao u apelaciji, te u koje je Ustavni sud, prilikom razmatranja apelacionih navoda, izvršio uvid. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da je direktor Federalne uprave policije, u centralnom dnevniku „Face" televizije od 16. februara 2014. godine, na pitanje novinara: „Smatrate da je G. Z. odgovoran?", odgovorio: „Apsolutno, apsolutno. Čak ja mislim da tu ima i krivične odgovornosti". U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je, u smislu prakse Evropskog suda, potrebno da se, čak i prije nego što je pokrenut

krivični postupak protiv određene osobe, ne daju nikakvi javni navodi koji bi se mogli tumačiti kao da, po mišljenju određenih važnih javnih zvaničnika, potvrđuju krivicu tog lica[132]. Međutim, iz navedene izjave direktora Federalne uprave policije proizlazi da je apelant „krivično odgovoran“ u vezi s predmetnim događajem, iako u tom trenutku nije bio ni pokrenut krivični postupak protiv apelanta, čime je prejudicirao ocjenu činjenica nadležne sudske vlasti u vezi s događajem.

Ustavni sud dalje zapaža da je sedmični magazin „Dani“ 27. februara 2014. godine objavio izjavu poslanika u Parlamentarnoj skupštini BiH, u kojoj je, između ostalog, navedeno: „Ukoliko bude pravde u BiH, Z. će završiti u zatvoru“. Ustavni sud ukazuje da iz navedene izjave proizlazi da je davalac izjave siguran da je apelant kriv, te da će kao takav završiti u zatvoru „ukoliko bude pravde“. Prema mišljenju Ustavnog suda, navedena izjava nesumnjivo predstavlja izjavu o apelantovoj „krivici“ u vezi s predmetnim događajem, koja je prejudicirala ocjenu „apelantove krivične odgovornosti“ od nadležne sudske vlasti.

Takođe, Ustavni sud zapaža da je dnevni list “Oslobođenje” 27. avgusta 2014. godine objavio tekst u vezi s članom Predsjedništva BiH: „Govoreći o potrebnom jačanju državnih institucija, naveo je da SIPA, odnosno njen čelnik G.Z., nije adekvatno reagovao kad je prilikom građanskog bunta u februaru gorjela zgrada državnog Predsjedništva. `Mi ćemo njega poslati vjerovatno u zatvor, kao što smo smijenili ministra za (ne)sigurnost` - rekao je“. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog proizlazi da davalac izjave smatra da apelant „nije adekvatno reagovao“ u toj situaciji, iako o tome tek trebalo da odluči nadležni sud u krivičnom postupku koji se vodio protiv apelanta, čime je prejudicirao ocjenu činjenica od nadležnog suda. Uz to, Ustavni sud ukazuje da iz izjave „Mi ćemo njega poslati vjerovatno u zatvor, kao što smo smijenili `ministra za (ne)sigurnost`“, proizlazi da je apelant „vjerovatno kriv“, što opet predstavlja prejudiciranje ocjene nadležnog suda u pogledu apelantove „krivične odgovornosti“.

Ustavni sud, podržavajući praksu Evropskog suda povodom tog pitanja, smatra da su navedeni javni zvaničnici, prilikom davanja svojih izjava, trebali postupati s posebnim oprezom u svom izboru riječi za opisivanje apelantove krivične odgovornosti u vezi s predmetnim događajem. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, Ustavni sud smatra da su te izjave, kako to osnovano navodi i apelant, ohrabrile javnost da vjeruje da je apelant kriv prije

[132] Vidi, *mutatis mutandis*, *Butkevičius,* stav 51.

nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom. Stoga, Ustavni sud smatra da je, usljed izjava navedenih javnih zvaničnika, došlo do povrede apelantovog prava iz člana 6 stav 2 Konvencije.

(7) Povrijeđen je princip *in dubio pro reo* zagarantovan članom II/3e) Ustava BiH, te član 6 stav 2 Konvencije kada redovni sud u sumnji o postojanju određenih činjenica - nije utvrdio činjenice koje idu apelantu u korist *(Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP-1328/13 od 17. juna 2015. godine).*

(8) Nije povrijeđeno pravo apelanata na pretpostavku nevinosti iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 2 Konvencije kada je sud u rješenjima o određivanju pritvora, u odnosu na apelante koje je označavao kao osumnjičene, utvrdio samo postojanje osnovane sumnje da su počinili krivična djela za koja su osumnjičeni, a što je preduslov za određivanje mjere pritvora, a takvim izražavanjem nije na bilo kakav način prejudicirao krivicu apelanata *(Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4309/14 od 18. decembra 2014. godine).* U vezi s navedenim, Ustavni sud primjećuje da je tačna konstatacija apelanata da postoje citirane fraze (kao dijelovi rečenice) u rješenju o određivanju mjere pritvora. Međutim, Ustavni sud, takođe, zapaža da je sud u osporenim rješenjima obrazlagao osnovanu sumnju da su apelanti počinili krivična djela kao preduslov za određivanje mjere pritvora. Sud BiH nigdje u rješenjima nije naveo bilo kakvu tvrdnju vezanu za apelante, a da prije nje nije postojala odrednica „osumnjičeni" i „osnovana sumnja da je (...)" ili „kako se osnovano sumnja", iz čega Ustavni sud zaključuje da navedenim izražavanjem Sud BiH nije prejudicirao krivicu apelanata na bilo koji način. Ustavni sud je ocijenio i da se konkretni postupak nalazi u fazi istrage, da su citirane fraze sadržane u kontekstu rješenja kojima se utvrđuje osnovana sumnja da su apelanti kao osumnjičeni počinili krivična djela, kao i da osporena rješenja nisu namijenjena medijima i javnosti.

(9) Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 st. 1, 2 i 3 tač. b) i d) Konvencije kada su redovni sudovi u krivičnom postupku koji je vođen protiv apelanata utvrdili sve relevantne činjenice, brižljivo cijeneći svaki dokaz pojedinačno, međusobno i u njihovoj ukupnosti iz kojih je izvan razumne sumnje proistekao zaključak da su prvoapelant i drugoapelant kao saizvršioci počinili krivično djelo za koje su osuđeni, te da nije ostalo niti jedno nerazjašnjeno pitanje u smislu principa presumpcije nevinosti i *in dubio pro reo,* kada je apelantima pod istim uslovima kao i tužilaštvu omogućeno da učestvuju u postupku i redovni sudovi utvrdili vrijeme i mjesto izvršenja krivičnog djela *(Odluka o meritumu broj AP-579/05 od 9. maja 2006. godine, stav 29).* U pogledu prvoapelantovih navoda da mu

je povrijeđeno pravo na presumpciju nevinosti iz člana 6 stav 2 Konvencije, Ustavni sud smatra da je Vrhovni sud za svaki izvedeni dokaz dao jasno i iscrpno obrazloženje, jasno naveo vrijednost i uticaj pojedinog dokaza na utvrđivanje odlučnih činjenica, dovodeći ih u međusobnu direktnu ili indirektnu vezu, zbog čega Ustavni sud smatra da ocjena dokaza u konkretnom slučaju ni na koji način ne ostavlja utisak proizvoljnosti ili nelogičnosti, niti predstavlja kršenje principa *in dubio pro reo*. Uz to, Ustavni sud je zaključio da uzimanje u obzir da je postojalo ranije osuđivanje prilikom donošenja presude na način propisan zakonom - nije samo po sebi kršenje prava na pravično suđenje i kršenje presumpcije nevinosti, pri čemu se pobijane presude ne temelje isključivo na izvodu iz kaznene evidencije, već i na iskazima drugih svjedoka i drugim materijalnim dokazima.

7. Zaključak

Iz člana 6 stav 2 Konvencije proizlazi da će svako ko je optužen za krivično djelo biti smatran nevinim dok se njegova krivica ne dokaže u skladu sa zakonom, odnosno pravnosnažnom presudom. Takođe, sumnju u pogledu činjenica koje čine obilježja krivičnog djela - sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog. Prema praksi Evropskog suda, presumpcija nevinosti znači da optuženi nema obavezu da se brani, mada ima pravo na odbranu, nije dužan dokazivati svoju nevinost, a teret dokazivanja je na tužiocu. U skladu s tim, sud mora donijeti oslobađajuću presudu ne samo kad je uvjeren u nevinost optuženog, nego i onda kada nije uvjeren ni u njegovu krivicu, ni u njegovu nevinost. Dakle, u sumnji sud mora primijeniti princip *in dubio pro reo*, što je i bitan element prava na pravično suđenje iz člana 6 Konvencije.

Za razliku od člana 6 stav 1 Konvencije, povreda presumpcije nevinosti se ne ocjenjuje na osnovu postupka u cjelini, već kao zaseban procesni nedostatak. Pri tome se naglasak stavlja na frazu o kojoj je riječ i to kumulativnom analizom sljedećih triju elemenata: a) procesna faza i kontekst u kojem je izjava data, b) njena tačna formulacija i c) njeno značenje[133]. Izjave kojima se izražava sumnja u vrijeme pretpretresne istrage, ne predstavljaju kršenje presumpcije nevinosti. Čak i formulacije koje sadrže vrlo eksplicitne izraze kao što je „krivica“ i „dokazana“, ne moraju predstavljati kršenje člana 6 stav

[133] Vidi Evropski sud, *Daktaras protiv Litvanije*, presuda od 10. oktobra 2000. godine, aplikacija broj 42095/98.

2 ako u određenom kontekstu, posebno ukoliko nisu bile namijenjene medijima ili javnosti, mogu razumno da znače ukazivanje na nešto drugo, na primjer, kada takva izjava samo ukazuje na to da je tužilac uvjeren da ima dovoljno dokaza na osnovu kojih je moguće preći iz faze istrage u fazu suđenja[134].

Presumpcija nevinosti ne odnosi se samo na krivicu već i na sve druge elemente koji stoje u međusobnoj vezi u pojmu krivičnog djela (radnja izvršenja, protivpravnost ili kažnjivost). Prema mišljenju Ustavnog suda, pozivanje na princip *in dubio pro reo* može biti dovedeno u pitanje ukoliko izostane cjelovita analiza svih provedenih dokaza u obrazloženju sudske odluke koja takvu eventualnu sumnju otklanja. Zatim, prema praksi Evropskog suda, optuženi nije dužan da se brani, mada ima pravo na odbranu, nije dužan da dokazuje svoju nevinost, a teret dokazivanja je na tužiocu. U skladu s tim, sud mora donijeti oslobađajuću presudu ne samo kada je uvjeren u nevinost optuženog nego i onda kada nije uvjeren ni u njegovu krivicu ni u njegovu nevinost.

Presumpcija nevinosti je jedno od temeljnih načela pravde koje ima dvojnu dimenziju – vladavinu dokaza i zaštitu protiv preuranjenog kažnjavanja. Ova presumpcija teret dokazivanja krivice prebacuje na tužilaštvo. Nasuprot shvatanjima da je ometanje ove presumpcije opravdano ako je to potrebno u demokratskom društvu i u odnosu na ciljeve krivičnog suđenja, nema dobrih razloga za uplitanje u ovo pravo i ono se treba smatrati nepovredivim.

LITERATURA

1. Ashworth, A. (2006). Four Threats to the Presumption of Innocence. *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 10 (4): 241-278.
2. Ashford, H., Risinger, D. M. (1969). Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview. *Yale Law Journal*, Vol. 79 (2): 165-208.
3. Badinter, R. (2001). La présomption d'innocence, histoire et modernité. U: Le droit privé francais à la fin du XXé siécle. Etudes offertes à Pierre Catala. Paris: Litec.
4. Ballandier, P. (1996). *Pour une défense de la présomption d'innocence.* Thése Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille.

[134] *Daktaras protiv Litvanije*, tač. 41-45.

5. Benedict, A. (1923). The Presumption of Innocence. *New York Law Review*, (1).
6. Berman, J. H. (1980). The Presumption of Innocence: Another Reply. *The American Journal of Comparative Law*, Vol 28 (4): 615-623.
7. Blake, M., Ashworth, A. (1996). The Presumption of Innocence in English Criminal Law. *Criminal Law Review*: 306-317
8. Campbell, L. (2013). Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence. *The Modern Law Review*, 76 (4): 681-707.
9. Chassaing, J. F. (2000). Jalons pour une histoire de la présomption d'innocence. *Histoire de la justice*, (12): 232-242.
10. Fraher, M. F. (1985). Ut nullus describatur reus prius quam convincatur: Presumption of innocence in medieval Canon law? U: Proceedings of the Sixth international congress of medieval canon law, Berkeley, California, 28 july - 2 august 1980.
11. Galetta, A. (2013). The Changing Nature of the Presumption of Innocence in Today's Surveillance Societies: Rewrite Human Rights or Regulate the Use of Surveillance Technologies?. *European Journal of Law and Technology*, Vol. 4 (2).
12. Ireland, W. R. (1986). The Presumption of Guilt in the History of English Criminal Procedure. *The Journal of Legal History*, Vol. 7 (3): 243-255.
13. Langbein, H. J. (1994). The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Vol. 92: 1047-1085.
14. Picinali, F. (2014). Innocence and burdens of proof in English criminal law. *Law, Probability and Risk*, 13 (3-4): 243-257.
15. Quintard-Morenas, F. (2010). The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (1): 107-149.
16. Roberts, P. (2002). The Presumption of Innocence Brought Home? Kebilene Deconstructed. *LQR*, (4).
17. Roberts, P. (2005). Strict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions. U: A. P. Simester (ed.), Appraising Strict Liability. Oxford: Oxford University Press.
18. Schabas, A.W. (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary (Oxford Commentaries on International Law)*. 1st ed. Oxford University Press.

19. Sundby, E.S. (1989). The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence. *Hastings Law Journal*, Vol. 40 (3): 457-510.
20. Tadros, V. (2013). The Ideal of the Presumption of Innocence. *Criminal Law and Philosophy*, 8 (2): 449-467.
21. Tadros, V., Tierney, S. (2004). The Presumption of Innocence and the Human Rights Act. *Modern Law Review*, Vol. 67 (3): 402-434.
22. Tomlin, P. (2013). Extending the Golden Thread? Criminalization and the Presumption of Innocence. *Journal of Political Philosophy*, Vol. 21 (1): 44-66.
23. Tonglet, A. (1999). *La présomption d'innocence et les présomptions en droit pénal*. Thése Université de Paris XIII.
24. Weigend, T. (2013). There is Only One Presumption of Innocence. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42 (3): 193-204.
25. Weigend, T. (2014). Assuming that the Defendant is not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8 (2).

Academician Miodrag N. Simović, Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of the University of Banja Luka, Full Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Full Member of the European Academy of Sciences and Arts, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Full Member of the Balkan Scientific Center of the Russian Academy of Natural Sciences

Marina M. Simović, Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Associate Professor at the Faculty of Law University „Apeiron" Banja Luka

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN ARTICLE 6 PARAGRAPH 2 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS: AN IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN BH THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW AND PRACTICE

Summary: The presumption of innocence benefits everyone charged with a criminal offence until proved guilty according to law. Enshrined in a distinct provision, the presumption of innocence is a constituent element of the right to a fair trial in criminal proceedings set out more generally in article 6 (1) European conventions for the protection of human rights and fundamental freedoms. It is a fundamental feature of criminal justice first stated in the context of international law in article 11(1) of the Universal declaration of human rights: "Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law".The wording of article 6(2) of the European conventions for the protection of human rights and fundamental freedoms is largely identical, although it may be argued that the Universal declaration provision is slightly broader in scope due to its reference to "penal offence" in contrast with the Convention's "criminal offence".
The presumption of innocence, which is fundamental to the protection of hyman rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the acqused has the benefit of doubt, and requires that persons accused of a criminal act must be treated in accordance with this principle. It is a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial, e.g. by abstaining from making public statements - affirming the guilt of the accused. The media should avoid news coverage undermining the presumption of innocence. Furthermore, the length of pre-trial detention should never be taken as an indication of guilt and its degree. In addition, the denial of bail or findings of liability in civil proceedings do not affect the presumption of innocence.

Key words: presumption of innocence, the 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.

Miroslav D. Marković, tužitelj Tužiteljstva Bosne i Hercegovine

PRINCIP LEGALITETA KAZNENOG PROGONA I IMUNITET SVJEDOKA

I Uvod

Povod za sačinjavanje ovoga pregleda zakonskih rješenja i rješenja iz međunarodnih konvencija, vezanih za davanje imuniteta svjedoku, odnosno osumnjičeniku, Odluka je Ustavnog suda BiH broj:U-5/16 od 01.06.2017.godine, kojom je utvrđeno da odredbe čl. 84. st. 2. 3. i 4. ZKP BiH - nisu sukladne odredbama čl. I/2 Ustava BiH, te dosljedno tome i odredba čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama ZKP BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 6/19), kojom je u djelo provedena pomenuta Odluka Ustavnog suda BiH.

Držeći da je doneseno zakonsko rješenje jedan (palijativni) čin u slijedu od čak dvadeset izmjena i dopuna ZKP BIH, ne samo nedostatan za učinkovitost i djelotvornost kaznenog postupka u vezi sa organiziranim kriminalom i međunarodnim terorizmom, nego svojom „prenormiranošću", ostavlja više dilema, koje sumnje u njegovu djelotvornu primjenu u praksi, čini nevjerojatnim, nego i sasvim izglednim.

II Princip legaliteta kaznenog gonjenja

Princip legaliteta kaznenog gonjenja propisan je čl. 17. ZKP BiH, te obvezuje tužitelja ne samo pokrenuti kazneni postupak za kaznena djela iz mjerodavnosti Suda, nego i vršiti dužnost kaznenog progona tijekom kaznenog postupka. Za provođenje naznačenog principa u praksi potrebno je ispunjenje, ukupno tri pretpostavke i to: **prva,** pretpostavka koja se odnosi na postojanje dokaza da je izvršeno kazneno djelo, odnosno takvih dokaza koje utemeljuju osnove sumnje da je izvršeno određeno kazneno djelo.

Sukladno pomenutoj pretpostavci, tužitelj nije ovlašćen cijeniti cjelishodnost kaznenog progona, osim ako na to striktnom zakonskom odredbom nije ovlašćen. **Druga,** pretpostavka odnosi se na nepostojanje zakonskih smetnji za kaznenog progona, te **treća** pretpostavka se odnosi na izuzetke od principa legaliteta i primjenu **principa oportuniteta** kaznenog progona.

Izuzeci od principa legaliteta kaznenog progona propisani su za: kaznena djela za koja se progoni po odobrenju (čl. 209.KZ BIH); kaznena djela

za koja su propisani posebni uvjeti za kazneni progon (čl. 210.KZ BIH); kaznena djela za koja se kazneni progon može ustupiti stranoj državi (čl. 83. Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima, Sl.glasnik BiH, broj: 53/09), te kaznena djela u kojima tužitelj daje imunitet svjedoku (čl. 84. KZ BIH). Osim toga, u istu kategoriju pripadaju i kaznena djela čiji su izvršitelji malodobne osobe (čl. 352. i 353. KZBiH), te kaznena djela u postupku protiv pravnih osoba (čl. 376. KZ BIH). I pored ustanovljenja legaliteta kaznenog gonjenja na razini „Principa", tužitelj ima pravo odustati od kaznenoga progona (Princip mutabiliteta čl. 38. ZKP BIH), odustati od kaznenog progona do završetka Glavne rasprave u prvostupanjskom postupku, a i u postupku pred vijećem Apelacijskog odjela (čl. 38. i 224. ZKP BIH). Također, tužitelj može povući optužnicu do njenog potvrđivanja, bez odobrenja, a nakon toga, do početka Glavne rasprave samo uz odobrenje suca za prethodno saslušanje koji je optužnicu potvrdio (čl. 232. ZKP BiH).

Kratko podsjećanje na primjenu principa legaliteta kaznenog progona i zakonom propisane izuzetke od naznačenog principa, potrebno je sagledati, imajući u vidu, da važeći Zakon o kaznenom postupku BIH do sada: **1.** nije u čl. 20. - Značenje izraza – Osnovni pojmovi - ZKP BiH, definirao standard „osnovi sumnje"; **2.** nije razdvojio tužiteljsku funkciju kaznenog progona od tužiteljske funkcije u kaznenom postupku; **3.** nije definirao početak istrage, sa svim posljedicama koje iz toga proistječu, uključujući izostanak sudskog nadzora nad provođenjem cjelokupne istrage i izostanak pravnoga lijeka na Naredbu o provođenju istrage, te **4.** nije definirao procesne uloge osumnjičenika i svjedoka u smislu odredaba 84. ZKP BiH, i pretvorbu iz jedne uloge u drugu i obrnuto.

III Organizirani kriminal i izbor modela protudjejstva

Temeljne ljudske vrijednosti država štiti različitim sredstvima, među kojima je najznačajnije, inkriminacija postupanja kojima povrjeđuju ili ugrožavaju Ustavnom i zakonima zaštićena dobra. Kazneni postupak kao osnovna obrana zaštićenih vrijednosti susreće se sa problemom uspostave održivoga balansa između intencije za učinkovitošću državnih tijela u tijeku kaznenog postupka, sa jedne strane, i težnje za zaštitom temeljnih ljudskih prava osumnjičenika u kaznenom postupku, sa druge strane.

Intencija za zaštitu ljudskih prava suočava se sa opasnošću od organiziranoga kriminala i međunarodnog terorizma, zbog čega se veća učinkovitost državnih tijela u borbi protiv ovih pojava može postići prodorom ovlaštenja javnih tijela

u zaštićenu zonu ljudskih prava. Organizirani kriminal je nesumnjivo najveća prijetnja svakoj demokratskoj vlasti.[1]

„Organizirani kriminal i kriminalno djelovanje zločinačke organizacije predstavlja kvalificiranu opasnost za javni red, javnu (opću) sigurnost, za pravnu državu, slobodno tržište i legalnost u gospodarskom i financijskom poslovanju"[2]

Tranzicijske države posebno su osjetljiva područja u kojima su institucije slaba prepreka za organizirani kriminal, a pravni sustav, ne samo nedovoljno izgrađen i neučinkovit, nego i nagrižen političkom i svakom drugom korupcijom. To je put popločan izvaninstitucionalnom moći odsustvom demokratskih principa, slabošću ili izostankom javne riječi, korupcijom i kukavičlukom inteligencije i javnih ličnosti uopće. Zbog toga borba protiv organiziranog kriminala treba biti: „isključivo kombinirana i sveobuhvatna kriminalno politička akcija"[3].

Takva djelatnost treba obuhvatiti lepezu, prije svega, funkcionalnog uvezivanja agencija za provedbu zakona sa neophodnim strukturalnim hijerarhijskim ustrojem, te skupom preventivnih, represivnih i drugih mjera i postupaka.

Borba protiv organiziranog kriminala i međunarodnog terorizma zahtijeva aktivno sudjelovanje agencija za provedbu zakona, tužiteljstava i aktivnu suradnju sa drugim državnim tijelima uprave, carine, poreskih uprava i dr. Nerijetko, takva borba tražiti će i odstupanja od nekih temeljnih kazneno procesnih principa (načela), o pretpostavljenoj nedužnosti osumnjičenika, pomjeranja tereta dokazivanja na osumnjičenike u postupcima oduzimanja koristi stečene kaznenim djelom,[4] **svjedočenja zaštićenih i tzv. „svjedoka pokajnika", kojima se u zamjenu za svjedočenje može ublažiti kazna ili dati imunitet od kaznenog gonjenja.** Tako, dr. **F. Bačić** smatra da klasični sustavi kaznenoga prava pokazuju niz slabosti u suprotstavljanju organiziranom kri-

[1] Stajalište G7 i Rusije (Skupina najrazvijenijih država svijeta) Transnacionalni kriminal ne predstavlja samo prijetnju našim građanima i njihovim zajednicama... nego i globalnu prijetnju koja može potkopati demokratske i gospodarske temelje društva (Summit Documents, Drugs and International Crime, Birmingham, 1998).

[2] dr. Franjo Bačić: Neki kazneno pravni aspekti problematike organiziranog kriminaliteta, HLJKPP, 1/1999

[3] Rezolucija VIII Kongresa UN za sprječavanje kriminaliteta i kazneno pravosuđe (Havana 1990.) i Preporuka Vijeća Evrope R (8719 o suzbijanju organiziranog kriminala

[4] Csonka, P.:Der Kampf gegen das Wirtschaftsverbrechen und die organisierte Kriminalitat aus der Sicht des Europarates, u: Organisierte Kriminalitat in Europa, Edelbacher, M.; Wien, 1998. str. 72.-75.

minalu, s obzirom na moć zločinačkih organizacija i metode njihova kriminalnog djelovanja, što stavlja na kušnju tradicionalna i temeljna načela kaznenog prava, te njegove liberalne zasade.[5] Osim toga, isti autor ističe da se suvremena globalna strategija suzbijanja organiziranog kriminala pravnim institutima kaznenog materijalnog prava težišno usmjerava na: - presijecanje i sprječavanje stalnog dotoka ilegalnog kapitala i njegovo prelijevanje u legalne gospodarske tijekove i - presjecanje veza nositelja organiziranog kriminala sa strukturama državne vlasti, financija i gospodarstva, što znači vođenjem djelotvorne antikorupcijske politike, jer korupcija se smatra srcem organiziranog kriminala i društvenom „rak ranom".[6]

Da bi se uspješno moglo suprotstaviti organiziranom kriminalu i međunarodnom terorizmu potrebno je organizirano pravosuđe koje će sa jedne strane, imati specijalizirano i diferencionalno postupanje tijela kaznenog progona, te posjedovati značajnu razinu stručnosti i tehničke opremljenosti, sa druge strane.

Organizirani kriminal, karakteriziraju pojmovne odrednice, kao polazišne točke za donošenje definicije organiziranog kriminala, a to su: korupcija, nasilje, sofisticiranost metoda, kontinuitet, struktura, stega, kriminalna djelatnost, povezanost sa zakonitim poduzetništvom, ritualizam, profesionalizam i specijalizacija.[7]

IV Rješenja u uporednom pravu [8]

IV-1. Pokajnik kao svjedok u Konvenciji UN o transnacionalnom organiziranom kriminalu

Rezolucijom Opće skupštine UN 55/25 od 15.11.2000.godine usvojena je Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, kojom se inkriminiraju sljedeća kaznena djela: **1.** sudjelovanje u organiziranoj zločinačkoj grupi, **2.** pranje dobitka od zločina, **3.** korupcija i **4.** opstrukcija pravosuđa, s tim da se Konvencija primjenjuje i na tzv. „teške

[5] dr. F. Bačić: ibidem (str. 38. – 40.)
[6] dr. F. Bačić: ibidem
[7] dr. Ž. Horvatić - Osnove kriminologije str. 96.
[8] Navedeno prema K. Kamber „Pokajnik kao svjedok u Hrvatskom i međunarodnom kaznenom pravu" (osim IV-2; IV-8 i IV-10)

zločine“[9] organiziranih skupina, kada su one transnacionalne i uključuju organizirane zločinačke grupe. Pored toga što je Konvencijom UN (čl. 24.), predviđena zaštita svjedoka od moguće odmazde ili zastrašivanja u kaznenim postupcima, Konvencija u čl. 26. govori o mjerama **za poticanje suradnje s tijelima zaduženim za provedbu zakona, čime se zapravo predviđa i primjena instituta pokajnika.** Konvencija predviđa da će svaka država – stranka poduzeti odgovarajuće mjere kako bi potakla osobe koje sudjeluju ili su sudjelovale u organiziranim zločinačkim grupama da: **1.** pružaju informacije koje koriste nadležnim tijelima prilikom istrage i dokaznog postupka kao što su identitet, narav, sustav, ustroj, lokacija ili aktivnosti organizirane zločinačke grupe, veze sa drugim organiziranim zločinačkim skupinama, te kaznena djela koja je zločinačka grupa počinila ili namjeravala učiniti, i **2.** pružanje činjenične stvarne pomoći nadležnim tijelima koja će doprinijeti oduzimanju sredstava i koristi stečene od strane organizirane zločinačke grupe.

U odnosu na optuženu osobu koja pruži značajnu suradnju u istrazi ili progonu za kazneno djelo obuhvaćeno Konvencijom, države **su dužne razmotriti mogućnost ublažavanja kazne i mogućnost osiguravanja imuniteta osobi koja ponudi značajnu suradnju u istrazi i progonu za kaznena djela obuhvaćena Konvencijom.**

Ovim odredbama Konvencija UN naglasila je značenja instituta pokajnika **kao mjeru borbe protiv organiziranog kriminaliteta. Budući da takva osoba postaje, zapravo SVJEDOK,** u predmetima protiv organizirane zločinačke grupe, čime se izlaže odmazdi i zastrašivanju Konvencija UN određuje i pružanje zaštite takvim osobama i njihovim srodnicima.

IV – 2. Konvencija UN protiv korupcije[10]

[9] Teški zločin je, Konvencijom definiran kao ponašanje koje predstavlja kazneno djelo kažnjivo maksimalnim lišavanjem slobode u trajanju od najmanje četiri godine ili težom kaznom.

[10] Konvencija UN protiv korupcije oslonjena je na multilateralne instrumente za sprječavanje i borbu protiv korupcije uključujući, između ostalog: Inter-američku Konvenciju protiv korupcije koju je usvojila Organizacija Američkih država 29.03.1996.godine; Konvenciju o borbi protiv korupcije koja uključuje dužnosnike Europskih zajednica ili dužnosnike država članica EU koju je usvojilo Vijeće EU 26.05.1997.godine; Konvenciju o borbi protiv podmićivanja stranih javnih funkcionera u međunarodnim poslovnim transakcijama koju je usvojila Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj 21.11.1997.godine; Kazneno-pravnu konvenciju o korupciju koju je osvojio Ministarski komitet Vijeća Europe 27.01.1999. godine; Građansko-pravnu konvenciju o korupciji koju je usvojio Ministarski komitet Vijeća Europe 04.11.1995.godine, te Konvenciju Afričke unije o sprječavanju i borbi protiv korupcije koju su usvojili šefovi država i vlad Afričke unije 12.07.2003.godine.

Konvencijom UN protiv korupcije naglašeno je da je potreban sveobuhvatni i multidisciplinarni pristup za uspješno sprječavanje i borbu protiv korupcije. Kao ciljeve Konvencija je naznačila unapređenje i ojačavanje mjera za učinkovitije i uspješnije sprječavanje i borbu protiv korupcije, unapređenje i podržavanje međunarodne suradnje i tehničke pomoći u sprječavanju i borbi protiv korupcije, uključujući povraćaj dobara, te unaprjeđenje integriteta, odgovornosti i dobro upravljanje javnim poslovima i javnom imovinom.

Interesantna je odredba naznačene Konvencije u čl. 20. prema kojoj je predviđeno da će svaka država ugovornica (u ovisnosti od svoga Ustava i temeljnih načela svoga pravnog sustava), treba razmotriti mogućnost, kako bi se uvećavanje dobara javnih dužnosnika, koje oni ne mogu razumno objasniti s obzirom na njihov legalan dohodak, **utvrditi kao kazneno djelo.**

Člankom 37. navedene Konvencije predviđena je **suradnja sa tijelima za primjenu zakona,** gdje je u st. 2. naloženo svakoj državi da razmotri mogućnost **predviđanja blaže kazne za** optužene osobe koje u znatnoj mjeri sarađuju u istrazi, dok je u st. 3. istoga čl. naloženo svakoj državi da razmotri mogućnost **davanja imuniteta od kaznenog gonjenja osobi koja u znatnoj mjeri surađuje u istrazi ili kaznenom gonjenju.** Zanimljiva je odredba st. 5. istoga čl. Konvencije, u kome se **mogućnost zaključivanja sporazuma ili aražmana, predviđa, ali samo u slučaju suradnje sa nadležnim tijelima druge države ugovornice.**

IV – 3. Pokajnik kao svjedok u praksi EU suda za ljudska prava

Kada je u pitanju primjena instituta pokajnika, praksa EU Suda za ljudska prava ukazuje da uporaba takvih iskaza, tj. iskaza pokajnika, nije potpuno nespojiva sa propisima EU Konvencije. Naime, praksa i zakonodavstvo u pojedinim državama poznaju širok opseg ograničenja jednakosti u oružju, u odnosu na svjedoke. Ta ograničenja se mogu posmatrati u dva smjera: **1.** zaštita drugih temeljnih prava osoba svjedoka koje jamči EU Konvencija i drugi međunarodni izvori i **2.** zaštita interesa države u borbi protiv teških oblika organiziranog kriminaliteta.

Obveza suda je uspostavljanje ravnoteže između proturječnih interesa optužbe i obrane (Artner v. Austria). Da li je povrijeđeno pravo obrane ovisi o tome da li je očuvan odnos razmjernosti između postavljenih ograničenja i njihovih razloga. Okrivljenik u postupku mora imati mogućnost ispitivanja svjedoka i ako takve mogućnosti nema ostvarena je povreda Konvencijskih prava.

Sud je međutim, donio i dvije suprotne ocjene, kada je u odluci (Doorson v. the Netherlands), istaknuo da pravo na pošteno suđenje podrazumijeva ravnotežu interesa svjedoka i oštećenih pozvanih da svjedoče, sa interesima obrane, pa nema povrede odredbi EU Konvencije, ako je ispitivanje anonimnog svjedoka provedeno pred sucem i u nazočnosti branitelja. Međutim, u odluci (Van Mechelen v. Netherlands), Sud je donio suprotnu ocjenu u situaciji kada branitelj nije bio nazočan ispitivanju, svjedok je bio policijski službenik a odluka se temeljila upravo na takvom iskazu. Praksa je suda da se osuda ne smije temeljiti isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazima anonimnih svjedoka. Sud pravi još jednu razliku i to u odnosu u na svjedoke koji su građanske osobe i anonimnih svjedoka koji su policijski službenici. Uvažavajući interese države da zaštiti identitet prikrivenih istražitelja, Sud smatra da njihov iskaz mora biti pribavljen na način kojim se najmanje vrijeđaju prava obrane – ispitivanjem od strane istražnog sudca uz mogućnost obrane postavljati pitanja (Ludi v. Switzerland).

IV – 4. Pokajnik kao svjedok u vrelima kaznenog prava Vijeća Europe

Europska konvencija o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima uređuje međusobno pružanje sudske pomoći za kaznena djela čije je kažnjavanje u mjerodavnosti sudova države koja upućuje zamolbu.

U članu 12. razrađuje se procesni imunitet u određenom razdoblju koji se daje svjedoku ili vještaku koji na temelju sudskog poziva pristupa sudskim tijelima države moliteljice. Imunitet se odnosi na vrijeme boravka u toj državi a sastoji se u pravu da neće biti progonjen, pritvaran ili podvrgnut ograničenjima slobode u vezi sa kaznenim djelima ili osudama **koje su prethodile njegovom odlasku sa područja zamoljene države.** Procesni imunitet prestaje nakon 15.dana od kada njegova nazočnost nije više potrebna sudskim tijelima te države.

Drugi protokol uz EU Konvenciju o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima, predviđa suradnju u zaštiti ugroženih svjedoka. Zaštita svjedoka, odnosno **osoba koje surađuju sa pravosuđem predviđena je u čl.22. Kazneno pravne Konvencije o korupciji.**

Značaj svjedoka u predmetima organiziranog kriminala i potvrda njegove zaštite predviđena je u Preporuci (2001) 11 o rukovodnim načelima o borbi protiv organiziranog kriminaliteta Odbora ministara Vijeća Europe koja se poziva i na rješenja Preporuke (97) 13, o zastrašivanju svjedoka i pravima obrane.

Odbor ministara Vijeća Europe donio je i Preporuku (2005) 9, **o zaštiti svjedoka i suradnika pravosuđa kojom su obrađena pitanja sudjelovanja pokajnika u kaznenom postupku, odnosno suradnika pravosuđa i osobita pitanja njihove zaštite.**

Preporuka razlikuje svjedoka i **suradnika pravosuđa.** Suradnik pravosuđa je osoba koja je optužena ili je već osuđena za sudjelovanje u zločinačkoj grupi ili organizaciji, ali koja je pristala surađivati sa kaznenim pravosuđem, osobito iskazivanjem o zločinačkoj grupi ili organizaciji ili njenim kaznenim djelima.

Preporuka upućuje države da sukladno načelu slobodne ocjene dokaza i pravima obrane okrivljenika u svom zakonodavstvu predvide mogućnost korišćenja iskaza ugroženih svjedoka datih **izvan glavne rasprave, te da predvide alternativne oblike pribavljanja iskaza takvih svjedoka.**

Kriteriji koji se trebaju uzeti u obzir, da bi se poduzele mjere zaštite su: **1.** umješenost osobe koju treba štititi; **2.** značaj sudjelovanja, **3.** postojanje opasnosti i **4.** pristanak i prikladnost da se prema osobi poduzmu mjere zaštite.

IV – 5. Pokajnik kao svjedok u vrelima Europske unije

Europska unija utemeljena je na tri stupa. **Prvi stup** čini: pravo Zajednice (Europska zajednica za ugljen i čelik, Europska ekonomska zajednica i Europska zajednica za atomsku energiju), **Drugi stup,** čine: zajednička vanjska i sigurnosna politika i **Treći stup,** čine: **policijska i sudbena suradnja u kaznenim stvarima.** Iz težnje za suradnju u trećemu stupu nastaje i **institucionalna suradnja kroz: EUROPOL** (Europski policijski ured); Europski obavještajni ured za droge **(EDU);** i **EUROJUST** (European Union's Judical Cooperation).

Europska Unija na području kaznenog prava djeluje na četiri različita načina: **1.** Izravno represivno djelovanje putem kažnjavanja (administrativne i nekaznene sankcije) **2.** Posredno djelovanje putem **neutralizacije** nacionalnih prava koje je protivno pravu Unije; **3.** Inkriminiranje u nacionalnom pravu kaznenih djela u svrhu zaštite interesa Unije; **4.** Međudržavna kaznenopravna suradnja.

Donesen je i Prijedlog okvirne odluke u borbi protiv organiziranog kriminala[11], koji propisuje da države članice moraju inkriminirati različite oblike sudjelovanja u zločinačkoj organizaciji: **1.** vođenje zločinačke organizacije

[11] Proposal for a Council framework decision on the fight against organised crime, COM (2005) 6 final, 19.01.2005.

sa najmanje zakonskim maksimumom od 10 godina i **2.** ponašanje osobe koja svjesno zločinačkih aktivnosti organizacije, sudjeluje s namjerom promicanja općih ciljeva takve organizacije ili počinjenja konkretnog kaznenog djela, uključujući pribavljanje informacija ili materijalnih sredstava, pridobijanje novih članova, te financiranje aktivnosti organizacije sa najmanjom propisanom zakonskom kaznom od pet godina. U borbi protiv organiziranog kriminala Europsko povjerenstvo prepoznalo je značenje svjedoka, odnosno **SURADNIKA PRAVOSUĐA,** te potrebu njihove zaštite. Europsko povjerenstvo donijelo je rezoluciju 95/C327/04, kojom upućuje države članice da osiguranju zaštitu svjedoka u kaznenim predmetima organiziranog kriminaliteta. Rezolucijom 96/C 010/97 iz 1996.godine, pozivaju se države članice da u svom zakonodavstvu **predvide mjere kojima će POTICATI osobe pripadnike zločinačkih organizacija ili one koji su bili pripadnici zločinačkih organizacija na suradnju sa pravosuđem.**

Europsko povjerenstvo je u Strategiji Europske unije za prevenciju i kontrolu organiziranog kriminaliteta (2000/C124/01), pozvalo države članice da osiguraju zakonski okvir u kojemu će urediti sudjelovanje u postupku osoba koji su bili pripadnici zločinačkih organizacija, a koji su spremni za suradnju sa pravosuđem u smislu davanja iskaza ili informacija važi za borbu protiv organiziranog kriminaliteta.

Godine 2005. donesen je konačni prijedlog EUROPOL-ove Radne skupine za sudjelovanje i zaštitu svjedoka i suradnika pravosuđa u kaznenim predmetima organiziranog kriminaliteta. „Prijedlog“, daje svoje definicije svjedoka i suradnika pravosuđa, koje se oslanjaju na rješenja Rezolucije 85/c327/04. Tako je data sljedeća definicija suradnika pravosuđa: „**Suradnik pravosuđa je bilo koja osoba, bez obzira na njezin pravni položaj, koja je bila pripadnik zločinačke organizacije i koja je pristala surađivati sa pravosuđem, dajući obavijesti i dokaze o kaznenim djelima organizacije čije je bila član„** Prava i obaveze osoba kojima se daje zaštita moraju biti jasno određene sporazumom koji mora biti u pisanom obliku. Mjere zaštite mogu biti prekinute ukoliko osoba: **1.** Počini kazneno djelo **2.** Odbije dati iskaz pred sudom **3.** Ne ispuni svoje druge zakonske obveze **4.** Svojim ponašanjem ugrozi provedbu zaštite i **5.** Ne poštuje pravila iz posebnog Sporazuma.

Pravo Europske unije u trećemu stupu doživjelo je najslabiji razvitak i ostalo je na razini međudržavne suradnje koja se ostvaruje samo posredstvom Europske unije.

IV – 6. Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju

Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda je Rezolucijom 827 (1993) od 25.05.1993.godine, temeljem Glave VII Povelje UN, ustanovilo sudbeno tijelo – Međunarodni kazneni Tribunal za bivšu Jugoslaviju. Budući da Tribunal nema u svojoj mjerodavnosti neku skupinu ili organizaciju proglasiti zločinačkom i suditi pojedincima, samo zbog pripadnosti takvoj skupini, institut pokajnika Tribunal ne poznaje.

Ipak, pojedini optuženici za ratne zločine, postizali su određene sporazume sa Tužiteljstvom, dobivali određene ustupke, **ali ne i odustanak od kaznenog progona,** a za uzvrat su postajali svjedoci u predmetima u kojima su imali određena saznanja.

Pravila o postupku i dokazima, kao ni Statut Tribunala ne sprječavaju mogućnost postizanja sporazuma okrivljenika sa tužiteljstvom o njegovoj suradnji. U smislu da će se okrivljenik pojaviti pred Tribunalom kao svjedok optužbe u nekom drugom postupku, a zauzvrat dobiti će određene ustupke od strane Tužiteljstva.

Postojala je mogućnost suradnje osobe u svojstvu osumnjičenika sa Tužiteljstvom. U tom slučaju Tužiteljstvo je moglo: ili uopće ne podnijeti Tribunalu Optužnicu na potvrđivanje i time odustati od progona, ili podnijeti Optužnicu, pa prema Pravilu 51., prije njezine potvrde od nje odustati, ukoliko bi dobilo jemstvo suradnje osumnjičenika kao svjedoka. Ako bi Optužnica bila podnesena i potvrđena od Tribunala, a optuženik svjedočio kao svjedok optužbe, tužitelj bi mogao odustati od Optužnice samo uz odobrenje suca koji je Optužnicu potvrdio. Suradnja osumnjičenika, odnosno optuženika kao svjedoka može se ostvariti i na način da se Optužnica podigne i da postojanje Optužnice **služi kao jamstvo suradnje,** pa ukoliko optuženi svjedoči kao svjedok optužbe, Optužnica bi se, nakon svjedočenja, izmijenila na način, da takva izmjena respektira i ide u korist optuženiku. Ovdje međutim **ne postoji** mogućnost samostalnog djelovanja Tužiteljstva, jer takva Optužnica mora proći proceduru prema Pravilima o izmjeni i dopuni Optužnice, u kojoj sudjeluje i Tribunal. Međutim, i Tribunal je Pravilom 101 (B) ii dužan uzeti u obzir pri odmjeravaju kazne, „olakotne okolnosti, **uključujući i značajnu suradnju osuđenika sa tužiteljem,** prije ili poslije izricanja Presude".

IV – 7. Stalni Međunarodni kazneni sud

Na diplomatskoj Konferenciji u Rimu 17.07.1998.godine potpisan je Rimski Statut Međunarodnog kaznenog suda sa sjedištem u Haagu – Kraljevina Nizozemska. Sud je osnovan na temelju Ugovora država, te predviđa

Skupštinu država stranaka Statuta, kao posebno tijelo Suda, koja, između ostalog, bira suce, Tužitelja i njegove zamjenike. Budući da je Sud nadležan za suđenje samo fizičkim osobama, o **institutu pokajnika,** Rimski Statut ne govori, budući da Sud ne može proglasiti određenu organizaciju zločinačkom i suditi njenim članovima.

Rimski Statut u čl. 15. st. 3. uvodi **načelo legaliteta,** po kojem Tužitelj podnosi Predraspravnom vijeću Zahtjev za odobrenje istrage, ako postoji osnova za njeno provođenje, **ali u ograničenom opsegu,** jer odredba čl. 53. st. 1. tč. c) Rimskog Statuta, **Tužitelja ovlašćuje da unatoč ispunjenim Statutarnim uvjetima, kazneni progon, ipak ne poduzme iz razloga svrhovitosti: 1.** zbog težine kaznenog djela; **2.** interesa žrtava; **3.** ako istrage ne bi služila interesima pravde.

Odluku Tužitelja o nepokretanju istrage, odnosno kaznenog progona, Statut podvrgava kontroli Predraspravnog vijeća, i to u slučaju: **1.** na Zahtjev države koja je Tužitelju podnijela prijavu ili na Zahtjev Vijeća sigurnosti, Vijeće može od Tužitelja tražiti da preispita svoju negativnu odluku i **2.** na vlastitu inicijativu. Predraspravno vijeće može tražiti preispitivanje negativne odluke Tužitelja o nesvrhovitosti kaznenog progona, ukoliko to zatjevaju, težina kaznenog djela, interes žrtava ili interes pravde, te **odbiti njenu potvrdu,** čime se reaktivira Tužiteljeva dužnost da pokrene odnosno nastavi istragu.

IV – 8. Princip legaliteta kaznenog progona u Zakonu o kaznenom postupku SR Njemačke

Zakon o kaznenom postupku SR Njemačke prihvaća inkvizicijsku maksimu prema kojoj Sud ima sopstvenu dužnost utvrđivanja činjenica, temeljem kojih donosi presudu ne bivajući vezan za zahtjeve stranaka u postupku. Ovo nužno ograničava i mogućnost sporazumijevanja u kaznenom postupku, nastojeći isključiti tzv. „trgovanjem pravdom".

Sudski postupak je moguć samo podizanjem Optužnice (paragraf 151 StPO)[12] prihvaćajući tzv. akuzatorski princip, Tužiteljstvo podiže Optužnicu primjenjujući tzv. princip oficijelnosti (paragraf 152 st. 1. StPO). Princip legaliteta opisan je u paragrafu 151. st. 2. StPO, prema kojemu Tužiteljstvo mora postati aktivno kod postojanja sumnje za učinjenje kaznenog djela.

Međutim, još od 1924.godine, propisana je mogućnost da Tužiteljstvo, u slučajevima postojanja niskog stupnja krivnje kod počinitelja i beznačajnih posljedica djela, uz odobrenje Suda, odustane od podizanja Optužnice (para-

[12] Zakon o kaznenom postupku SR Njemačke

graf 153. StPO). Iako je zakonodavac svjestan opasnosti za generalnu prevenciju, ako se već kaznenim zakonom odredi da djela malog značaja uopće nisu kaznena djela, od 1975.godine propisana je mogućnost **uvjetovanja obustave postupka izricanjem mjera sigurnosti, odnosno nametanjem odgovarajućih obveza** (naknada štete, isplata novčanih iznosa u dobrotvorne svrhe ili u državni proračun). Tako okončanje postupka moguće je, ne samo kod niskog stupnja krivnje", već i onda kada „težina djela nije u suprotnosti sa krivnjom", dakle i kod srednjeg kriminaliteta.

Tzv. **guilty plea,** njemačko kazneno procesno pravo ne poznaje. Međutim, razvila se praksa po kojoj, za priznanje ili djelimično priznanje krivnje **sud** optuženom može obećati ublažavanje kazne. Ova praksa je od 2009.godine preuzeta u Zakonu o kaznenom postupku pod nazivom „Sporazumijevanje u kaznenom postupku". Predmet Sporazuma mogu biti samo pravne posljedice, ali ne i pravna ocjena djela. Sud ne može obećati određenu kaznu, već može samo odrediti gornju i donju granicu. Međutim, Sud neće biti vezan Sporazumom, ako u obzir nisu uzete važne okolnosti ili se pojave nove, okolnosti zbog čega kazneni okvir više nije primjeren samom djelu ili krivnji (paragraf 257 C StGB)[13]

Odredbom paragrafa 153-B Zakona o kaznenom postupku SR Njemačke, propisano je da u slučaju ispunjenja uvjeta, pod kojima Sud može osumnjičenika osloboditi od kazne, Tužiteljstvo može, **uz suglasnost Suda,** odustati od podizanja javne Optužnice, a u koliko je Optužnica već podignuta **Sud** može do početka Glavnog pretresa, **uz suglasnost Tužiteljstva i optuženog obustaviti postupak.**

Odredbom paragrafa 153-E Zakon o kaznenom postupku SR Njemačke, propisano je da Savezni vrhovni tužitelj može, **uz suglasnost Pokrajinskog suda,** odustati od gonjenja kaznenih djela, ako učinitelj, prije nego što sazna da je kazneno djelo otkriveno, pomogao u otklanjanju opasnosti za postojanje i sigurnost SR Njemačke ili njenoga ustavnog poretka. Isto tako važi i ako je učinitelj nakon učinjenog kaznenog djela, dao doprinos, time što je iznio sva svoja saznanja o namjeri veleizdaje, ugrožavanje demokratske pravne države, predaje zemlje, kao i ugrožavanje vanjske sigurnosti službenih ustanova.

[13] StGB – Strafgesetzbuch-Kazneni zakon SR Njemačke

IV – 9. Princip legaliteta kaznenog progona u Zakonu o kaznenom postupku R. Hrvatske

Princip legaliteta kaznenog progona sadržan je u čl. 2. Zakona o kaznenom postupku R. Hrvatske, prema čijem stavku 1. kazneni se postupak provodi na zahtjev ovlašćenog Tužitelja, s tim da je u st. 3. istoga članka propisano da je državni odvjetnik dužan dužan poduzeti kazneni progon ako postoje osnovi sumnje da je određena osoba učinila kazneno djelo, za koje se progoni po službenoj dužnosti i nema zakonskih smetnji za progon te osobe. Stavkom 5. istoga članka propisano je, da kazneni progon **započinje upisom kaznene prijave u upisnik ili svakom radnjom ili mjerom ograničenja osobnih prava i sloboda koju poduzima nadležno tijelo,** a kazneni progon se završava odustajanjem državnog odvjetnika ili drugoga ovlašćenog Tužitelja od progona ili sudskom odukom. Pored naznačenja započinjanja kaznenog progona ZKP R. Hrvatske u čl. 17. propisuje i **početak kaznenog postupka** (koji počinje ili potvrđivanjem Optužnice ili određivanjem rasprave na temelju privatne tužbe ili donošenjem Presude o izdavanju kaznenog naloga.

Materijalno kazneno zakonodavstvo R. Hrvatske (Kazneni zakon R. Hrvatske), propisuje da se optuženika koji otkrije kazneno djelo ili doprinese njegovom razotkrivanju blaže kazni, a u nekim slučajevima čak i oslobodi od kazne. U čl. 58. st. 2. predviđa se i **obveza Suda,** na oslobođenje od kazne u slučajevima kada to zakon izričito propisuje i to sljedeća četiri slučaja: **1.** Zakonska rješenja za kazneno djelo udruživanja radi činjenja kaznenih djela protiv R. Hrvatske, kada pripadnik takve grupe otkrije grupu prije nego što je počinio kazneno djelo; **2.** Kazneno djelo udruživanja radi činjenja kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, kada pripadnik takve grupe otkrije grupu prije nego što je počinio kazneno djelo; **3.** Kazneno djelo udruživanja za počinjenje kaznenih djela, kada član grupe ili zločinačke organizacije otkrije grupu ili zločinačku organizaciju, prije nego što je i sam u njezinom sastavu ili za nju počinio neko kazneno djelo i **4.** Kazneno djelo davanja mita, kada počinitelj kaznenog djela koji je dao mito, na zahtjev službene ili odgovorne osobe, sam i prijavio djelo i prije njegova otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno.

Načelo legaliteta kaznenog progona i načelo oportuniteta međusobno su suprotstavljena, na način da po načelu legaliteta državni odvjetnik mora, a po na načelu oportuniteta može provoditi kazneni postupak. U postupanju po načelu svrhovitosti Zakon o kaznenom postupku razlikuje dvije ustanove: **1.** Odgoda otpočinjanja kaznenog progona, uz eventualno odbacivanje kaznene prijave i **2.** Odbacivanje kaznene prijave ili odustajanje od kaznenog progona protiv pripadnika zločinačke organizacije u uvjetima koje predviđa posebni

zakon. Odlučivanje prema načelu svrhovitosti, podložno je sudskom nadzoru, prema posebnom postupku kojega uređuje Zakon o USKOK-u.[14]

Taj se slučaj ostvaruje u dva oblika: **1.** Odbacivanje kaznene prijave protiv osumnjičenika i **2.** Odustajanje od kaznenog progona protiv okrivljenika. Kriteriji za primjenu su: **1.** Pripadnost osobe zločinačkoj organizaciji¸ **2.** Razmjernost važnosti iskaza težini počinjenih kaznenih djela; **3.** Važnost iskaza osobe za otkrivanje kaznenih djela i članova organizacije. Opći uvjeti, koje predviđa Zakon o kaznenom postupku su: **1. Formalni:** Rješenje glavnog državnog odvjetnika o odbacivanju Kaznene prijave ili Izjava o odustajanju od kaznenog progona i **2. Materijalni:** razmjer težine počinjenih kaznenih djela od strane pripadnika zločinačke organizacije i važnosti njegova iskaza kao svjedoka za otkrivanje kaznenih djela i članova zločinačke organizacije.

Postupak pretvorbe osumnjičenika ili okrivljenika „krunskog svjedoka", opisuje se u člancima 29.-38. Zakona o USKOK-u. Zakon o USKOK-u uvodi institut pokajnika kojega naziva „krunskim svjedokom", ali primjenu toga instituta predviđa samo za osobe za koje Glavni državni odvjetnik nalazi da su postale pripadnicima zločinačke organizacije[15]**,** što znači da je ovaj institut primjenjiv samo za ograničeni krug osoba.

Prema članu 29. Zakona o USKOK-u **inicijativu,** da bi netko bio predložen za ispitivanja pozivom na ovaj institut, može dati jedino Glavni državni odvjetnik i to stvarno i mjesno nadležnom sudu (sukladno čl. 24. Zakona USKOK-u). Formalni uvjeti za pokretanje inicijative su: **1.** Zahtjev je moguće podnijeti samo u odnosu na osobe protiv kojih je podnesena kaznena prijava ili **2.** Protiv kojih se vodi kazneni postupak za jedno od kaznenih djela iz nadležnosti Zakona o USKOK-u (uz uvjet da je to djelo počinjeno u okvirima zločinačke organizacije), **3.** Da postoje okolnosti, u odnosu na konkretnu osobu, temeljem koji se može, prema KZ pripadnik zločinačke organizacije – osloboditi od kazne i **4.** Postojanje olakotne okolnosti temeljem kojih se može kazna ublažiti.

Uz naznačene uvjete, kumulativno moraju biti ispunjeni i uvjeti **što ocjenjuje Sud** da je**: 1.** Iskaz takve osobe razmjeran težini počinjenog kaznenog djela, **2.** Da postoji važnost toga iskaza za otkrivanje i dokazivanje kaznenih djela počinjenih u okvirima zločinačkih organizacija i njihovih počinitelja i **3.** Otkrivanje i sprječavanje drugih kaznenih djela zločinačke organizacije.

[14] Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta
[15] Udruživanje za počinjenje kaznenih djela čl. 333. st. 3. KZ R. Hrvatske

Inicijativu za podnošenje ovakvog zahtjeva, daje Ravnatelj USKOK-a do trenutka zakazivanja Glavne rasprave (u kaznenom predmetu protiv pripadnika zločinačke organizacije). Pravo na podnošenje ovoga zahtjeva postoji i kada je optužnica postala pravomoćna.

I ako su ispunjeni uvjeti, a određeni osumnjičenik i okrivljenik, dobije status „krunskog svjedoka", to se neće dogoditi, ukoliko se pojave zapreke propisane Zakonom o USKOK-u. To su: **1.** Taksativno nabrojena teška kaznena djela, kao apsolutna zapreka Zahtjevu za pretvorbu u „krunskog svjedoka"[16] **2.** Duhovni začetnici organizatori zločinačke organizacije i **3.** Poticatelj za počinjenje kaznenog djela iz nadležnosti USKOK-u, u cilju da protiv potaknute osobe bude pokrenut postupak za to djelo.

Ravnatelj mora pribaviti pisanu izjavu okrivljenika kojim se obavezuje na suradnju, odnosno svjedočenje. Odluku o Zahtjevu može donijeti samo jedan od sudova, nadležnih prema Zakonu o USKOK-u. U svrhu zaštite oštećenika, Sudu je dana oblast da svoju odluku o prihvaćanju Zahtjeva Glavnog državnog odvjetnika uvjetuje naknadom štete prema oštećenicima.

Sud će odbiti Zahtjev u slučaju: **1.** Zakašnjenja sa njegovim podnošenjem i **2.** Ako u trenutku podnošenja Sud predviđa, da iskaz osumnjičenika ili okrivljenika nije potreban za otkrivanje i kazneni progon drugih pripadnika organizacije, te **da nastupanje od načela legaliteta u konkretnom slučaju nije u interesu kaznenog postupka.**

Ukoliko Sud prihvati Zahtjev, time se omogućava da se osumnjičenik ili okrivljenik ispita kao svjedok u kaznenom postupku, te takav svjedok postaje **„krunski svjedok".** Takva osoba sa pravomoćnošću Rješenja Suda **istovremeno** ima i status osumnjičenika (okrivljenika) i status „krunskog svjedoka". Osoba nema položaj svjedoka, sve do trenutka dok mu Sud ne dodijeli status „krunskog svjedoka". Zakon o USKOK—u takvu osobu, niti ne naziva svjedokom, nego „osobom iz čl. 29. st. 1. ovoga Zakona". U takvom statusu ova osoba ostaje sve dok Glavni državni odvjetnik ne odustane od kaznenog progona.

Odustati od kaznenog progona ili odbaciti kaznenu prijavu protiv „krunskog svjedoka" može jedino državni odvjetnik i to do pravomoćno okončanog kaznenog postupka, što je ujedno i **jemstvo suradnje „krunskog svjedoka":**

[16] Ubojstvo iz čl. 90. Kaznenog zakona, Teško ubojstvo iz čl. 91.; Međunarodni terorizam iz čl. 169. st. 2., Ugrožavanje sigurnosti osobe pod međunarodnom zaštitom iz čl. 170. st. 2. Uzimanje talaca iz čl. 171. st. 2., Otmica zrakoplova ili broda iz čl. 179. st. 2., Morsko i zračno razbojništvo iz čl. 180. st., Silovanje iz čl. 188. st. 2., 3., i 4., Spolnog odnošaja s nemoćnom osobom iz čl. 189. st. 2., i 3. i 4. i Spolni odnošaj s djetetom iz čl. 192.

Međutim, postoji mogućnost nastavka, odnosno pokretanja kaznenog postupka i to u četiri slučaja: **1.** Ako svjedok nije iznio sve činjenice i okolnosti na koje se obvezao; **2.** Ako je dao lažni iskaz; **3.** Ako svjedok nastavi sa svojom kriminalnom aktivnošću počinjenjem dijela koje su zapreka za stjecanje statusa „Krunskog svjedoka" i **4.** Ako u roku od dvije godine, od donošenja Rješenja, kojim je dobio status „Krunskog svjedoka", postao pripadnik zločinačke organizacije, u čijim redovima je počino neko novo kazneno djelo iz nadležnosti Zakona o USKOK-u.

Specifičnosti kazneno-pravnog položaja pokajnika kao svjedoka, ogleda se u činjenici na taj način što pokajnik: **1.** Postiže pisani Sporazum sa Državnim odvjetništvom, čime mu se mijenja položaj u odnosu na druge svjedoke, u smislu njegovih prava i obveza, kao svjedoka, **2.** Zadržava položaj okrivljenika ali u drugom **razdvojenom postupku,** koji ne teče jer postoje smetnje predviđene Zakonom o USKOK-u, budući je taj okrivljenik „krunski svjedok" **3 .** Prema pokajniku se primjenjuje poseban oblik pribavljana iskaza, predviđen Zakonom o kaznenom postupku i **4.** Jamči mu se posebna procesna i izvanprocesna zaštita.

Pisanu izjavu pokajnik se obvezuje da se neće koristiti pravom uskraćivanja odgovora na pitanja, koja bi njega i njemu blisku osobu izložila teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili kaznenom progonu.

Zakon o USKOK-u nalaže Ravnatelju Ureda da okrivljeniku ili osumnjičeniku, potencijalnom „krunskom svjedoku", da procesna upozorenja iz ZKP, a koja se inače daju svjedoku u kaznenom postupku. Takva upozorenja ravnatelj Ureda dužan je dati prije stavljanja Prijedloga Glavnom državnom odvjetniku, te uz sam Prijedlog u pisanoj formi dostaviti sva potrebna upozorenja, izjašnjenja i izjave, kako je regulirano člankom 30. Zakona USKOK-u.

Upozorenje koje predviđa Zakon USKOK-u, te izjašnjenje o tome upozorenju, te izjava potencijalnog „krunskog svjedoka" moraju biti priloženi uz Zapisnik o ispitivanju, odnosno uz Prijedlog kojega je Ravnatelj Ureda uputiti Glavnom državnom odvjetništvu. Po Zahtjevu Glavnog državnog odvjetnika Sud može Rješenjem prihvatiti ili odbiti taj Zahtjev, a protiv takvog Rješenja Suda Glavni državni odvjetnik može podnijeti Žalbu o kojoj odlučuje Vrhovni sud.

IV – 10. Princip legaliteta kaznenog progona (gonjenja) u Zakoniku o kaznenom postupku R. Srbije

Princip legaliteta kaznenog progona (gonjenja), sadržan je u čl. 6. Zakonika o kaznenom postupku R. Srbije, prema kojemu je Javni tužitelj dužan

poduzeti kazneno gonjenje, kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno kazneno djelo ili da je određena osoba učinila kazneno djelo za koje se progon poduzima po službenoj dužnosti, s tim da za pojedina kaznena djela Javni tužitelj može odlučiti da **odloži ili ne poduzme kazneno gonjenje,** pod uvjetima propisanim Zakonikom.

Zakonik o kaznenom postupku R. Srbije razlikuje poduzimanje i početak kaznenog gonjenja (čl. 5.) i pokretanje kaznenog postupka (čl. 7.) Zakonika.[17]

Člankom 44. Zakonika propisana je obveza svih tijela koja sudjeluju u pred istražnom postupku da o svakoj radnji poduzetoj u cilju otkrivanja kaznenog djela ili pronalaženja osumnjičenika obavijeste nadležnog Javnog tužitelja, te da su policija i druga državna tijela **nadležni za otkrivanje** kaznenih djela, dužni postupiti po svakom zahtjevu nadležnog Javnog tužitelja.

Kada su u pitanju odredbe Zakonika kojima se regulira provođenje istrage, Zakonik u čl. 296. propisuje, da se Naredba o provođenju istrage donosi **prije ili neposredno poslije prve dokazne radnje,** koju su poduzeli Javni tužitelji ili policija u preistražnom postupku, a najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je Javni tužitelj obaviješten o prvoj dokaznoj radnji koju je poduzela policija. Osim toga, u čl. 297. propisano je, da se Naredba o provođenju istrage **dostavlja osumnjičeniku i njegovom branitelju,** te da će Javni tužitelj **obavijestiti oštećenika o pokretanju istrage.**

U glavi XVI Zakonika kojom se regulira istraga, posebnim odjeljkom propisane su odredbe kojim se uređuju sporazumi Javnog tužitelja i okrivljenog. Radi se o sporazumima: **1.** Sporazumu o priznanju kaznenog djela; **2.** Sporazumu o svjedočenju okrivljenika i **3.** Sporazumu o svjedočenju osuđenog.

1. U najkraćem, Sporazum o **priznanju** kaznenog djela u čl. 314. sadrži (između ostalog), **Izjavu Javnog tužitelja o odustajanju od kaznenog**

[17] Čl. 5. Zakonika o kaznenom postupku R. Srbije. Kazneno **gonjenje** započinje: **1.** Prvom radnjom Javnog tužitelja ili ovlašćenih službenih osoba, policije na temelju zahtjeva Javnog tužitelja poduzetom sukladno ovim Zakonikom radi provjere temelja sumnje da je učinjeno kazneno djelo ili da je određena osoba učinila kazneno djelo; **2.** Podnošenjem privatne tužbe;

Čl. 7. Zakonika o kaznenom postupku R. Srbije. Kazneni **postupak j**e pokrenut: **1.** Donošenjem Naredbe o provođenju istrage; potvrđivanjem Optužnice kojoj nije prethodila istraga; Donošenjem Rješenja po određivanju pritvora prije podnošenja optužnog Prijedloga u skraćenom postupku; **4.** Određivanjem glavnom pretresa ili ročišta za izricanje kaznene sankcije u skraćenom postupku; **5.** Određivanje glavnog pretresa u postupku za izricanje mjera sigurnosti, obvezno psihijatrijskog liječenja.

gonjenja za kaznena djela koja nisu obuhvaćena Sporazumom o priznanju kaznenog djela. O Sporazumu o priznanju kaznenog djela, ovisno o fazi postupka odlučuje sudac za prethodni postupak odnosno predsjednik Vijeća nakon potvrđivanje Optužnice.

2. Sporazum o svjedočenju **okrivljenika** reguliran je odredbama članka 320-326. Zakonika, može se zaključiti od donošenja Naredbe o provođenju istrage do završetka Glavne rasprave, sa okrivljenikom koji je **u potpunosti priznao** učinjenje kaznenog djela, **pod uvjetom da je značaj njegovoga iskaza za otkrivanje, dokazivanje i sprečavanje kaznenoga djela,** (taksativno naznačenim u čl. 162. st. 1. tačka 1. Zakonika), **pretežniji od posljedica kaznenog djela koje je učinio** (okrivljeni suradnik), s tim da organizator organizirane kriminalne skupine **ne može biti predložen za okrivljenog suradnika.** Sporazum o svjedočenju okrivljenika sadrži, između ostalog i vrstu, mjeru ili raspon kazne koja će biti izrečena ili o oslobađanju od kazne, **ili o obvezi Javnog tužitelja da odustane od kaznenog progona okrivljenika** u slučaju davanja iskaza na Glavnoj raspravi, sukladno preuzetim obvezama.

3. Sporazum o svjedočenju **osuđenika** Javni tužitelj zaključuje, ako je značenje iskaza osuđenog za otkrivanje, dokazivanje i sprječavanje kaznenih djela (taksativno naznačenih u čl. 162. st. 1. tč. 1. Zakonika), **pretežniji od posljedica kaznenog djela za koje je** osuđen (osuđeni suradnik), uz ograničenje da za osuđenog suradnika ne može biti predložena osoba osuđena kao organizator organizirane kriminalne grupe niti osoba, koja je pravomoćno osuđena na kaznu zatvora od 40.godina. Ovaj Sporazum, između ostalog sadrži i Sporazum o vrsti, mjeri ili rasponu umanjenja kazne ili druge sankcije ili **oslobađanju od kazne osuđenog, u slučaju davanja Iskaza na Glavnoj raspravi.** Konačno, Rješenje o prihvaćanju Sporazuma o svjedočenju osuđenika, **obvezuje Sud** prigodom donošenja Odluke o kaznenoj sankciji u ponovljenom postupku, pod uvjetom da je osuđenik, osuđeni suradnik u potpunosti izvršio obveze i Sporazuma.

V Odluka Ustavnog suda BiH broj: U5/16 od 01.06.2017.godine

Ustavni sud BiH na Sjednici održanoj 01.06.2017.godine, donio je djelomičnu Odluku o dopustivosti i meritumu u kojoj djelomično usvaja zahtjev podnositeljice Apelacije B.K., te (između ostalog), ustvrđuje da odredbe čl. 84. st. 2.3.4. Zakona o kaznenom postupku BiH – **nisu sukladne sa odredbama čl. I/2 Ustav BiH.** Istom djelomičnom Odlukom naloženo je Parlamentarnoj skupštini BIH, da sukladno čl. 61. st. 4. Pravila Ustavnog suda BiH, u

roku od 6.mjeseci uskladi odredbe čl. 84. st. 2.3.4. ZKP BiH, sa odredbama čl. I/2 Ustava BiH.

Razmatrajući Apelaciju podnositeljice B.K., Ustavni sud BiH u Poglavlju VI – Meritum - tretira odredbe čl. 84. st. 2.3.4. Zakona o kaznenom postupku BiH, koja se odnose na pravo svjedoka da ne odgovara na pojedina pitanja. U tački 33. Ustavni sud BiH ispravno primjećuje, da se u konkretnom slučaju **radi o svjedoku,** odnosno o osobi za koju ne postoje dokazi da je počinila kazneno djelo tj. koja će odgovorima na pitanja u svojstvu svjedoka protiv druge osobe optužiti samo sebe **i da će to biti prvi dokaz protiv te osobe.** U tački 34. Odluke Ustavni sud BiH interpretira načelo legaliteta, te konstatira da suvremene države i međunarodna zajednica za uspješniju borbu protiv izvršitelja teških kaznenih djela koriste i mehanizam koji omogućava da **tužitelj pod određenim uvjetima odstupi od načela legaliteta kaznenog gonjenja kada to zahtijeva „veći javni interes“**, te da navedeno predstavlja opravdani izuzetak od načela legaliteta.

U tački 36. Odluke Ustavni sud BiH podsjeća na odredbe čl. 1.2. Ustava BiH, koja sadrži načelo vladavine prava, što podrazumijeva da svi zakoni, drugi propisi, kao i postupci nositelja vlasti moraju biti zasnovani na zakonu, odnosno na zakonom zasnovanom propisu. U tački 37. Odluke Ustavnog suda BiH , Ustavni sud BiH naglašava da **uređenje kaznenog zakonodavstva,** mora biti takvo da osigurava ostvarivanje legitimnih ciljeva kaznenog postupka, pravnu sigurnost, određenost, pristupačnost, predvidljivost i pravnu izvjesnost normi, te procesnu ravnopravnost položaja stranaka.

U tč. 39. Ustavni sud podsjeća, da su se u međunarodnoj kaznenojpravnoj praksi razvili različiti oblici imuniteta od kojih su se izdvojila dva osnovna tipa procesnih imuniteta: **1. Potpuni (blankenti) imunitet,** kojom se svjedoku daje puna zaštita od kaznenog progona za bilo koje prethodno učinjeno kazneno djelo, koje će se otkriti tijekom njegovog svjedočenja i **2. Ograničeni (upotrebni) imunitet,** kojom se svjedoku garantira da njegov iskaz, niti drugi dokazi proizašli iz njegovoga iskaza – neće biti korišćeni protiv njega. Konstatirajući u tački 39. Odluke, da osporene odredbe ZKP BiH nisu precizne, glede obima imuniteta koji se može dati svjedoku, te da zakonodavac nije zadovoljio standarde preciznosti i određenosti, Ustavni sud BiH zaključuje da su osporene odredbe otvorile prostor arbitrarnom odlučivanju Glavnog tužitelja kod davanja imuniteta, što posljedično, kako je to navedeno u tački 40. **omogućava nepoštene ili nerazumne odluke koje se protive načelu vladavine prava.**

Zaključujući razmatranje po osnovu ovoga dijela Apelacije B.K., Ustavni sud BiH u tački 41. zaključuje, da je neophodno utvrditi **1.** Za koja kaznena

djela se daje imunitet i **2.** U kojem postupku se ova vrsta imuniteta može koristiti.

VI Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku BiH[18]

[18] Zakon o izmjena i dopunama Zakona o kaznenom postupku BIH, objavljen je u Sl.glasniku BIH broj: 65/18 od 21.09.2018.godine.

Članak 1.

U Zakonu o kaznenom postupku BIH (Sl.glasnik BIH" broj: 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, I 72/13), član 84. mijenja se i glasi:

Članak 84.

(Pravo svjedoka da ne odgovora na pojedina pitanja)

(1) Svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja kada je vjerojatno da će ga odgovor na ta pitanja izložiti kaznenom gonjenju.

(2) Svjedok koji koristi pravo iz stava (1) ovoga članka odgovoriti će na ta pitanja ako **Glavni tužitelj pismeno izjavi** da neće poduzeti kazneno gonjenje svjedoka za radnje koje svjedok navede u svom iskazu. Primjerak pismene izjave Glavnog tužitelja biti će uručen svjedoku. (3) Izjavu iz stav (2) ovog člana Glavni tužitelj može dati pod uvjetom da je iskaz svjedoka važan za dokazivanje da je drugo osoba počinila kazneno djelo iz stavka (4) ovog članka

(4) Izjavu iz stavka (2) ovoga članka Glavni tužitelj može dati u postupku koji se vodi zbog:

a) Kaznenih djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine

b) Kaznenih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom,

c) Kaznenih djela terorizma,

d) Kaznenih djela: izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti, protupravnog lišenja slobode, neovlaštenog prisluškivanja i zvučnog ili optičkog snimanja, povrede slobode opredjeljenja birača, krivotvorenja novca, krivotvorenja vrijednosnih papira, pranja novca, utaje poreza ili prijevare, krijumčarenja, organiziranja grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe, carinske prijevare, primanje dara i drugih oblika koristi, davanje dara i drugih oblika koristi, primanja nagrada ili drugih oblika koristi za trgovinu uticajem, davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem, zlouporabe položaja ili ovlasti, protuzakonitog oslobađanja osoba lišenih slobode, pomoći učinitelju poslije učinjenog kaznenog djela,

pomoć osobi koju je optužio međunarodni krivični sud, sprječavanje dokazivanja, otkrivanja identiteta zaštićenog svjedoka, ometanja pravde, udruženja radi činjenja kaznenih djela, organiziranog kriminala,

e) drugih kaznenih djela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna

(5) U izjavi iz stavka (2) ovoga člana konkretno će se navesti da se odnosi samo na kazneno djelo koje počinio svjedok za koje je zaprijećena kazna iste težine ili manja kazna od one utvrđene za kazneno djelo u svezi s kojim se svjedoči ili za koje se vodi postupak i da se ne može odnositi na kazneno djela za koje je propisana kazna zatvora od najmanje deset godina.

Zakonom i izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku BIH u odnosu na ranije važeći čl. 84. st. 2.3.4. izmijenjen je u cjelosti čl. 84., osim st. 1., s tim da su propisana sasvim nova rješenja. Međutim, shvaćanja smo da novom izmjenom čl. 84. nisu otklonjene sve dileme koje se vežu za izuzetke od načela legaliteta, te da naznačene izmjene, zbog kompliciranе procedure davanja imuniteta, a posebno zbog ograničenja osoba kojima je moguće dati imunitet, ne predstavljaju garanciju za uspješno vođenje borbe protiv organiziranog kriminala i terorizma. Prije svega, naznačene izmjene ne razjašnjavaju pravnu prirodu dokumenata potrebnih za davanje imuniteta, (Izjava G. tužitelja iz st. 2., Rješenja Suda iz st. 6. i Rješenje G. tužitelja iz st. 8. članka 84.) Nadalje, uopće se ne pominju prava oštećenika u odnosnom kaznenom postupku, imajući u vidu da se zakonskim propisima koje smo naveli, naknada štete oštećeniku smatra uvjetom za davanje imuniteta. Konačno, smatramo da je postavljanje uvjeta za davanje imuniteta u st. 5. članka 84. suviše rigidno postavljeno, čime se iz mogućega kruga osoba kojima je moguće dati imunitet

(6) **Sud će rješenjem** utvrditi da li je izjava Glavnog tužitelja iz stavka (2) ovoga članka u skladu sa st. (4). i (5) ovog članka i odrediti odvjetnika za savjetnika svjedoku za vrijeme saslušanja.
(7) Nakon što Sud donese rješenje iz stavka (6) ovog člana Glavni tužitelj pozvat će svjedoka da da svoj iskaz. Prije saslušanja **svjedok će dati usmenu izjavu** da će kao svjedok kaznenom postupku dati istinit iskaz i da neće prešutjeti ništa što mu je poznato o kaznenom djelu o kojem daje iskaz i njegovom počiniocu.
(8) Nakon što svjedok da iskaz **Glavni tužitelj donijeti će rješenje o imunitetu** svjedoka za kazneno djelo koje proizilazi iz iskaza svjedoka datog sukladno sa stavkom (2) ovog članka. U rješenju će biti naveden činjenični opis i pravna kvalifikacija kaznenog djela za koje se neće preduzeti kazneno gonjenje svjedoka.
(9) Ako svjedok u tijeku kaznenog postupka **ne postupi** u skladu sa stavkom (7) ovog članka **Glavni tužitelj donijeti će rješenje s obrazloženjem,** kojim se svjedoku uskraćuje davanje imuniteta za kazneno djelo na koje se odnosi iskaz svjedoka iz stavka (2) ovoga članka. Tužitelj će uskratiti imunitet i u slučaju da se radnje koje svjedok naveo u svom iskazu odnose na kaznena djela za koje se ne može dati imunitet u smislu st. (4) i (5) ovog članka. U tim slučajevima iskaz svjedoka s odgovorima na pitanja iz stavka 1. ovog članka izdvojiti će se iz spisa predmeta i čuvati odvojeno, te se ne može koristiti u kaznenom postupku protiv svjedoka.
(10) U slučaju da Glavni tužitelj ne donese rješenje iz stavka (8) ovog članka, iskaz svjedoka s odgovorima na pitanja iz stavka (1) ovog članka izdvojit će se iz spisa predmeta i čuvati odvojeno, te se ne može koristiti u kaznenom postupku protiv svjedoka.
(11) Protiv svjedoka iz stavka (2) ovog članka može se preduzeti kazneno gonjenje za kazneno djelo davanja lažnog iskaza.

od kaznenog gonjenja, sužava na uski krug učinitelja koji u hijerarhijskoj ljestvici skupne za organizirani kriminal, zauzimaju manje značajne ili beznačajne pozicije.

VII Zaključna razmatranja

Iz primjera važenja načela legaliteta kaznenoga progona navedenih u međunarodnim konvencijama i zakonskim rješenjima u drugim državama, te Odluci Ustavnog suda BiH broj. U-5/16 od 01.06.2017.godine, proizilaze dileme koje će izvjesno opteretiti ostvarenje namjere zakonodavca, a to je učinkovita borba protiv organiziranoga i drugih teških oblika kriminaliteta, terorizma, te njihovih počinitelja.

Sama činjenica da je izmjena Zakona o kaznenom postupku BiH rezultat **Odluke Ustavnog suda BiH,** sa ostavljenim rokom u kojemu je zakonodavac dužan postupiti, govori samo za sebe, a posljedično i o Ministarstvu pravde i Vijeću ministara BiH, Parlamentarnoj skupštini BIH, te prohodnosti prema zakonodavcu, inicijativa sudaca i tužitelja, proisteklih iz praktičnoga djelovanja, pri primjeni zakonskih rješenja.

ZKP BiH koji je donesen 2003.godine, bez konsultacija sa akademskom i stručnom javnošću, bez sudjelovanja bilo koga iz reda onih koji će takav zakon i primjenjivati u praksi, a posebno i bez javne rasprave u Parlamentarnoj skupštini BiH, pretrpio je do sada čak 20-tak izmjena i dopuna od kojih je jedna izmjena obuhvaćala čak 1/3 čitavoga zakonskoga teksta. Dakle, i iz posljednje izmjene i dopune ZKP BiH proizilazi, da se je u njihovom donošenju postupilo na isti način, kao i ranije, a to znači nedovoljno pripremljeno, i partikularno, te u dovoljnoj mjeri, ne sagledavajući do kakvih će poteškoća dovesti izmjene Zakona u praksi.

1. Prije svega, izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku BiH pristupa se partikularistički, bez sagledavanja cjeline problema kriminaliteta, bez definiranja temeljnih pojmova, bez određivanja faza kaznenoga postupka, a posljedično i bez određivanja statusa sudionika u kaznenom postupku, što nije bez utjecaja na njegov krajnji ishod (tj. postupka);

2. Zakon o kaznenom postupku BiH, unatoč svim izmjenama, do sada nije uspostavio razliku između tužiteljske funkcije kaznenoga progona i tužiteljske uloge u kaznenom postupku. Ukoliko tužitelj rukovodi istragom, a zakonom je propisano da se istraga provodi tek kada je prikupljen dovoljan kvantum dokaza koji čine „osnovu sumnje“ da je učinjeno kazneno djelo, kakvo je onda „osnovno pravo i osnovna dužnost tužitelja“, sadržano u čl. 35. ZKP BiH –

„otkrivanje učinitelja kaznenog djela“, kada tako propisana dužnost **upravo prethodi** momentu/fazi kada Tužitelj postupa kao rukovoditelj istrage. Ovo tim prije, što su entitetski Zakoni u unutarnjim poslovima[19] sasvim određeni kada su u pitanju dužnosti policijskih djelatnika, glede otkrivanja počinitelja kaznenih djela.
Tako se došlo u situaciju da se Tužitelju propisuje dužnost koju Tužitelj, (imajući u vidu tužiteljsku opremljenost sredstvima i tehnikama detekcije, kaznenih djela i učinitelja), može ostvariti samo i isključivo preko policijskih agencija, čija je zakonska obveza **upravo ista,** tj. otkrivanje kaznenih djela i u činitelja.

3. Nedefiniranje faza kaznenog postupka u ZKP BiH, dovodi do daljih nerazumijevanja koja se pojavljuju u tijeku provođenja kaznenog postupka. Na naprijed pomenuto se nadovezuje i sporna pravna priroda Naredbe o provođenju istrage, vremena njenoga donošenja i posljedica koje njeno donošenje prouzrokuje. U tome smislu sasvim je dvojbeno i nejasno stajalište izneseno u Odluci Ustavnog suda BIH broj: U-5/16 kojom je odbijen Zahtjev za ocjenu ustavnosti, kojim se traži da Naredba o provođenju istrage sadrži pouku o pravnom lijeku, sa obrazloženjem Suda, da je Naredba interni akt Tužiteljstva i da ona ne proizvodi nikakve pravne posljedice za osumnjičenika. Međutim, čl. 114. st. 3. Zakona o policijskim službenicima BIH, izrijekom propisuje da, donošenje Naredbe o provođenju istrage, protiv policijskog službenika dovodi do njegove suspenzije sa radnog mjesta (ex lege). Isti je slučaj i sa državnim službenikom, budući da je člankom 58. Zakona o državnoj službi u Institucijama BiH propisana ista posljedica i za državnog službenika.
Nedefiniranje vremena donošenja Naredbe o provođenju istrage dovodi, u praksi, i do poduzimanja radnji dokazivanja (istražnih radnji) **i bez Naredbe,** Tužiteljstva, što je u izravnoj suprotnosti sa čl. 6. i 8. EU Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Tužitelj može postupati samo ukoliko po-

[19] Čl. 3. st. 1. tč. 1. (Unutarnji poslovi iz mjerodavnosti Federalnog ministarstva), Zakona o unutarnjim poslovima Federacije BIH: „Sprječavanje i **otkrivanje** kaznenih djela, terorizma, međukantonalnog kriminala, stavljanje u promet opojnih droga i organiziranog kriminala, te pronalaženje i hvatanje počinitelja tih kaznenih djela i njihovo privođenje mjerodavnim tijelima.“

Čl. 4. st. 1. tč. dj) i e) Zakona o unutrašnjim poslovima RS, (**Otkrivanje** krivičnih djela i prekršaja i pronalaženje lišavanje slobode i predaja izvršilaca krivičnih djela i prekršaja nadležnim organima).

stoje „osnovi sumnje“ za učinjenje kaznenog djela, što znači da svako postupanje tužitelja bez ispunjenja pomenutog uvjeta, predstavlja prekoračenje zakonom propisanih ovlasti, te kršenje naznačenih članaka EU Konvencije.

4. Naznačena neusklađenost faza kaznenog postupka i statusa osoba protiv kojih se (ne)provodi postupak, zrcali se i Odlukom Ustavnog suda BiH osporenih odredbi čl. 84. ZKP BIH. Naime, naziv odredbe čl. 84. je „Pravo **svjedoka** da ne odgovara na pojedina pitanja“. I dok se u stavku 1. čl. 84. propisuje u kaznenim zakonodavstvima, opće prihvaćena **privilegija svjedoka o izbjegavanju samooptuživanja,** u čl. 84. ZKP BiH, kako starom tako i noveliranom, pomiješana je navedena privilegija svjedoka sa okrivljenikom/optuženikom-suradnikom ili kako se to u međunarodnim Konvencijama navodi „Suradnik pravosuđa“ ili „Suradnik u istrazi“.
Na navedenu neodrživost postojanja dvojnosti statusa (svjedok-osumnjičenik), ukazao je **i Ustavni sud BiH,** u tački 33. broj Odluke U-5/16 od 01.06.2017.godine, navodeći da se u osporenim odredbama čl. 84. ZKP BiH **radi o svjedoku, dakle o osobi za koju ne postoje dokazi da je učinio kazneno djelo.** Dakle, radi se o svojevrsnom **contradictio in adjecto,** koje je zakonodavac donoseći noveliranu odredbu čl. 84. **morao izbjeći,** propisivanjem novoga članka u kojemu će se razdvojiti osumnjičenik od svjedoka, te regulirati položaj osumnjičenika kao suradnika pravosuđa sa svim posljedicama koje iz toga proistječu.

5. Analizom navedenoga članka 84. ZKP BiH, razvidno je da se do davanja imuniteta svjedoku, dolazi donošenjem **čak četiri pismena.** (Izjava Glavnog tužitelja iz stava 2. članka 84. ZKP BiH; Rješenje Suda iz st. 6.; Pismena izjava svjedoka iz st. 7. i Rješenje Glavnog tužitelja iz st. 8. naznačenoga članka), sve to uz ograničenja davanja imuniteta svjedoku/osumnjičeniku iz stavka 5.
Mišljenja smo da se: **A)** Ograničenja davanja imuniteta svjedoku /osumnjičeniku uputnije bi bilo fleksibilnije postaviti kroz uravnoteženje značenja iskaza u rasvjetljavanju teških kaznenih djela koje su počinili članovi Grupe za organizirani kriminal ili terorističke skupine i sljedstveno tome i zaštiti javnih interesa, sa težinom kaznenih djela svjedoka/osumnjičenika za čije se izvršenje on sumnjiči; **B)** Naznačena četiri pismena iz st. 2., 6.; 7. i 8. čl. 84. ZKP BiH, uputno bi bilo zamijeniti **jednim** Sporazumom o davanju imuniteta zaključenom između Glavnog tužitelja i svjedoka/osumnjičenika, koji bi sadržavao sve obveze koje su, prema važećem čl. 84. predmet posebnoga reguliranja, uključujući i respektiranje (nezanemarivanje), prava osoba oštećenih učinjenjem kaznenog djela od strane svjedoka/osumnjičenika, s tim da bi o Sporazumu **odlučivao Sud.**

Na opisani način bi se omogućilo i za suradnju pridobio znatno širi krug suradnika pravosuđa sa jedne strane, te značajno pojednostavila procedura, a omogućio učinkovitiji sudski nadzor, sa druge strane.

6. Nadalje, novelirani čl. 84. u ZKP BiH u st. 5. postavlja takve prepreke za davanje imuniteta osumnjičeniku, da će za eventualni sporazum sa Tužiteljstvom moći biti zainteresirani samo niže rangirani članovi Grupe za organizirani kriminal ili Terorističke skupine. Imajući u vidu strogi hijerarhijski ustroj skupina koje se bavi organiziranim kriminalom ili terorizmom, oštru stegu i" zavjeru šutnje" na svim razinama, uz takve mjere konspiracije koje onemogućavaju vertikalni protok informacija između različitih razina strukture kriminalne organizacije, (osim naredbi, naravno), nije utemeljeno pretpostaviti da će nisko rangirani tzv.„vojnici", organizacije pružiti kvalitetne informacije o kriminalnim djelatnostima osoba na višim statusima takve kriminalne organizacije. Rigidnost odredbe stavka 5. čl. 84. ZKP BIH, uputnije bi bilo zamijeniti propisom koji neće, a priori, kao suradnike pravosuđa, za suradnju sa Tužiteljem diskvalificirati osobe sa viših razina strukture Grupa za organizirani kriminal, pa čak i njenoga samoga vrha, ukoliko značenje informacija (na ovaj način prikupljenih), omogućavaju potpuno uništenje takvih grupa za organizirani kriminal ili terorističkih skupina, a pogotovo koruptivnu mrežu u državnim strukturama. Time bi čak i šefovi kriminalnih klanova bili motivirani otkriti cijelu organizaciju radi sopstvenog spašavanja (imunitetom), što, imajući u vidu, moralni profil takvih osoba nije uopće nemoguće pretpostaviti. Naprotiv. Ovo tim prije, što ni međunarodne Konvencije (Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala i Konvencije UN protiv korupcije), **uopće ne prave razliku između suradnika pravosuđa,** kada je u pitanju vrsta kaznenog djela i visina zaprijećene kazne za koje se oni sumnjiče, nego samo navode mogućnosti davanja imuniteta od kaznenog gonjenja, osobi, „... koja u znatnoj mjeri surađuje u istrazi ili kaznenom gonjenju za kaznena djela obuhvaćena Konvencijom."
Također, ni Europsko povjerenstvo u Strategiji EU za prevenciju i kontrolu organiziranog kriminaliteta nigdje ne postavlja uvjete, za osiguravanje suradnje sa pravosuđem, članovima organiziranih kriminalnih skupina, nego je samo pozvalo države članice da osiguraju zakonski okvir u kojemu će urediti sudjelovanje u postupku osoba koji su bili pripadnici zločinačkih organizacija, a koji su spremni za suradnju sa pravosuđem.
Konačni Prijedlog EUROPOL-ove radne skupne za sudjelovanje i zaštitu svjedoka i suradnika pravosuđa u kaznenim predmetima organiziranog kriminala, u definiciji suradnika pravosuđa navodi da je suradnik pravosuđa „... bilo koja

osoba bez obzira na njezin pravni položaj, koja je bila pripadnik zločinačke organizacije...".

Najzad, niti Odluka Ustavnog suda BiH broj: U-5/16 u tč. 34. u kojoj je riječ o opravdanim izuzecima od načela legaliteta **ne uvjetuje davanje imuniteta visinom zaprijećene kazne učinjenoga kaznenoga djela osobe kojoj se daje imunitet,** navodeći jedino da odstupanje od načela mora biti motivirano **„većim javnim interesom"**

Shvaćanja smo da je „najveći javni interes", učinkovita borba protiv organiziranoga kriminala, koji obuhvaća cijelu skalu učinjenih kaznenih djela uključujući i korupciju državnih dužnosnika, što dovodi do potpune paralize rada državnih tijela i devastacije kompletnog sustava socijalnih vrijednosti, zbog čega u toj borbi, nužno je praviti kompromise od kojih je jedan i odstupanja od načela legaliteta/davanje imuniteta članovima grupa za organizirani kriminal, ne isključujući, niti njihove šefove, ukoliko bi to dovelo do razotkrivanja i uništenja grupe za organizirani kriminal ili terorističke grupe u cjelini, te mreže državnih dužnosnika uključenih u koruptivne radnje.

Jasno je da se međunarodnim konvencijama i odlukama Ustavnog suda BiH, ne mogu propisivati svi modaliteti izuzetaka od načela legaliteta kaznenog progona. Ali također je i jasno, da se uspješna borba protiv organiziranog kriminala i terorizma ne može voditi propisivanjem takvih zakonskih prepreka koje takvu borbu otežavaju.

Dosadašnji „rezultati" borbe protiv korupcije u cjelini opravdavaju navedeno stajalište. Izmjene i dopune ZKP BiH u odnosu na čl. 84., izvjesno neće promijeniti dosadašnje stanje odsustva aktivnosti, zapravo potpune paralize rada tužiteljstava i policijskih agencija (čast izuzecima), kada su u pitanju borba protiv organiziranog kriminala i korupcije u državnim strukturama. Sigurno, da kompromisi kojima se čine izuzeci od načela legaliteta, primae vista, izazivaju otpor, prije svega sa moralne točke gledišta (kojim etičkim instrumentarijem opravdavati davanje imuniteta nekom narko boss-u), ali to svakako mora biti rezultat minuciozne raščlambe konkretnog slučaja i saobraženog koristima njegova iskaza u istrazi, što će biti rezultat pažljivo odmjerene odluke Glavnog tužitelja, te konačno **odluke Suda,** koja, nadalje, mora biti rezultat nove analize i pomnog odmjeravanja i uspoređivanja koristi takvoga iskaza svjedoka/suradnika pravosuđa, a sve u svrhu suzbijanja kancera zvanog korupcija, čija raširenost je dovela cijelu državu i njenu strukturu u terminalnu fazu.

Teorijsko utemeljenje navedenog stajališta nalazimo i u pravnoj obveznosti i važenju normi. Polazeći od **Wright-ove**[20] podjele na faktički i normativni smisao norme, te nastavno na podjelu dr. **R. Lukica** na pravno i stvarno/faktičko važenje norme, posebno ukazujemo na tipologiju važenja, koju je dao **J. W. Harris**[21]**,** prema kojoj norma ima sljedeća značenja: **prvo,** - važeća norma je u suglasnosti sa višom normom – nije ultra vires; **drugo,** - važeća norma je skladan dio šireg polja normativnog značenja – čineći logički i značenjski koherentnu cjelinu; **treće, važeća norma odgovara društvenoj stvarnosti tj. važenje norme se izjednačava se njenom efikasnošću i četvrto,** važeća norma ima u sebi sadržan zahtjev, pretenziju, pravo biti izvršena**.** Imajući u vidu
naročito treće značenje, italijanski autor **L. Lombardi** smatra da se na opisani način „Točka gledišta efikasnosti" i „Točka gledišta važenja" ne razlikuju, pa se čak i druga (točka), odbacuje u korist prve, i ako su po svojoj prirodi – komplementarne.[22]

Završićemo sa mišljenjem dr. **Stefan Purner-a,** prema kojemu, „...novi zakoni ne trabaju osvajati nagrade za originalnost, već se u prvoj liniji moraju dokazati u praksi. Jedan, u krajnjem ishodu, nedovršeni pristup, koji teži ka objedinjavanju pojedinačnih, dobro riješenih instituta iz različitih pravnih sistema, u jednom novom zakonu, umjesto da rješava stvari, zapravo samo stvara probleme koji se daju izbjeći".

SUMMARY

The reason for the drafting of this review of legislative and solutions from international conventions concerning the granting of immunity to the witness or the suspect is the Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina No. U-5/16 of 1 June.2017, which established that the provisions of Article 84 (2) (3)(4) of the CPC BIH - do not comply with the provisions of Article I / 2 of the Constitution of BiH, and consequently the provision of Article 1 of the Law on Amendments to the CPC BIH (Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, No. 6/19), in which the Decision of the Constitutional Court of BiH was implemented.
Bearing in mind that the legal solution passed is one (palliative) act in the sequence of as many as twenty amendments to the CPC BiH, that is not only

[20] G.H. von. Wright, Norm. and Action
[21] James.W. Harris Law and Legal Science
[22] Navedeno prema dr. G. Dajević: „Pravna obaveznost i važenje prava" – Sl.glasnik Bgd.

lacking in the efficiency and effectiveness of the criminal proceedings within the context of organized crime and international terrorism but is creating dilemmas with its "over-normative approach" which make doubts as to its effective implementation in practice not only likely but quite prospective.

The principle of legality of criminal prosecution and exceptions to the stated principle as defined by law should be taken into consideration, bearing in mind that the applicable Criminal Procedure Code of BiH as it stands: **1.** did not define in Article 20. - Definition of terms - Basic terms - CPC BIH, the "grounds for suspicion" standard; **2.** Did not separate the prosecutorial function of criminal prosecution from the prosecutorial function in the criminal proceedings; **3.** did not define the start of the investigation, with all the consequences arising from it, including the absence of judicial supervision over the conduct of the entire investigation and the absence of a remedy to the Order to conduct an Investigation, and **4.** did not define the procedural roles of the suspects and witnesses in terms of provisions of Article 84 of the CPC BiH, and conversion from one role to another and vice versa.

Sedin Idrizović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine

IZMJENA OPTUŽNICE NA GLAVNOM PRETRESU - DILEME I RAZLIČITA PRIMJENA U PRAKSI

Sažetak:
Ovaj rad ukazuje na različitu sudsku praksu u BiH u pogledu primjene procesnog instituta Izmjene optužnice na glavnom pretresu. Ta različitost je posljedica njegovog uopštenog propisivanja u krivičnoprocesnim zakonima. Različita sudska praksa se odnosi na različite okvire u kojima tužilac može, u prvostepenom postupku mijenjati optužnicu i domen u kojem sud može u tom pravcu intervenisati. Cilj rada je nastojanje da se ukaže na potrebu uspostavljana adekvatnog balansa u praksi, između dužnosti tužioca da, kada su ispunjeni zakonski uslovi, mijenja optužnicu na glavnom pretresu i prava optuženog na adekvatnu odbranu i zaštitu od iznenadnih optuženja, a što nalaže i načelo zakonitosti krivičnog postupka, prema krivičnoprocesnim zakonima u BiH.
Ključne riječi: izmjena optužnice na glavnom pretresu, objektivni identitet presude sa optužnicom, izmjena optužnice na štetu optuženog, okviri u kojima tužilac može izmijeniti optužnicu**.**

Summary:
This paper indicates varying court practices existing in Bosnia and Herzegovina regarding application of the procedural institute of the amendment to the indictment at the main trial. This difference is a consequence of its too general definition in the criminal procedure codes. The varying court practices pertain to different frameworks within which a prosecutor can amend an indictment in the first instance proceedings, but also to the sphere in which a court can make interventions in this regard. Purpose of the paper is to indicate a necessity to strike an adequate balance in the practice between the prosecutor's duty to amend the indictment at the main trial, when legal preconditions are met, and rights of the accused to have adequate defense and protection from sudden charges, which are also imposed by principles of legality of the criminal proceedings provided under criminal procedure codes in BiH.
Key words: amendment of the indictment at the main trial, objective identity between a verdict and an indictment, amendment of the indictment to the detriment of the accused, boundaries within which a prosecutor can amend the indictment.

U toku glavnog pretresa, tužioci se često nađu u situaciji da mijenjaju optužnicu. Odredbe procesnih zakona u BiH uopšteno propisuju ovo procesno ovlaštenje tužioca. Konkretno, samo jednom odredbom se navodi da ako tužitelj ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, on može na glavnom pretresu odnosno do okončanja dokaznog postupka izmijeniti optužnicu. Radi pripremanja odbrane glavni pretres se može odgoditi. U ovom slučaju se ne vrši potvrđivanje optužnice.[1]

S obzirom da zakonodavac uopšteno propisuje mogućnost tužioca da izmjeni optužnicu nakon potvrđivanja, u toku glavnog pretresa, očigledno je da su odgovori na sve dileme koje se mogu javiti u vezi sa ovim procesnim ovlaštenjem tužioca, prepušteni sudskoj praksi i pravnoj nauci.

Tužilac u skladu sa navedenim ovlaštenjem, može u pismenoj formi ili usmeno, na glavnom pretresu izmijeniti optužnicu u dijelu koji se odnosi na činjenični opis djela i njegovu pravnu ocjenu. S obzirom da sud nije vezan za pravnu ocjenu djela navedenu u optužnici, to u praksi ovo pitanje ne izaziva posebne dileme. Isto tako, u praksi se ne javljaju dileme ukoliko izvedeni dokazi ukazuju da je djelo počinila druga osoba a ne optuženi, u kojem slučaju tužilac odustaje od optužbe. Međutim, u praksi se javljaju dileme kada je u pitanju činjenični opis djela naveden u optužnici, s obzirom da je sud vezan za takav činjenični opis kada donosi presudu.

Prva od dilema koja se javlja u praksi jeste, u kojem periodu tužilac može izmijeniti optužnicu? Procesni zakoni u BiH različito propisuju ovo pitanje. Odredbe čl. 275. ZKP BiH, čl. 290. ZKP RS i čl. 275. ZKP BD propisuju identično da tužilac može izmijeniti optužnicu na glavnom pretresu. Međutim, odredba člana 290. ZKP FBiH propisuje da tužilac može izmijeniti optužnicu do okončanja dokaznog postupka. U tom pravcu je i različita sudska praksa. U svjetlu pomenute odredbe Zakona, Vrhovni sud FBiH je u svojim odlukama stajališta da tužilac ne može izvan dokaznog postupka izmijeniti optužnicu. Dokazni postupak počinje i završava kada sudija pojedinac ili predsjednik vijeća objavi da je dokazni postupak otvoren odnosno završen i samo u tom periodu tužilac može izmijeniti optužnicu.Tako je u svojoj presudi Vrhovni suda FBiH naveo: „...nije dozvoljeno tužiteljici da izvrši izmjenu optužbe nakon okončanja dokaznog postupka.“[2]

[1] Čl. 275. ZKP BiH, čl. 290. ZKP FBiH, čl. 290. ZKP RS i čl. 275. ZKP BD BiH
[2] Presuda Vrhovnog suda FBiH: Broj: 070–0–Kžk–09–000007 od 16.04.2009. godine;

S obzirom da ovakvog ograničenja nema u krivičnoprocesnim zakonima BiH, Republike Srpske i Brčko Distrikta, tužilac je ovlašten da i nakon okončanja dokaznog postupka izmijeni optužnicu.[3] Čini se cjelishodnijim rješenje da tužilac može izmijeniti optužnicu do okončanja dokaznog postupka, s obzirom da krivičnoprocesni zakoni u BiH ne propisuju mogućnost ponovnog otvaranja dokaznog postupka. U tom slučaju, ukoliko tužilac izmijeni optužnicu po okončanju dokaznog postupka, optuženi neće moći adekvatno ostvarivati svoje pravo na odbranu, a prije svega da se izjasni u odnosu na nove činjenice ili eventualno predlagati i izvoditi nove dokaze koji bi osporavali postojanje ovih činjenica.

Sljedeća dilema koja se javlja u praksi jeste, da li tužilac može izmijeniti činjenični opis djela iz optužnice, a da se prije toga na glavnom pretresu nije izmijenila sadržina prikupljenih dokaza u istrazi ili se nisu pojavili novi dokazi, koji bi zaista ukazivali na potrebu preduzimanja takve procesne radnje? Pitanje je logično, s obzirom da krivičnoprocesne odredbe u BiH identično propisuju kao uslov tužiocu, a to je da optužnicu može izmijeniti ako izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje navedeno u optužnici.

Odgovor sudske prakse na ovo pitanje jeste da je tužilac ovlašten da na glavnom pretresu izmijeni činjenični opis djela u optužnici na osnovu nove, subjektivne ocjene istih dokaza sa kojima je raspolagao prilikom podizanja optužnice ili novih izvedenih dokaza na glavnom pretresu. Dakle, nije neophodno da se na glavnom pretresu izmijeni sadržaj prikupljenih dokaza u istrazi ili da izmjenu opravdavaju novi dokazi.[4]

Sljedeće pitanje koje se može javiti u postupku jeste: dali je tužilac dužan izmijeniti optužnicu ukoliko izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u toj optužnici. Pitanje je logično s obzirom da zakonodavac u navedenoj odredbi propisuje da tužilac to „može“ učiniti, što

[3] Vidjeti npr. Presudu Suda BiH broj: S1 2 K 007246 11 K od 06.07.2012.godine str. 14.; Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 12 0 K 004724 18 Kvlz od 20.08.2018.godine; Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 0 K 007906 12 Kž od 26.03.2013.godine.

[4] Presuda Vrhovnog suda FBiH: Broj: 070-0-Kž–06-000114 od 28.09.2006. godine; Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 12 0 K 004724 18 Kvlz od 20.08.2018.godine.

bi ukazivalo da je prepušteno na diskreciju tužioca. Međutim, u skladu sa načelom legaliteta krivičnog gonjenja, tužilac je dužan izmijeniti činjenični osnov optužnice ukoliko dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici.

Da li sud može uskratiti pravo tužioca da izmijeni optužnicu na glavnom pretresu? Ova dilema se javlja u dvije situacije i to: kada sud, suprotno tužiocu, smatra da izvedeni dokazi ne ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje i kada smatra da je tužilac izašao izvan okvira u kojima može izmijeniti činjenični opis optužnice. U odnosu na prvu situaciju, u svojoj presudi, Vrhovni sud FBiH je zauzeo stav da je „tužitelj ovlašten da izmijeni optužnicu na glavnom pretresu ukoliko u toku glavnog pretresa nađe da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici. Navedena zakonska odredba ovo ovlaštenje tužitelja veže uz njegovu sopstvenu ocjenu dokaza izvedenih na glavnom pretresu, te stoga sud nije ovlašten da ulazi u tu tužiteljevu ocjenu i njegovu procjenu da dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici i da u slučaju da smatra da dokazi na glavnom pretresu ne ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, uskrati tužitelju pravo da na glavnom pretresu izmijeni optužnicu.“[5]

Identično pravno shvatanje u svojim odlukama je zauzeo i Vrhovni sud Republike Srpske.[6] Sud, dakle, prema ovim argumentima koji bi vrijedili za obje pomenute situacije, ne može tužiocu da odbije izmjenu optužnice na glavnom pretresu i dužan je donijeti presudu koja će se odnositi na djelo sadržano u izmijenjenoj optužnici, u suprotnom, neće u potpunosti riješiti predmet optužbe. Međutim, to ne znači da sud nema mogućnosti da presudom otkloni propust tužitelja.[7]

Ipak, u sudskoj praksi u BiH su prisutni i drugi slučajevi. Tako u pojedinim prvostepenim postupcima pred sudom BiH, nakon što tužilac izmijeni optužnicu i nakon što se odbrana izjasni na te izmjene, vijeće donosi procesnu

[5] Presuda Vrhovnog suda FBiH, Kž 534/04 od 10.03.2005. godine.
[6] Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 0 K 007906 12 Kž od 26.03.2013.godine; Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 118-0-10-000 016 od 30.09.2010. godine.
[7] Vidjeti: Presudu Vrhovnog suda Republike Srpske broj 118-0-10-000 016 od 30.09.2010. godine i Presudu Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 0 K 008890 od 23.04.2013.godine.

odluku kojom prihvata ili odobrava odnosno ne prihvata ili ne odobrava izmjenu optužnice u cjelosti ili u pojedinom dijelu te se u skladu sa tom odlukom nastavlja sa dokaznim postupkom odnosno glavnim pretresom.[8]

Bez obzira koliko je praktično ovo rješenje, u smislu da je strankama u postupku prije okončanja pretresa jasno šta je predmet raspravljanja i sudskog odlučivanja, ipak se čini da se na ovaj način povrjeđuje načelo akuzatornosti i predstavlja spajanje sudske i tužilačke funkcije.

Razlozi za ovakvu intervenciju Suda najčešće, leže u pomenutoj, drugoj situaciji, odnosno, zato što Sud smatra da tužilac ide za tim da izmijeni optužnicu na glavnom pretresu, izvan dopuštenih okvira. Sada se postavlja dilema, gdje je granica u ukviru koje tužilac može (i mora) izmijeniti optužnicu na glavnom pretresu i kako „zaštiti" optuženog od „iznenadnih optuženja" koja ne podliježu potvrđivanju od strane sudije za prethodno saslušanje.

U značajnom broju presuda Suda BiH se, kao osnovni okvir, u kojem tužilac može izmijeniti optužnicu na glavnom pretresu u prvostepenom postupku, uzima analogna primjena člana 280. stav 1. ZKP BiH koja propisuje postojanje subjektivnog i objektivnog identiteta presude sa optužbom.[9]

---

[8] Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 2 K 026966 18 Kž od 25.05.2018.godine, par. 13: „ Analizirajući procesno rješenje prvostepenog suda da ne prihvati izmijenjenu optužnicu Tužilaštva BiH, broj T20 0 KTPO 00 12386 16 od 19.02.2018. godine, ovo Vijeće nalazi da je takva odluka jedina ispravna u konkretnom slučaju." Vidjeti: Pravosnažna presuda Suda BiH Broj: S1 1 K 016065 14 Kri od 23.12.2016.godine; Pravosnažna presuda Suda BiH broj: S1 1 K 005665 11 KrI od 19.10.2012.godine; Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj : S1 1 K 021051 16 Kri od 30.03.2017.godine, par.12.; Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj S1 1 K 017149 14 Kri od 28.04.2016.godine.

[9] Tako se npr. u Presudi Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj S1 2 K 024310 17 Kžk od 23.02.2018. godine, par. 30. navodi: "Kada su u pitanju izmjene koje je tužilac izvršio u činjeničnom opisu optužnice u toku prvostepenog postupka, ovo Vijeće je utvrdilo da su navedene izmjene sadržane u preciziranoj optužnici, učinjene u granicama subjektivnog i objektivnog identiteta analogno članu 280. stav 1. ZKP BiH." Prema Presudi Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 2 K 026966 18 Kž od 25.05.2018.godine, se zahtjeva da za izmjenu optužnice „između ranije optužnice i opisa djela u izmijenjenoj optužnici postoji istovjetnost u osnovnim elementima, što u konkretnom predmetu nije bio slučaj"; Iste granice se uzimaju i u drugim presudama, vidjeti npr.: Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj S1 1 K 008241 12 KrI od 26.02.2016. godine, par. 126.; Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj : S1 1 K 021051 16 Kri od 30.03.2017.godine, par. 12.; Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj S1 1 K

Drugim riječima, analogna primjena člana 280. stav 1. ZKP BiH znači da isti okviri koji vrijede za sud, kada presudom vrši intervencije u činjenični opis djela u optužnici vrijede i za tužioca. Kao rezultat analogne primjene odredbe člana 280. stav 1. ZKP BiH se izvode zaključci u presudama Suda BiH da, u najkraćem, tužilac ne može u prvostepenom postupku, na glavnom pretresu, izmijeniti optužnicu na štetu optuženog, odnosno dodati nove kriminalne količine kojim se optuženi dovodi u teži ili nepovoljniji položaj.[10]
Suprotno pravno shvatanje su u svojim odlukama zauzeli Vrhovni sud FBiH i Vrhovni sud Republike Srpske, u najkraćem, da tužilac može u dokaznom

017149 14 Kri od 28.04.2016.godine, par. 12. Odredba člana 280., stav 1. ZKP BiH propisuje da se Presuda može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici.

[10] Tako se u Presudi Apelacionog vijeća Suda BiH suda Broj: S1 1 K 021051 17 Krž 6 od 12.07.2017.godine, par. 78. navodi: : „ Apelaciono vijeće smatra neosnovanim prigovor žalbe optuženog u kojem ističe da je povrijeđen identitet optužnice obzirom da je Tužilaštvo BiH u skladu sa članom 275. ZKP-a BiH izvršilo izmjenu predmetne optužnice, a kojom se optuženi ne dovodi u nepovoljniji položaj.„ U presudi Apelacionog odjeljenja Suda BiH broja S1 2 K 003342 12 Kž od 29.06.2012. godine se navodi da tužilac nije „povrijedio objektivni identitet optužnice“ kako to prigovara odbrana obzirom da „upoređivanjem sadržaja potvrđene optužnice od 15.12.2009. godine sa izmijenjenom optužnicom od 17.06.2011. godine, ovo vijeće je utvrdilo da nije povećan obim inkriminisanih radnji optuženih, niti je istom unesena nova kriminalna količina u činjenični opis radnji optuženih...“ U pravosnažnoj Presudi Suda BiH broj S1 1 K 016065 14 Kri od 23.12.2016.godine, par. 68. se navodi da izmjena optužnice u konkretnom slučaju predstavlja veću kriminalnu količinu čime se optuženi stavlja u teži položaj, zbog čega je odbijena izmjena optužnice i nastavljen je postupak po prvobitnoj optužnici; U pravosnažnoj Presudi Suda BiH broj: S1 1 K 005665 11 KrI od 19.10.2012. godine par. 51. se navodi da bi, u konkretnom slučaju, „ izmjena optužnice vodila njenom proširenju, što bi bio novi optužni akt i rezultiralo težim procesnim položajem optuženog“ . Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj S1 1 K 008241 12 KrI od 26.02.2016. godine, par. 126. : „Sud je prihvatio izmjenjenu optužnicu, s obzirom da istom nije otežan procesni položaj optuženih, nalazeći da je izmijenjena optužnica u granicama objektivnog i subjektivnog identiteta.“ Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj S1 1 K 017149 14 Kri od 28.04.2016.godine, par. 12: „Cijeneći da navedenom izmjenom nije povrijeđen ni subjektivni, ni objektivni identitet optužnice, nije se mijenjala ni njena pravna kvalifikacija, niti je optuženi doveden u nepovoljniji položaj, Vijeće je istu prihvatilo“. Pravosnažna prvostepena presuda Suda BiH broj : S1 1 K 021051 16 Kri od 30.03.2017.godine par. 12: Cijeneći da navedenom izmjenom nije povrijeđen ni subjektivni, ni objektivni identitet optužnice, da se radi o preciziranju optužnice kojom se optuženom ne stavlja na teret veća kriminalna količina, da se nije mijenjala ni njena pravna kvalifikacija, niti je optuženi doveden u nepovoljniji položaj, Vijeće je istu prihvatilo“.

postupku izmijeniti optužnicu na štetu optuženog, odnosno da doda nove kriminalne količine, pod uslovom da se ne radi o drugom događaju odnosno o drugom krivičnom djelu.[11] Isto tako u svojoj presudi, Vrhovni sud Republike Srpske je naveo: „izmjenu optužnice tužilac može vršiti u granicama genusno istog krivičnog djela sa onim koje je bilo opisano u potvrđenoj optužnici, pri čemu ta izmjena nije ograničena zabranom izmjene na težu pravnu kvalifikaciju djela, sve dok se ta izmjena kreće u navedenim granicama".[12] Uz uslov da se izmjena činjeničnog osnova optužnice kreće u okviru genusno istog krivičnog djela, u jednoj presudi Vrhovnog suda FBiH se navodi da je potpuno irelevantno dali takva izmjena „ima za posljedicu pogoršanje pravnog položaja optuženog".[13]

Dakle, za razliku od Suda BiH, očigledno je da u svojim odlukama, Vrhovni sud FBiH i Vrhovni sud Republike Srpske, kao okvir tužiocu za izmjenu činjeničnog osnova optužnice ne uzima analogno krivičnoprocesnu odredbu koja propisuje subjektivni i objektivni identitet presude sa optužnicom.

To je vidljivo i iz presude Vrhovnog suda FBiH u kojoj se navodi: „Prema odredbi člana 290. KZ FBiH ako tužitelj ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici on može do okončanja dokaznog postupka izmijeniti optužnicu, u kom slučaju se ne vrši potvrđivanje optužnice, ali se radi pripremanja odbrane glavni pretres može odgoditi. Citirana odredba ovlašćuje tužitelja da izmijeni činjenično stanje u optužnici i

[11] U Rješenju Vrhovnog suda FBiH broj:03 0 K 006506 14 Kž 2 od 14.05.2013.godine se navodi: „Neosnovano se žalbom braniteljice optuženog (...) tvrdi da je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. u vezi sa članom 290. ZKP FBiH time što je dopustio kantonalnoj tužiteljici da na glavnom pretresu izmijeni optužnicu na način da u činjeničnom opisu optužnice doda nove kriminalne količine. Ovaj sud, naime, nalazi da je optužnica akt tužitelja i da je tužitelj taj koji je ovlašten da u skladu sa rezultatima dokaznog postupka, a na osnovu člana 290. ZKP FBiH, izvrši izmjenu činjeničnog opisa djela u optužnici na način na koji on smatra da izvedeni dokazi ukazuju da se događaj odigrao. U tom smislu, tužitelj je ovlašten i da vrši izmjenu činjeničnog stanja iznesenog u optužnici na način koji je nepovoljniji za optuženog. Stoga, sama izmjena optužnice na glavnom pretresu na način da je izmijenjeno činjenično stanje izneseno u optužnici nepovoljnije za optuženog od onog iz potvrđene optužnice, ne može predstavljati povredu člana 290. ZKP FBiH pod uvjetom da se ne radi o optužbi za novo krivično djelo". Vidjeti isto i Presuda Vrhovnog suda RS broj: 11 0 K 00 9567 13 Kž od 04.04.2013.godine.

[12] Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 80 0 K 057791 16 Kvlz od 31.01.2017.godine.

[13] Presuda Vrhovnog suda FBiH broj: Kž-380/05 od 06.10.2005.godine.

na način koji je nepovoljniji za optuženog, odnosno kako to žalba u konkretnom slučaju navodi, na način koji „uvećava kriminalnu količinu optuženom," ali sve pod uvjetom da takva izmjena ostane u okviru istog krivičnopravnog događaja koji je predmet potvrđene optužnice, tj. da se ne radi o optužbi za novo krivično djelo.[14]

Bitno je napomenuti, da je sudska praksa u BiH saglasna da zbog pravnog pravila zabrane reformatio in peius, tužilac ne može u ponovljenom postupku izmijeniti optužnicu na štetu optuženog odnosno dodati novu kriminalnu količinu za koju se optuženi nije ranije teretio.[15]

Stoga, okvir koji su u svojim odlukama postavili Vrhovni sud FBiH i Vrhovni Sud Republike Srpske jeste, da tužilac u prvostepenom postupku, na glavnom pretresu može, na štetu optuženog, mijenjati činjenični opis djela naveden u optužnici, sve dok te izmjene ne predstavljaju drugi događaj odnosno drugo krivično djelo i čak ako se izmjene odnose na teži oblik genusno istog krivičnog djela.

Kada je u pitanju analogna primjena odredbe člana 280. stav 1. ZKP BiH kao okvira u kojem se tužilac može kretati, kada u prvostepenom postupku mijenja činjenični opis djela iz optužnice, čini se umjesnim uzeti u obzir samu svrhu ove odredbe. Osnovni razlozi zbog kojih je ograničena moćnost suda da interveniše u činjenični opis djela u optužnici jeste načelo akuzatornosti i pravo na odbranu optuženog. Dakle, ukoliko bi sud imao neograničenu mogućnost da mijenja činjenični opis djela u optužnici, to bi predstavljalo spajanje funkcije tužioca koji optužuje i funkcije suda koji presuđuje u jednu funkciju. Isto tako, optuženi, u ovoj situaciji ne bi imao mogućnost da se izjašnjava na, sada već nove činjenice u presudi i predlaže svoje dokaze u odnosu na te činjenice. S tim u vezi, treba imati u vidu i ograničenu procesnu mogućnost optuženog da u žalbi ističe nove činjenice i predlaže nove dokaze.

Međutim, za razliku od suda, kada tužilac mijenja optužnicu na glavnom pretresu, odnosno u dokaznom postupku, on ne može povrijediti načelo akuzatornosti niti je optuženi u ovom slučaju lišen prava na efikasnu odbranu.

[14] Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 03 0 K 015736 17 Kž od 26.03. 2019.godine.
[15] Vidjeti: Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 070-0-KŽk-07-000001 od 15.03.2007. godine i Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 070-0-KŽk-08-000005 od 16.05.2008. godine.

Dokazni postupak, odnosno glavni pretres je u toku, a odgodom pretresa će se omogućiti optuženom da pripremi svoju odbranu u odnosu na izmijenjenu optužnicu. Konačno, odredba člana 280. stav 1. ZKP BiH vezuje presudu sa optužnicom, potvrđenom ili izmijenjenom i optuženim po toj optužnici. Iz ovih razloga se čini neosnovanim u istom obimu „vezivati" tužioca kao i sud kada mijenjaju činjenični osnov optužnice, analognom primjenom odredbe člana 280. Stav 1. ZKP BiH.

S druge strane, nameće se nužnim da se tužilac ograniči u svom ovlaštenju da na glavnom pretresu izmijeni činjenični opis djela iz optužnice, kako bi se optuženi „zaštitio" od iznenadnih optuženja i kako se ne bi „preskakao" postupak optuženja i odlučivanja o optužnici. Upravo iz ovog razloga je opravdan okvir koji su odredili u svojim odlukama Vrhovni sud FBiH i Vrhovni sud Republike Srpske, a to je, da se tužilac kod takve izmjene optužnice drži istog događaja odnosno istog krivičnog djela za koje je potvrđena optužnice. U ovakvoj situaciji nema potreba da se za isti događaj odnosno isto krivično djelo ili genusno isto krivično djelo, ponovo vraća na potvrđivanje optužnica, zato što je tužilac prije okončanja dokaznog postupka, izmijenio činjenični opis djela iz optužnice na štetu optuženog, dodavši novu kriminalnu količinu.

Značajno je i navesti, šta zapravo znači „izmjena činjeničnog opisa djela u optužnici na štetu optuženog" ili „nova kriminalna količina" u okviru istog događaja odnosno istog krivičnog djela? To će biti dodavanje ili zamjena (ne i izostavljanje) činjenica i okolnosti u činjeničnom opisu djela u optužnici koje se odnose na elemente (obilježja) bića krivičnog djela. Radi jednostavnosti odgovora na navedeno pitanje a zbog brojnosti i različitosti krivičnih djela, možemo krenuti od podjele na konstitutivne, privilegovane i kvalifikatorne elemente krivičnog djela do čijih izmjena najčešće dolazi u praksi.

Ukoliko tužilac iz činjeničnog opisa djela navedenog u optužnici, izostavi privilegovane elemente bića krivičnog djela ili ih izmijeni sa okolnošću koja je manje povoljna za optuženog, takva izmjena će biti na štetu optuženog. Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom.

Ukoliko tužilac iz činjeničnog opisa djela izostavi ili izmjeni kvalifikatorne elemente, to neće biti izmjena optužnice na štetu optuženog. Međutim, ukoliko doda kvalifikatorne elemente u činjenični opis djela u optužnici to će

predstavljati izmjenu optužnice na štetu optuženog, naravno nužno je da se takvom izmjenom ne izađe iz okvira istog događaja odnosno istog krivičnog djela. Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom.

Izmjena optužnice na štetu optuženog će postojati i ukoliko tužilac u činjenični opis djela doda ili izmjeni konstitutivne elemente subjektivne ili objektivne prirode, na štetu optuženog.[16] Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom. Naravno osnovni kriterij je da ovakvom izmjenom tužilac ne izađe iz okvira postojećeg (genusno istog) krivičnog djela.

U praksi je česta dilema kod krivičnih djela kod kojih se alternativno propisuje više radnji izvršenja, npr. kod krivičnog djela ratni zločin protiv ratnih zarobljenika. Ukoliko kod ovog krivičnog djela, izvedeni dokazi ukazuju da je optuženi, pored radnji iz potvrđene optužnice, u okviru istog događaja, počinio i neke druge radnje koje su alternativno propisane u okviru ovog krivičnog djela, tada je dodavanje tih radnji u činjenični opis djela izmjena optužnice na štetu optuženog. Ovakva izmjena optužnice bi, prema navedenom pravnom shvatanju u odlukama Vrhovnog suda FBiH i Vrhovnog suda RS, bila dozvoljena tužiocu, pod uslovom da se i nova „kriminalna količina" odnosi na isti događaj i da predstavlja isto krivično djelo odnosno teži oblik genusno istog krivičnog djela.

Slična je situacija i kod produženog krivičnog djela. Ukoliko tužilac u činjenični opis djela doda nove radnje koje ulaze u jedinstvenu cjelinu produženog krivičnog djela, takva izmjena je na štetu optuženog. Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom. Ukoliko sud „ne dozvoli" tužiocu takvu izmjenu, kasnije optuživanje bi se smatralo presuđenom stvari.

Isto tako, ukoliko se u činjeničnom opisu djela dodaju ili izmjene konstitutivni elementi tako da se optuženi tereti za drugačije djelo koje je teže za optuženog, radit će se o izmjeni optužnice na štetu optuženog. Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom, s obzirom da sud može presudom izmijeniti ili izostaviti

[16] Npr. Kada se doda okolnost da je optuženik „upotrijebio silu" kada je oduzeo tuđu pokretnu stvar. Ili kada se izostave okolnosti da je postupao u nehatu, ili se dodao da je postupao sa namjerom.

konstitutivne elemente tako da se optuženi tereti za drugačije djelo koje je blaže za optuženog.[17]

Tužilac je izmijenio optužnicu na štetu optuženog ukoliko radnju pomaganja optuženog izmijeni sa radnjom učinjenja djela ili radnjom saizvršioca, ili da izmijeni optužnicu tako da navede da je optuženi dovršio djelo umjesto da je djelo ostalo u pokušaju. Ukoliko sud presudom na ovaj način interveniše, povrijedit će objektivni identitet presude sa optužnicom.

U praksi se ne javljaju dileme kada su u pitanju okolnosti koje isključuju postojanje krivičnog djela i krivične odgovornosti, jer dovode do oslobađanja od optužbe te okolnosti koje se odnose na vrijeme i mjesto izvršenja krivičnog djela, te predmet na kojem je djelo izvršeno s obzirom da ih i sud može mijenjati presudom bez da učini povredu objektivnog identiteta presude sa optužnicom.

Stoga, u svim navedenim situacijama, tužilac neće moći izmijeniti optužnicu na štetu optužnog ukoliko mu je isti okvir kao i sudu: postojanje „objektivnog i subjektivnog identiteta presude sa optužnicom".

Razlika u sudskoj praksi sudova u BiH, u tome da li se za izmjenu činjeničnog opisa djela u optužnici, u toku prvostepenog postupka, tužilac mora kretati kao i sud „u granicama objektivnog i subjektivnog identiteta presude sa optužnicom" ili pak može izmijeniti optužnicu i na štetu optuženog ali da ostane u okviru istog događaja odnosno istog krivičnog djela, utiče i na različit ishod postupka. Ako bi smo krenuli od imperativa da tužilac što detaljnije provede istragu i na taj način u što većoj mjeri isključi moguća „iznenađenja" na glavnom pretresu, onda bi okvire u kojima tužilac može mijenjati optužnicu na glavnom pretresu trebalo u što većoj mjeri približiti principu zakonitosti krivičnog postupka. .

[17] Npr. Sud izmijeni posljedicu, tako da umjesto „teška tjelesna povreda" navede „laka tjelesna povreda".

Vedrana Mijović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine

PROCEDURALNE I NEPROCEDURALNE MJERE ZAŠTITE SVJEDOKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak

Lice koje se saslušava kad postoji vjerovatnoća da će svojim iskazom moći dati obavijesti o krivičnom djelu, učiniocu i o drugim važnim okolnostima je svjedok u krivičnom postupku. Iskaz svjedoka kao dokaznog sredstva u krivičnom postupku ima veliki značaj i često predstavlja najvažnije dokazno sredstvo. S obzirom na navedeno, potrebno je osigurati svjedoku da svoju obavezu svjedočenja izvrši slobodno, bez ikakvih uticaja na njegovo istinito svjedočenje, kao i otkloniti svaki rizik po život i tjelesni integritet svjedoka i njegove porodice, kao i imovine. U Bosni i Hercegovini je uspostavljen pravni okvir kojim je uređena materija zaštite svjedoka putem primjene proceduralnih i neproceduralnih mjera zaštite, koji su određeni zakonima.

Ključne riječi: svjedok, svjedok pod prijetnjom, ugroženi svjedok, zaštićeni svjedok, mjere zaštite.

Abstract

A person being interviewed when there is a probability that in their statement they will be able to provide information about the criminal offence, the perpetrator and other relevant circumstances, is a witness in criminal proceedings. The witness statement as evidence in criminal proceedings is of great importance and is often the most important evidence. In view of the above, it is necessary to provide the witness with the opportunity to meet their obligation of giving a testimony freely, without any influence on their true testimony, as well as to eliminate any risk to life and bodily integrity of the witness and his family as well as property. In Bosnia and Herzegovina, a legal framework has been established which regulates the issue of witness protection through the application of procedural and non-procedural measures of protection, as defined by laws.

Key words: witness, witness under threat, vulnerable witness, protected witness, protective measure.

1. Uvodna razmatranja

Značaj i uloga svjedoka u krivičnom postupku sa aspekta dokazivanja i utvrđivanja relevantnih činjenica i okolnosti u krivičnom postupku je izuzetno velika, a posebno imajući u vidu činjenicu da su u složenim predmetima ratnih zločina, terorizma, organizovanog kriminala, kao i koruptivnih krivičnih djela svjedoci često jedino ili osnovno dokazno sredstvo, koje tužilac ima prilikom dokazivanja postojanja krivičnog djela i krivnje. Zakon o krivičnom postupku uopšteno govoreći propisuje osnovne obaveze svjedoka, a to su, da se svjedok odazove pozivu suda i da istinito svjedoči o onome što mu je poznato. Ukoliko svjedok ne ispuni svoju obavezu, država je ovlaštena da iskoristi zakonom određena sredstva prinude prema svjedoku, a to su, ako se neopravdano ne odazove pozivu, da ga prinudno dovede, a ako odbije svjedočenje, novčano kazniti, te ga zatvoriti dok ne prestane potreba za svjedočenje, a najduže trideset dana. Međutim država je dužna nasuprot obavezi svjedoka da se pojavi pred sudom i istinito svedoči, da osigura svjedoku da svoju obavezu svjedočenja izvrši slobodno, bez ikakvih uticaja na njegovo istinito svjedočenje, kao i da otkloni svaki rizik po život i tjelesni integritet svjedoka i njegove porodice, kao i imovine.
Mjerama zaštite svjedoka se osigurava dostupnost dokaza i njihov kvalitet. Ove mjere zaštite u krivičnom postupku po svom postojanju, obimu i trajanju, ne smiju dovoditi u pitanje pravo optuženog na odbranu. Optuženi ima pravo na pravično suđenje, što uključuje u prvom redu pravo optuženog da ispita svjedoka koji svjedoči protiv njega, u istom obimu i pod istim uslovima koje je imao i tužilac prilikom ispitivanja.

2. Svjedok

Svjedok je lice koje se saslušava kad postoji vjerovatnoća da će svojim iskazom moći dati obavijesti o krivičnom djelu, učiniocu i o drugim važnim okolnostima. Preporuka Vijeća Evrope (2005)9 definiše svjedoka kao „svako lice koje posjeduje informacije relevantne za krivični postupak u vezi s kojim je ono dalo iskaz ili je u mogućnosti dati iskaz.“ Član 81. stav 1. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine[1] propisuje da „Svjedoci se saslušavaju kad postoji vjerovatnoća da će svojim iskazom moći dati obavijesti

[1] Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj: 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18)

o krivičnom djelu, učiniocu i o drugim važnim okolnostima.“ Zakon o programu zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini[2] u članu 2. daje pojam svjedoka „Svjedok je lice bez čijeg svjedočenja nema izgleda da se u krivičnom postupku istraže i utvrde činjenice ili utvrdi boravište osumnjičenog lica, ili bez čijeg svjedočenja bi to bilo znatno otežano.“ Svjedoci kojima je potrebna zaštita u krivičnopravnom sistemu Bosne i Hercegovine, prema Zakonu o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u Bosni Hercegovini[3] se mogu podijeliti u tri kategorije: svjedok pod prijetnjom, ugroženi svjedok i zaštićeni svjedok.

3. Pravni okvir zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini obaveza zaštite svjedoka je propisana zakonima na nivou Bosne i Hercegovine i na nivou entiteta i Brčko distrikta BiH. Na nivou Bosne i Hercegovine propisane su proceduralne i neproceduralne mjere zaštite, dok na nivou entiteta i Brčko distrikta BiH egzistiraju samo proceduralne mjere.
Mjere zaštite svjedoka na nivou Bosne i Hercegovine su propisane zakonima. Relevantni zakoni koji regulišu različite oblike zaštite svjedoka i žrtava su uređeni materijalnim i procesnim zakonima, a to su Krivični zakon, Zakon o krivičnom postupku, Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka i Zakon o programu zaštite svjedoka.

Krivični zakon

Krivično materijalno pravo u Bosni i Hercegovini čine Krivični zakon Bosne i Hercegovine[4], Krivični zakonik Republike Srpske[5], Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine[6] i Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovim zakonima su propisana krivična djela koja se odnose na ugrožavanje svjedoka i njegovog svjedočenja pred sudovima u Bosni i

[2] Zakon o programu zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj:36/14)
[3] Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj: 3/03, 21/03, 61/04 i 55/05)
[4] Krivični zakon Bosne i Hercegovine („ Službeni glasnik BiH“, broj: ("Službeni glasnik BiH", broj: 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 i 35/18)
[5] Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 64/17)
[6] Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", broj: 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17)

Hercegovini. Krivična djela propisana Krivičnim zakonom BiH, a koja se odnose na ugrožavanje svjedoka i njegovog svjedočenja pred sudom su Sprečavanje dokazivanja, Povreda tajnosti postupka, Otkrivanje identiteta zaštićenog svjedoka i Ometanje rada pravosuđa:

Krivičnim djelom Sprečavanje dokazivanja iz člana 236. KZ BiH osigurava se nesmetano davanje iskaza svjedoka u sudskom postupku, bez bilo kakvog nedozvoljenog uticaja od strane trećih lica na svjedoka i njegov svjedočki iskaz pred sudom[7].

Krivičnim djelom Povreda tajnosti postupka iz člana 237. KZ BiH osigurava tajnost podataka koji se po zakonu ne smiju objaviti ili su odlukom Suda BiH ili od strane ovlaštenog lica označeni tajnim podatkom[8].

Krivičnim djelom Otkrivanje identiteta zaštićenog svjedoka iz člana 240. KZ BiH pruža se zaštita podataka o identitetu zaštićenih svjedoka, a koje mjere su svjedoku određene po osnovu Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u BiH ili po Zakonu o programu zaštite svjedoka u BiH[9].

Krivičnim djelom Ometanje rada pravosuđa iz člana 241. KZ BiH obezbjeđuje se nesmetano izvođenje dokaza, što uključuje u prvom redu nesmetano svjedočenje svjedoka u toku krivičnog postupka[10].

Navedenim krivičnim djelima štite se dokazi u krivičnom, ali i drugim postupcima i uplitanje u dokaze od strane trećih lica. Propisivanjem

[7] Član 236. KZ BiH stav 1. „Ko svjedoka ili vještaka u sudskom, prekršajnom, upravnom ili disciplinskom postupku pred institucijama Bosne i Hercegovine, silom, prijetnjom ili drugim oblikom prisile, ili obećanjem dara ili kakve druge koristi navede na lažan iskaz..."

[8] Član 237. KZ BIH stav 1) „Ko neovlašteno drugom otkrije činjenicu ili sredstvo koje sadrži informaciju i u čiji je posjed došao iz istražnog, sudskog, prekršajnog ili upravnog postupka pred institucijama Bosne i Hercegovine, a što se po zakonu ne smije objaviti ili je odlukom Suda Bosne i Hercegovine ili je od strane ovlaštenog lica označeno kao tajni podatak....", stav 2) "Ko neovlašteno objavi, posreduje u objavljivanju, omogući objavljivanje ili učini dostupnim činjenicu ili sredstvo koje sadrži informaciju i u čiji je posjed došao iz istražnog, sudskog, prekršajnog ili upravnog postupka pred institucijama Bosne i Hercegovine, a što se po zakonu ne smije objaviti ili je odlukom Suda Bosne i Hercegovine ili od strane ovlaštenog lica označeno kao tajni podatak.."

[9] Član 240. stav 1. KZ BiH „Ko neovlašteno drugom saopšti, preda ili preduzme drugu radnju s ciljem otkrivanja podataka o identitetu ili informacija koje mogu dovesti do otkrivanja identiteta lica koje je pružilo dokaz ili treba pružiti dokaz pred institucijama Bosne i Hercegovine, a koje se po zakonu ne smiju objaviti ili su odlukom Suda Bosne i Hercegovine ili od strane ovlaštenog lica proglašene tajnim podacima...".

[10] Član 241. KZ BIH „Ko koristi fizičku silu, prijetnju, zastrašivanje ili obećava, nudi ili daje nedopuštenu korist, kako bi naveo na davanje lažnog iskaza ili spriječio davanje iskaza ili izvođenja dokaza u krivičnom postupku koji se vodi po zakonu Bosne i Hercegovine...".

protivpravnih radnji u materijalnom pravu, odnosno u Krivičnom zakonu, omogućava se primjena i provođenje efikasnih i djelotvornih mjera zaštite kad su u pitanju svjedoci, tajni podaci, podaci o identitetu zaštićenih svjedoka, kao i sprečavanje ometanja rada pravosuđa kroz inkriminisanje fizičke sile, prijetnje, zastrašivanja ili obećavanja, nuđenja ili davanja nedopuštene koristi, kako bi naveo na davanje lažnog iskaza ili spriječio davanje iskaza ili izvođenja dokaza u krivičnom postupku koji se vodi.

Zakon o krivičnom postupku

Proceduralne mjere zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini su propisane Zakonom o krivičnom postupku BiH[11], na nivou entiteta i Brčko distrikta BiH Zakonom o krivičnom postupku RS[12], Zakonom o krivičnom postupku F BiH[13] i Zakonom o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH. Svrha proceduralnih mjera zaštite svjedoka je povećanje njegove sigurnosti prilikom pojavljivanja pred sudom, kao i otklanjanje opasnosti po svjedoka zbog njegovog svjedočenja. U ovom radu će biti pomenute mjere zaštite za svjedoke i žrtve propisane Zakonom o krivičnom postupku BiH:

Poziv za saslušanje svjedoka propisan je članom 81. ZKP-a. U stavu 3. ova odredba propisuje mjeru zaštite svjedoka koji su stari, bolesni ili imaju teške tjelesne mane, odnosno izuzetak od obaveze takvih svjedoka da se odazovu pozivu suda, ali ne i od obaveze njihovog svjedočenja[14].

Tok saslušanja svjedoka propisan je članom 86. ZKP-a. Navedenom odredbom propisane su mjere zaštite maloljetnih lica koji su svjedoci ili žrtve prilikom njihovog saslušanja, kao i zaštita oštećenih od postavljanja pitanja o njegovom seksualnom životu, kao i mogućnost saslušanja svjedoka putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka[15].

[11] Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj: 3/03, 32/03, 36/03, 26/04), 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18)

[12] Zakonom o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, broj: 53/12)

[13] Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (("Službene novine Federacije BiH", broj:35/03 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14)

[14] Član 81. stav 3. ZKP-a „Svjedoci koji se zbog starosti, bolesti ili teških tjelesnih mana ne mogu odazvati pozivu, mogu se saslušati u svom stanu, bolnici ili na drugom mjestu,“

[15] Član 86 stav 4 „Prilikom saslušanja maloljetnog lica, naročito ako je ono oštećeno krivičnim djelom, postupit će se obazrivo, da saslušanje ne bi štetno uticalo na psihičko stanje maloljetnika. Saslušanje maloljetnog lica izvršit će se pomoću uz pomoć pedagoga ili drugog stručnog lica.“, stav 5) „Oštećenog krivičnim djelom nije dopušteno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela, a ako je takvo ispitivanje

Zaštićeni svjedok propisan je članom 91. ZKP-a. Ovom odredbom propisano je da se položaj zaštićenog svjedoka uređuje posebnim zakonom[16].

Mjera zabrane sastajanja osumnjičenog, odnosno optuženog sa svjedocima propisana je članom 126.a stav 1. tačka c) ZKP-a. Ova mjera zabrane koja se određuje prema osumnjičenom, odnosno optuženom, predstavlja u izvjesnom smislu zaštitnu mjeru prema svjedoku, budući da je svrha ove mjere da osigura nesmetano svjedočenje svjedoka pred sudom i otklanjanje bilo kakvog nedozvoljenog uticaja osumnjičenog, odnosno optuženog na svjedokov iskaz[17].

Razlozi za pritvor propisani su članom 132. ZKP-a, a u stavu 1. tačka b). Ovom odredbom se štite svjedoci od nedozvoljenog uticaja osumnjičenog i ova mjera je svakako stroža od mjere zabrane sastajanja osumnjičenog sa svjedocima. Ovom mjerom se omogućava svjedoku da pred sudom da svoj iskaz da slobodno i bez pritiska bilo koje vrste[18].

Isključenje javnosti propisano je članom 235. ZKP-a. Ovom odredbom je propisano isključenje javnosti za cio glavni pretres ili njegov dio, kao mjera zaštite svjedoka u dijelu koji se odnosi na svjedokov lični i intimni životi, kao i mjera zaštite interesa maloljetnika ili interesa svjedoka[19].

Direktno, unakrsno i dodatno ispitivanje svjedoka propisano je članom 262. ZKP-a. U stavu 3) navedenog člana propisana je mjera zaštite svjedoka od

obavljeno-na takvom iskazu se ne može zasnivati sudska odluka.“, stav 6) „S obzirom na životnu dob, tjelesno i duševno stanje ili druge opravdane interese, svjedok se može saslušati putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka na način da mu stranke i branilac mogu postavljati pitanja bez prisustva u prostoriji gdje se svjedok nalazi.“

[16] Član 91. ZKP-a „Na položaj zaštićenog svjedoka u postupku pred Sudom, primjenjuju se odredbe posebnog zakona.“

[17] Član 126. stav 1 tačka c) „Kad okolnosti slučaja na to ukazuju, Sud može izreći jednu ili više sledećih mjera zabrane....zabranu sastajanja sa određenim osobama,“

[18] Član 132. ZKP-a, stav 1. tačka b). „Ako postoji osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično djelo, pritvor joj se može odrediti.....ako naročite okolnosti ukazuju da će ometati krivični postupak uticajem na svjedoke...“

[19] Član 235. ZKP-a „Od otvaranja zasjedanja pa do završetka glavnog pretresa sudija, odnosno sudsko vijeće može u svako doba, po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranaka i branioca, ali uvijek po njihovom saslušanju, isključiti javnost za cio glavni pretres ili jedan njegov dio, ako je to u interesu državne sigurnosti ili ako je to potrebno radi čuvanja državne, vojne, službene ili važne poslovne tajne, čuvanja javnog reda, zaštite morala u demokratskom društvu, ličnog i intimnog života optuženog ili oštećenog ili zaštite interesa maloljetnika ili svjedoka.“

uznemiravanja i zbunjivanja za vrijeme njihovog direktnog, unakrsnog i dodatnog ispitivanja[20].

Posebna pravila o dokazima u slučajevima seksualnih delikata propisana su članom 264. ZKP-a. Ovom odredbom je propisana mjera zaštite oštećenog krivičnim djelom, koja se ogleda kroz zabranu ispitivanja oštećenog o njegovom ranijem seksualnom životu za vrijeme njegovog svjedočenja pred sudom[21].

Zaštita svjedoka od vrijeđanja, prijetnji i napada propisana je članom 267. ZKP-a. Ovom odredbom propisana je mjera zaštite svjedoka od vrijeđanja, prijetnji i napada, kao i mogućnost da sud naredi policijskim organima da zaštite svjedoka sprovođenjem odgovarajućih mjera[22].

Saslušanje van sudnice propisano je članom 272. ZKP-a u stavu 1. Ovom odredbom je omogućeno saslušanje svjedoka van suda, ukoliko svjedok nije u mogućnosti da dođe pred sud[23].

Navedenim zakonskim odredbama je obezbjeđena primjena mjera zaštite prema svjedocima u različitim fazama krivičnog postupka, a koje se odnosi na ispitivanje i način svjedočenja pred sudom, saslušanje maloljetnog lica žrtve, ispitivanje zaštićenih svjedoka u skladu sa Zakonom o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u toku postupka, određivanje pritvora osumnjičenom, odnosno optuženom ukoliko naročite okolnosti ukazuju da će osumnjičeni, odnosno optuženi ometati krivični postupak uticajem na svjedoke, isključenje javnosti sa cijelog glavnog pretresa ili njegovih dijelova zbog zaštite ličnog i intimnog života oštećenog ili zaštite interesa maloljetnika ili svjedoka, zaštita svjedoka od uznemiravanja i zbunjivanja, zabrana

[20] Član 262. stav 3 .ZKP-a „Sudija, odnosno predsjednik vijeća će u odgovarajućoj mjeri kontrolisati način i redoslijed ispitivanja svjedoka i izvođenje dokaza, vodeći računa da ispitivanje i izvođenje dokaza bude efikasno za utvrđivanje istine, da se izbjegne nepotrebno gubljenje vremena i zaštite svjedoci od uznemiravanja i zbunjivanja."

[21]Član 264. stav 1. ZKP-a „Oštećenog krivičnim djelom nije dozvoljeno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela koje je predmet postupka. Nijedan dokaz koji se iznosi da bi pokazao ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orjentaciju oštećenog neće biti prihvatljiv."

[22] Član 267. ZKP-a, stav 1. „Sudija, odnosno predsjednik vijeća dužan je zaštititi svjedoka od vrijeđanja, prijetnji i napada.", stav 4. „Na prijedlog stranke ili branioca, sudija, odnosno predsjednik vijeća naredit će policijskim organima preduzimanje mjera neophodnih za zaštitu svjedoka."

[23] Član 272. stav 1.ZKP-a „Ako se u toku suđenja sazna da svjedok ili vještak nije u mogućnosti da dođe pred sud, ili da bi njegov dolazak bio povezan s nesrazmjernim poteškoćama, sudija, odnosno predsjednik vijeća, može narediti da se svjedok, odnosno vještak ispita van sudnice-ukoliko njegovo svjedočenje smatra važnim."

ispitivanja oštećenog o ranijem seksualnom životu, saslušanje svjedoka van sudnice ukoliko je njegov dolazak povezan sa nesrazmjernim teškoćama, kao i zaštita svjedoka od vrijeđanja, prijetnji i napada pred sudom.

Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka

Zaštita svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka na nivou Bosne i Hercegovine regulisana je Zakonom o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u Bosni i Hercegovini[24]. Također, Republika Srpska ima Zakon o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku, Federacija BiH Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka i Brčko distrikt BiH Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka. Svi ovi zakoni sadrže slične odredbe i mjere zaštite svjedoka. Ovdje ćemo se kratko osvrnuti na važeći zakon na nivou Bosne i Hercegovine. Svrha Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka je uređenje mjera koje osiguravaju zaštitu svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u krivičnim postupcima koje vodi Sud Bosne i Hercegovine. Ovaj zakon definiše tri kategorije svjedoka: ugrožene svjedoke, svjedoke pod prijetnjom i zaštićene svjedoke. Član 3. Navedenog zakona definiše u stavu 1) „**Svjedok pod prijetnjom** je onaj svjedok čija je lična sigurnost ili sigurnost njegove porodice dovedena u opasnost zbog njegovog učešća u postupku, kao rezultat prijetnji, zastrašivanja ili sličnih radnji koje su vezane za njegovo svjedočenje, ili svjedok koji smatra da postoji razumna osnova za bojazan da bi takva opasnost vjerovatno proistekla kao posljedica njegovog svjedočenja“, a u stavu 2) definiše „**Ugroženi svjedok** je onaj svjedok koji je ozbiljno fizički ili psihički traumatizovan okolnostima pod kojima je izvršeno krivično djelo ili koji pati od ozbiljnih psihičkih poremećaja koji ga čine izuzetno osjetljivim, odnosno dijete i maloljetnik.“ **Zaštićeni svjedok** je svjedok koji se saslušava na „zaštićenom“ saslušanju koje je propisano članovima od 15. do 23. Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka. Mjeru zaštite svjedoka ili više njih istovremeno određuje sud, a primjenjuju se samo uz saglasnost svjedoka. Mjere zaštite propisane ovim zakonom su: Osiguranje psihološke, socijalne i stručne pomoći svjedoku, redoslijed izvođenja dokaza na glavnom pretresu, način ispitivanja svjedoka, svjedočenje putem audio i video uređaja, udaljavanje optuženog iz sudnice, izuzetak od pravila direktnog izvođenja dokaza (odnosi se na odluku suda da se zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu), ograničenje prava optuženog i njegovog branioca da pregledaju spise i dokumentaciju, dodatne

[24] Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj: 3/03, 21/03, 61/04 i 55/05)

mjere kojima se osigurava neotkrivanje identiteta svjedoka, saslušanje zaštićenog svjedoka u skladu sa članom 15. do 23. ovog Zakona. Ovim zakonom se omogućava da neki ili svi lični podaci svjedoka, ostanu povjerljivi i nakon podizanja optužnice, a pod određenim uslovima i do 30 godina nakon pravosnažnosti presude. Članom 24. ovog zakona propisano je da podaci vezani za mjere zaštite svjedoka predstavljaju službenu tajnu i da je neovlašteno otkrivanje takvih podataka krivično djelo.

Zakon o programu zaštite svjedoka

Neproceduralne mjere zaštite svjedoka na nivou BiH su određene Zakonom o programu zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini[25]. Ovaj zakon se primjenjuje samo u vezi sa krivičnim postupcima koji se vode pred Sudom Bosne i Hercegovine. Ovim zakonom su propisane pojedinačne neproceduralne mjere kojima se osigurava zaštita svjedoka i njemu bliskih lica prije, u toku i nakon krivičnog postupka. Sprovođenje ovih mjera je povjereno Odjeljenju za zaštitu svjedoka Države Agencije za istrage i zaštitu BiH. Ovo odjeljenje zaduženo je i za sprovođenje hitnih mjera zaštite, kao i za zaključivanje operativnih sporazuma. Mjere zaštite koje su propisane Zakonom su: fizička i tehnička zaštita lica i imovine, premještanje, prikrivanje identiteta i podataka o vlasništvu i mjera promjene identiteta. Mjere zaštite se mogu primijeniti samo uz saglasnost samog svjedoka, ako se on ili članovi njegove porodice suočavaju sa ozbiljnom opasnošću ili rizikom zbog namjere svjedoka da svjedoči, kao i po okončanju krivičnog postupka, ako su opasnost i rizik posljedica njegovog svjedočenja. Mjere zaštite svjedoku se mogu odrediti kad se dokazuju krivična djela: protiv integriteta Bosne i Hercegovine, protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, terorizma, koja se vrše na organizovan način (organizovani kriminal), za koja se po zakonu može izreći kazna u trajanju od pet godina ili teža kazna. Ovim zakonom su propisane i hitne mjere, a to su mjere fizičke i tehničke zaštite lica i imovine, mjere premještanja i mjere prikrivanja identiteta i podataka o vlasništvu. Odluku o mjerama zaštite, odnosno o primjeni, prekidu, produžetku ili završetku programa za zaštitu svjedoka donosi komisija. Komisiju čine: sudija Krivičnog odjeljenja Suda BiH, tužilac tužilaštva BiH i načelnik Odjeljenja za zaštitu svjedoka. Hitne mjere donosi načelnik odjeljenja za zaštitu svjedoka Državne agencije za istrage i zaštitu. Nakon što komisija donese odluku o uključivanju svjedoka u program zaštite, sama primjena programa zaštite

[25] Zakon o programu zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj:36/14)

svjedoka počinje danom zaključivanja sporazuma između svjedoka i Odjeljenja za zaštitu svjedoka.

Praktična primjena

Dakle, vidjeli smo, da zakon, kako materijalni tako i procesni propisuje širok dijapazon mjera koje za svrhu i cilj imaju kvalitetno svjedočenje svjedoka, te ujedno obezbjeđenje odgovarajuće podrške i zaštite istog, međutim pitanje koje zaslužuje pažnju je svakako kako unaprijediti mjere zaštite u cilju osiguranja svjedoka kao dokaznog sredstva u krivičnom postupku. O značaju i ulozi svjedoka u krivičnom postupku, govori i činjenica da danas u Bosni i Hercegovini ima približno 1300 svjedoka kojima je Sud Bosne i Hercegovine odredio jednu ili više mjera zaštite propisanih Zakonom o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka. Najveći broj svjedoka je svjedočio u predmetima ratnih zločina pred Sudom BiH. Kad je u pitanju primjena Zakona o programu zaštite svjedoka, Bosna i Hercegovina trenutno ima određen broj svjedoka koji su sa svojim porodicama uključeni u program zaštite na osnovu Zakona o programu zaštite svjedoka.

4. Zaključak

Danas kad je Bosna i Hercegovina, kao i druge zemlje iz okruženja suočena sa prijetećim terorizmom i porastom organizovanog kriminala, koji čine udruženja, više lica, skupina ljudi, grupa ljudi, organizovana grupa, grupa za organizovani kriminal ili teroristička grupa, za uspješno privođenje pravdi njihovih članova od presudne važnosti su svjedoci. Svjedoci moraju imati povjerenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine, jer samo tako će biti motivisani da svjedoče slobodno i bez osjećaja ugroženosti. Postoje različiti oblici zastrašivanja, čiji je cilj da se svjedoci spriječe da svjedoče ili da promijene iskaz pred sudom. Zbog svega navedenog, nužno je postojanje djelotvornih mjera zaštite svjedoka i njihovih članova porodica prije, za vrijeme i nakon krivičnog postupka. Za očekivati je da će se razvijati i novi instituti koji će biti u funkciji što efikasnije i učinkovitije zaštite svjedoka.

Mersudin Pružan, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine

PRIGOVORI PRILIKOM ISPITIVANJA SVJEDOKA NA GLAVNOM PRETRESU

Sažetak

Postavljanje prigovora prilikom ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu u Bosni i Hercegovini (BiH) postalo je aktuelno od 2001. - 2003. godine donošenjem četiri nova Zakona o krivičnom postupku u BiH, te predstavlja novinu u našem pravnom sistemu. Postojeći model ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu u krivičnom postupku u BiH nije ni čisti akuzatorski ni čisti mješoviti sistem, a sudije, tužioci i branioci se susreću sa brojnim izazovima u primjeni instituta prigovora, te postoji neujednačena praksa u postupanju. Npr. pojedine sudije u potpunosti zabranjuju ulaganje prigovora smatrajući ih nedopuštenim. Postoje brojne dileme oko toga šta su sugestivna pitanja, gdje su granice prilikom unakrsnog ispitivanja u pogledu pitanja u korist vlastitih tvrdnji, te na koja pitanja se može uložiti prigovor. Prilikom pisanja ovog rada u obzir su uzete postojeće norme koje se odnose na ispitivanje svjedoka na glavnom pretresu, uloge suda, ulaganja prigovora, uporedna praksa, te su analizirani predmeti u kojima su sudovi donosili odluke po prigovorima. Utvrđeno je da je postojeći sistem funkcionalan, i praktičan, ali da je s ciljem daljeg unapređenja potrebno izvršiti određena prilagođavanja prevashodno u normativnom dijelu, kako bi sistem bio poboljšan i kako bi postupci bili pravičniji.

Ključne riječi: direktno ispitivanje, unakrsno ispitivanje, dodatno ispitivanje, sugestivna pitanja, pitanja u korist vlastitih tvrdnji, prigovori.

Abstract

Objecting during questioning of winesses at the main hearing in Bosnia and Herzegovina (BiH) has become relevant since 2001 – 2003 after passing four new Criminal procedure codes in BiH and represents a novelty in our legal system. Current criminal procedure framework in BiH is neither solely accusatorial nor solely mixed, so judges, prosecutors and defence lawyers face numerous challenges concerning raising objections, which as a consequence results in inconsistent practices. For instance, some judges completely forbid raising objections considering them inaddmissable. There are numerous dilemas regarding what are the leading questions, where are the limits during cross-examination regarding questions in favour of own claims, what

questions could be objected. In this paper considerations are given to current legal norms concerning interrogation of witnesses at the main hearing, role of a court, raising objections, comparative practice, and some cases are analyzed in which courts were deciding about objections. It is determined that the current system is functional and practical, but in order to be further improved, some adjustments are to be made primarily in part concerning legal norms, so to improve the system and to make the proceedings to be more fair.
Key words: direct questioning, cross-examination, additional examination, leading questions, questions in favor of own claims, objections.

Uvod

Sadašnji sistem ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu u krivičnom postupku u BiH potiče iz akuzatorskog modela, ali dopušta sudu da postavlja pitanja u bilo kojoj fazi ispitivanja, čime zadržava elemente mješovitog modela. Sud ispunjava zahtjeve jednakosti u postupanju prilikom ispitivanja i utvrđivanja činjenica koje terete, odnosno idu u korist optuženom,[1] i svestranog pretresanja predmeta i otklanjanja svega što ne doprinosi razjašnjenju stvari.[2]

U krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH prvobitno je reformom iz 2001-2003. godine prihvaćena varijanta unakrsnog ispitivanja u kojoj je predviđeno da se „*pitanja svjedoku od suprotne stranke ograničavaju i odnose na pitanja koja su prethodno postavljena tokom ispitivanja svjedoka od stranke koja je pozvala svjedoka*“ te na pitanja u korist vlastitih tvrdnji.[3] Ova odredba u praksi donosi dosta dilema svim procesnim subjektima, budući da na glavnom pretresu često dolazi do spora o tome koje je pitanje dopušteno, a koje zabranjeno. Postavlja se također pitanje da li se tokom ispitivanja svjedoka uopće mogu ugovarati prigovori, te da li postoje granice unutar kojih se mogu postavljati sugestivna pitanja. Iako su ostvareni značajni rezultati i pomaci u odnosu na prethodno stanje, to je još uvijek nedovoljno definisan i u praksi razrađen sistem. Javljaju se brojni izazovi u primjeni postojećeg pravnog okvira.

[1] člana 14. ZKP BiH.U suštini odredbe o kojima se raspravlja u ovom radu su jednake u sva četiri krivično-procesna zakona u BiH, tako da se u većini slučajeva navodi odredba iz samo jednog zakona, ali je ona uvijek jednaka i za ostale zakone.
[2] član 239. ZKP BiH.
[3] Na državnom nivou pitanja u korist vlastitih tvrdnji su dopuštena od 2008. godine kada je dopunjena odredba člana 262. stav 1. na način da je predviđeno da se pitanja svjedoku koja postavlja suprotna strana sada mogu odnositi i na “pitanja u korist vlastitih tvrđenja.”

U prvom dijelu ovog rada se govori općenito o ispitivanju svjedoka na glavnom pretresu, drugi dio rada se bavi sugestivnim pitanjima, u trećem dijelu se govori o pitanjima u korist vlastitih tvrdnji, a u četvrtom o prigovorima.

1. Općenito o ispitivanju svjedoka na glavnom pretresu

Svjedok može biti osoba koja ima određena saznanja o krivičnom djelu, učiniocu ili drugim važnim okolnostima.[4] Na glavnom pretresu se prvo saslušavaju svjedoci tužilaštva, pa svjedoci odbrane, s tim da sudija odnosno predsjednik vijeća može iz opravdanih razloga odrediti drugačiji redoslijed izvođenja dokaza.[5] Svjedoci se saslušavaju pojedinačno i u odsustvu drugih svjedoka.[6] Ako se sasluša svjedok koji je prije toga bio prisutan saslušanju drugih svjedoka, na njegovom iskazu se ne bi trebala u pretežnoj mjeri zasnivati presuda.[7]

Svjedok mora biti sposoban da komunicira sa strankama i sa sudom, te svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja ako bi ga istinit odgovor izložio krivičnom gonjenju,[8] s tim da ni tada nema pravo da uskrati svjedočenje u cjelini. Ako svjedok nakon dobivenog upozorenja pristane odgovarati na pitanja koja njega mogu izložiti krivičnom gonjenju, smatra se da se odrekao privilegija protiv samooptuženja, osim ako je u pitanju maloljetna ili druga osoba koja sama ne može shvatiti da nije dužna odgovarati na pojedina pitanja.

---

[4] Član 95. stav (1) ZKP FBiH: Svjedoci se saslušavaju kada postoji vjerovatnoća da će svojim iskazom moći dati obavijesti o krivičnom djelu, učinitelju i o drugim važnim okolnostima.

[5] Član 276. ZKP FBiH.

[6] Član 85. Zakona o krivičnom postupku BiH. Iako zakonom nije propisano kojim redoslijedom se saslušavaju svjedoci, oštećenog bi trebalo ispitati prije ostalih svjedoka jer oštećeni ima pravo da prisustvuje glavnom pretresu, a ako nije ispitan u svojstvu svjedoka, ne bi smio prisustvovati ispitivanju drugih svjedoka.

[7] Presuda Suda BiH br.: S1 1 K 004659 11 Kri od 29.3.2013. godine. U ovoj presudi Vijeće navodi da se sadržajno ni kritički nije oslanjalo na iskaz svjedokinje Kamenica, obzirom da je ista, kao novinar, često pratila suđenja u predmetnom postupku, kao i da je ista profesionalno pisala o djelima koja se dovode u vezu sa optuženim. Po ocjeni Vijeća, imajući u vidu objektivnu i očekivanu mogućnost sugestivnosti i subjektivnosti u njenom iskazu, Vijeće se nije oslanjalo na njene iskaze (ni u ostalim tačkama), ne želeći steći impresiju o njenom iskazu, obzirom da bi svako drugačije postupanje u konkretnom, vodilo povredi prava na pravično suđenje optuženog, pa konačno zaključuje da se na iskazu ove svjedokinje ne može temeljiti presuda u bilo kojoj mjeri.
Ova presuda je potvrđena Presudom Suda BiH br. S1 1 K 004659 13 Krž 15 od 05.02.2014. godine.

[8] Zakon o krivičnom postupku BiH, član 84. stav 1.

Prilikom saslušanja djeteta ili maloljetnog svjedoka, obavezno je obazrivo postupanje, kako saslušanje ne bi negativno uticalo na psihičko stanje maloljetnika,[9] te je obavezno da se dijete i maloljetnik saslušavaju uz pomoć stručne osobe,[10] tako da se ne zadire i ne odnosi na način davanja odgovora na postavljena pitanja stranaka, branioca i suda u vezi sa krivičnim djelom o kome svjedoči.[11] Svjedoci pod prijetnjom i ugroženi svjedoci imaju pravo na mjere zaštite uključujući ispitivanje svjedoka kontrolisano od suda,[12] koje se provodi na način da sudija, odnosno predsjednik vijeća u odgovarajućoj mjeri kontroliše način ispitivanja ugroženog svjedoka u cilju njegove zaštite od uznemiravanja i zbunjivanja, a u izuzetnim okolnostima, ako sud utvrdi da je to u najboljem interesu svjedoka, može uz saglasnost stranaka i branioca, saslušati svjedoka tako što će mu sud direktno postavljati pitanja u ime stranaka i branioca.

Sudija, odnosno predsjednik vijeća je dužan da zaštiti svjedoka od uznemiravanja i zbunjivanja,[13] te da vodi računa o zaštiti ličnog dostojanstva oštećenog prilikom njegovog ispitivanja u toku glavnog pretresa. Oštećenog krivičnim djelom nije dopušteno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela, a ako je takvo ispitivanje obavljeno – na takvom iskazu ne može se zasnivati sudska odluka.[14]

Po ugledu na Haški tribunal[15] i angloameričku praksu, u BiH prilikom ispitivanja svjedoka prvo se vrši direktno ispitivanje svjedoka od stranke, odnosno branitelja, koja je pozvala svjedoka.[16] Direktno ispitivanje je prvo ispitivanje svjedoka o činjenicama koje nisu bile dio prethodnog ispitivanja tog svjedoka, tokom kojeg svjedok u slobodnom izlaganju iznosi ono što je vidio i čuo prilikom konkretnog događaja, odnosno iznosi šta se dogodilo,

[9] Član 86. stav 4. Zakona o krivičnom postupku BiH.
[10] Član 86. stav 4. Zakona o krivičnom postupku BiH i član 187. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i
maloljetnicima u krivičnom postupku.
[11] Član 187. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.
[12] Član 5a Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka BiH.
[13] Član 262. stav 3. Zakona o krivičnom postupku BiH.
[14] Član 100. stav 5. ZKP FBiH.
[15] Pravilo 85 Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ: „*Glavno ispitivanje, unakrsno ispitivanje i dodatno*
ispitivanje će se dozvoliti u svakom slučaju. Strana koja poziva svjedoka obavlja glavno ispitivanje, ali sudija
može u bilo kojem trenutku postaviti pitanje svjedoku."
[16] Član 21. tačka l) ZKP FBiH.

gdje, kada, kako i zašto, ko je i na koji način učestvovao u tome, odnosno sve ono što mu je poznato o predmetu svjedočenja. Svjedok se može prekinuti nekim konkretnim pitanjima radi razjašnjenja ili dopune datog iskaza ili kada se svjedok udalji od teme, te se mogu postavljati pitanja koja imaju za cilj provjeravanje, dopunu i razjašnjenje onoga što je svjedok iznio prilikom svog izlaganja. Dozvoljeno je postavljanje nesugestivnih pitanja kao što su: „*šta se dalje desilo*?“ i slično, a mogu se postavljati samo ona pitanja koja su relevantna.

Nakon direktnog ispitivanja svjedoka unakrsno[17] ispituje suprotna strana,[18] čija pitanja se ograničavaju na pitanja koja su prethodno postavljena tokom ispitivanja svjedoka od stranke koja je pozvala svjedoka i pitanja u korist vlastitih tvrđenja.[19] Ova odredba u praksi donosi dosta dilema svim procesnim subjektima, budući da na glavnom pretresu često dolazi do spora o tome koje je pitanje dopušteno, a koje zabranjeno. Svrha unakrsnog ispitivanja[20] može da bude da se provede konstruktivno[21] ili destruktivno[22] unakrsno ispitivanje

[17] Član 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama utvrđuje da: “*Svako*
optužen za krivično djelo ima najmanje sljedeća prava: (...) da ispituje svjedoke protiv sebe ili
da postigne da se oni ispitaju i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega”. Evropski sud za ljudska prava tumači ovaj član kao dozvoljavanje unakrsnog ispitivanja svjedoka.
Također, unakrsno ispitivanje je regulisano pravilom 90.H Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ.

[18] Član 21. tačka k) ZKP FBiH.

[19] U krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH prvobitno je reformom iz 2003. godine bila prihvaćena varijanta unakrsnog ispitivanja u kojoj je bilo predviđeno da se „*pitanja svjedoku od suprotne stranke ograničavaju i odnose na pitanja koja su prethodno postavljena tokom ispitivanja svjedoka od stranke koja je pozvala svjedoka*“. Međutim, izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH iz 2008. godine dopunjena je odredba člana 262. stav 1. na način da je predviđeno da se pitanja svjedoku koja postavlja suprotna strana sada mogu odnositi i na “*pitanja u korist vlastitih tvrđenja*.”

[20] Savjeti za unakrsno ispitivanje: postavljajte isključivo sugestivna pitanja, bez otvorenih pitanja; neka pitanja budu kratka i jednostavna; kontrolirajte svjedoka; izbjegavajte ponavljanje; ne reagirajte na nepoželjne odgovore; ne prepirite se; ne znate odgovor = nemojte postaviti pitanje; svoj ton trebate prilagoditi svjedoku; SLUŠAJTE odgovore.

[21] Cilj je izvući činjenice koje su vam korisne u predmetu, a koje nisu iznesene tokom direktnog ispitivanja, bez osporavanja kredibiliteta svjedoka.

[22] Cilj je umanjiti značaj štetnog direktnog svjedočenja diskreditiranjem svjedoka. To diskreditiranje se može odnositi na: sposobnost percepcije svjedoka (lični nedostaci, npr. ne vidi dobro; situacijski nedostaci – npr. prepreka postojala; emocionalni nedostaci, npr.

ili kombinaciju oba. Pitanja se trebaju ograničiti na predmet direktnog ispitivanja i kredibilitet svjedoka.

Nakon unakrsnog slijedi dodatno ispitivanje svjedoka od strane koja je svjedoka pozvala, a pitanja se ograničavaju i odnose na pitanja postavljena tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka[23]. Svrha dodatnog ispitivanja svjedoka je da objasni ili razjasni određena pitanja koja su se pojavila u unakrsnom ispitivanju, a koja se smatraju štetnim u pogledu utvrđenja odlučnih činjenica. Dodatno ispitivanje također može imati za cilj da povrati kredibilitet svjedoka i njegov iskaz. Tokom dodatnog ispitivanja nisu dozvoljena sugestivna pitanja, odnosno pitanja kojima se svjedok navodi na odgovor. Ako je u direktnom ispitivanju učinjen propust i nisu postavljana pitanja u vezi nekih odlučnih činjenica, a suprotna strana to nije spomenula tokom unakrsnog ispitivanja, upitno je da li je dopušteno postaviti svjedoku takva pitanja tokom dodatnog ispitivanja.

Međutim, ako sud dozvoli da prilikom dodatnog ispitivanja ispitivač postavi pitanja koja se odnose na nove okolnosti, u tim slučajevima se suprotnoj strani mora omogućiti pravo na ponovno unakrsno ispitivanje u granicama prethodno obavljenog dodatnog ispitivanja svjedoka. Iako ovo pravo na ponovno unakrsno ispitivanje nije izričito propisano našim krivičnoprocesnim zakonodavstvom, te ga ne podržava ni sudska praksa u BiH,[24] pravilnom primjenom načela jednakosti u postupanju, sud je dužan stranke i branitelje tretirati na jednak način i svakoj strani pružiti jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnoj raspravi,[25] a što podrazumijeva mogućnost ponovnog unakrsnog ispitivanja u pogledu novih

stanje prepadnutosti), sjećanje, pristranost, odnos između optuženog i svjedoka, predrasude, interes, korupcija, raniji loši postupci, raniji nedosljedni iskazi.

[23] Član 262. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH.

[24] Sud BiH je u predmetu broj: S1 2 K 017089 14 K, u kojem je presuda donesena 02.03.2016. godine, razmatrao pitanje nedozvoljavanja braniocu da postavlja pitanja svjedoku nakon što je dodatno ispitan od strane tužioca. Na glavnom pretresu održanom dana 22.09.2015. godine svjedok A.V. je ispitan direktno od strane tužioca, zatim unakrsno od strane odbrane optužene, pa potom dodatno od strane tužioca. Nakon izvršenog dodatnog ispitivanja svjedoka od strane tužioca, predsjednik vijeća, koji je u skladu sa odredbom člana 262. stav 3. ZKP BiH ovlašten da u odgovarajućoj mjeri kontroliše način i redoslijed ispitivanja svjedoka i izvođenja dokaza, nije dozvolio braniocu da opet ispituje svjedoka, nalazeći da ista mogućnost nije predviđena odredbom člana 262. stav 1. ZKP BiH, kao i da je branilac iskoristio mogućnost da postavlja pitanja svjedoku tokom unakrsnog ispitivanja.

[25] Član 15. stav 1. ZKP FBiH.

pitanja koja su se pojavila o dodatnom ispitivanju. Na ovaj način bi pravilno bile primijenjene i odredbe međunardnih pravnih akata koji obavezuju BiH[26]. Sudija, odnosno predsjednik i članovi vijeća mogu u svakoj fazi ispitivanja postaviti svjedoku odgovarajuće pitanje.[27] Ovo podrazumijeva da pitanja od strane suda mogu biti postavljena za vrijeme cijelog ispitivanja svjedoka u bilo kojoj od faza, odnosno da mogu biti postavljena i na kraju kada stranke završe sa svojim kontradiktornim ispitivanjem svjedoka, te zakonom nisu propisana bilo kakva ograničenja kada je u pitanju vrsta pitanja koja sud može postavljati.[28]

2. Sugestivna pitanja

Ne postoji precizno data definicija u krivičnopravnim odredbama šta to predstavlja sugestivno pitanje. Test da li je pitanje sugestivno ili ne je da li ispitivač želi da čuje jedan odgovor, a ne drugi. Zbog toga je moguće postavljati pitanja sa „Da li...“ se nešto desilo kao nesugestivno pitanje.[29]

Sugestivna	**Nesugestivna**
Napolju je stajao muškarac sa crnim naočalama, je li tako?	Da li je iko stajao vani?

[26] Ovo pravo proizilazi iz člana 6. stav 1. i stav 3. tačka d. Evropske konvencije i člana 14. stav 3. tačka e. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čiji je sastavni dio princip jednakosti strana u postupku.

[27] Član 277. stav 1. ZKP FBiH; član 262. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH.

[28] Presuda Suda BiH br. X-Kž-08/596-1 od 25.08.2011. godine. Razmatran je prigovor odbrane zato što je sud postavljao sugestivna pitanja. Prema ocjeni ovog Vijeća postavljanje sugestivnih pitanja od strane predsjednika vijeća ne predstavlja povredu odredaba krivičnog postupka, tim prije jer ZKP BiH ne predviđa ograničenje ovakve vrste, kao što je to slučaj prilikom direktnog ispitivanja stranaka i branioca. Sem toga, Apelaciono vijeće podsjeća odbranu i na odredbu člana 262. stav 2. ZKP BiH, kojom je propisana mogućnost da predsjednik vijeća dozvoli upotrebu pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti, a kada je to potrebno radi razjašnjenja izjave svjedoka. Dovodeći u vezu pomenutu zakonsku odredbu koja je u bliskoj vezi sa konkretnim slučajem tj. sa situacijom da se svjedok Bašić Marinko, iako je ranije za inkriminisane radnje već priznao krivnju, naprasno nije mogao sjetiti koliko je puta prebacivao strane državljane po nalogu Bašić Zorana, to je bilo nužno da predsjednik
vijeća postavi pitanja koja je postavio, a radi razjašnjenja izjave ovog svjedoka, kao i u cilju izvršenja obaveze sudije da postupa u skladu sa odredbom člana 239. stav 2. ZKP BiH, tj. da se stara o svestranom pretresanju predmeta.

[29] Primjer sugestivnog pitanja u direktnom: “Vidjeli ste policajca, kad ste prelazili ulicu, zar nije tako?” Primjer nesugestivnog pitanja u direktnom ispitivanju: “Da li ste vidjeli nekoga kada ste prelazili ulicu?”

Zar nije tačno da ste popili šest piva neposredno prije sudara?	Da li ste pili alkohol prije sudara?
Bili ste na putu prema zubaru to popodne?	Da li ste negdje išli to popodne?

Zakonima o krivičnom postupku u BiH je propisano da su u pravilu pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti dopuštena su samo prilikom unakrsnog ispitivanja. Pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti ne mogu se postavljati pri direktnom ispitivanju,[30] osim u slučaju potrebe razjašnjenja izjave svjedoka. Kada stranka pozove svjedoka suprotne stranke ili kada svjedok pokazuje odbojan stav ili ne želi da sarađuje sudija, odnosno predsjednik vijeća može dozvoliti upotrebu pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti.[31] Također sud može dopustiti postavljanje sugestivnih pitanja u direktnom ispitivanju ako se radi o nekim nespornim okolnostima, ako se radi o svjedocima za koje je potreban poseban pristup (npr. djeca, duševno oboljeli svjedoci i sl.).

Najčešće korištena sugestivna pitanja su ona kojima se od svjedoka zahtijeva da odgovori sa *„da“* ili *„ne“*, što u konačnici dovodi do toga da činjenice iznosi ispitivač, a da se svjedok manje ili više slaže sa tim činjenicama. Sugestivna pitanja se ponekad/često u praksi postavljaju na način da se koriste obmanjujuća pitanja, jer se polazi od pretpostavke da je neka činjenica utvrđena iako ona još uvijek nije utvrđena. Nadovezujuća pitanja se baziraju na dobijenim odgovorima na prethodna sugestivna pitanja, tako da se njima dalje napreduje u procesu iskrivljavanja svjedokovog sjećanja. Sve su ovo opasnosti postavljanja sugestivnih pitanja.

Kada je riječ o sugestivnim pitanjima, uloga sudije je da odlučuje o prigovorima strana o načinu i obimu ispitivanja svjedoka, a i sam ima pravo ispitati svjedoke koje su pozvale stranke. Za sudije nema izričite zabrane

[30] Sud BiH je u presudi br. X –KR -07/382 od 29.04.2008.godine naveo da je prilikom utvrđivanja činjenice o prisutnosti optuženog imao u vidu da je prilikom direktnog ispitivanja svjedoka Ramić Amera, tužilac nedozvoljeno ovom svjedoku postavio sugestivno pitanje vezano za prisustvo optuženih događaju.

[31] Član 262. stav 2. Zakona o krivičnom postupku BiH; Član 277. stav 2. ZKP FBiH:

postavljanja sugestivnih pitanja tokom ispitivanja svjedoka, te sudska praksa dopušta sugestivna pitanja[32] od strane sudija.[33]

3. Pitanja u korist vlastitih tvrdnji

Našim krivičnoprocesnim zakonodavstvom dozvoljeno je tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka suprotne strane, pored pitanja koja su postavljena u direktnom ispitivanju, postavljati i pitanja u korist vlastitih tvrdnji.[34] Tako se izbjegava ponovno pozivanje svjedoka kako bi bio ispitan na okolnosti koje nisu obuhvaćene direktnim ispitivanjem. Međutim, našim procesnim

[32] Presuda Suda BiH br. S1 1 K 017213 15 Krž od 24. novembar 2015. U žalbi je isticano da je predsjednica vijeća, prilikom svjedočenja svjedokinje „C", kroz sugestivna pitanja navodila svjedokinju na odgovore o činjenicama o kojima svjedokinja uopšte nije ni govorila, niti je o njima išta znala. Vijeće je zaključilo da pitanja koja su postavljana od strane članova sudskog vijeća, kao i od predsjednice vijeća, postavljana su u cilju razjašnjenja određenih navoda svjedoka i vještaka, pri čemu su ista proistekla iz rezultata direktnog, unakrsnog i dodatnog ispitivanja, a nikako nisu predstavljala znak postojanja predubjeđenja da je optuženi kriv, niti su favorizovala bilo koga, kako to odbrana u žalbi prikazuje.

[33] Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP 4393/11od 17. septembra 2014. godine. Ovom odlukom Ustavni sud je odbio kao neosnovana apelaciju apelanta podnesenu protiv Presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-Kž-08/596-1 od 25. augusta 2011. godine i Presude Suda Bosne i Hercegovine broj X-K/08/596-1 od 7. aprila 2010. godine. Apelaciono odjeljenje Suda BiH u Presudi br. X-Kž-08/596-1 od 25. augusta 2011. godine
ukazao je da postavljanje sugestivnih pitanja predsjednika vijeća ne predstavlja povredu ZKPBiH. U prilog ovakvom zaključku je ukazano da navedeni zakon ne sadrži ograničenja ove vrste kao što je to slučaj prilikom direktnog i unakrsnog ispitivanja stranaka i branioca. Također, ukazano je na član 262. stav 2. ZKPBiH kojim je propisana mogućnost da se dozvole pitanja koja navode na odgovore koji se žele čuti a kad je to potrebno radi razjašnjenja iskaza svjedoka. Po uloženoj apelaciji, a u vezi sa ovim dijelom navoda, Ustavni sud primjećuje da je u obrazloženju osporene presude Apelacionog odjeljenja ukazano da postavljanje sugestivnih pitanja predsjednika prvostepenog vijeća ne predstavlja povredu ZKPBiH, jer u tom smislu ne postoje ograničenja kao što je to slučaj pri direktnom i unakrsnom ispitivanju stranaka. S tim u vezi je ukazano i na član 262. stav 2. ZKPBiH prema kom predsjednik vijeća može dozvoliti pitanja koja navode na odgovor, te na član 239. stav 2. istog zakona prema kom je obaveza suda da se stara o svestranom pretresanju predmeta. Shodno navedenom, Ustavni sud je zaključio da apelantu nisu bila uskraćena prava.

[34] Član 262. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH. Interesantno je da su pitanja u korist vlastitih tvrdnji bila dozvoljena u entitetskim odredbama i odredbama Brčko Distrikta od početka primjene novog krivičnoprocesnog zakonodavstva, dok su na nivou BiH dopuštena tek od 2008. godine.

zakonodavstvom nije propisano nikakvo ograničenje u pogledu postavljanja pitanja u korist vlastitih tvrdnji tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka suprotne strane, što ponekad u praksi vodi do pogrešne primjene ovog instituta pa se ponekad pogrešno dopušta da se pitanja u korist vlastitih tvrdnji postavljaju sugestivno, a što istovremeno predstavlja i zloupotrebu prava[35].

Način unakrsnog ispitivanja u BiH je propisan po uzoru na način kako je propisano unakrsno ispitivanje u SAD-u[36] i Engleskoj. Vrhovni sud SAD-a je nekoliko godina pripremao nacrt Federalnih pravila o dokazima, kojima je propisano izvođenje dokaza u krivičnim postupcima na federalnim sudovima u SAD.[37] Pravila su podijeljena u 11 članova od kojih se član 6. odnosi na ispitivanje svjedoka. Dozvoljeno je unakrsno ispitivanje svjedoka, ali unakrsno ispitivanje ne može izlaziti izvan okvira direktnog ispitivanja i izvan pitanja koja se tiču kredibiliteta svjedoka. Međutim, **sud može u unakrsnom ispitivanju dozvoliti pitanja koja izlaze izvan okvira direktnog ispitivanja, ali tada se moraju postavljati pitanja na način kao da se radi o direktnom ispitivanju**.[38] Ovo za posljedicu ima da prilikom unakrsnog ispitivanja, sugestivna pitanja ne mogu biti postavljena ako izlaze izvan okvira direktnog ispitivanja.

Pitanja u korist vlastitih tvrdnji su razmatrana i pred MKSJ, gdje su donesene odluke, koje su **nametale postavljanje direktnih pitanja kada se ispituje u korist vlastitih tvrdnji**,[39] te se **zabranjuje postavljanje sugestivnih pitanja u unakrsnom ispitivanju u korist vlastitih tvrdnji**. Praksa MKSJ je iskristalisala stav da pitanja u korist vlastitih tvrdnji mogu obuhvatati: pitanja

[35] Član 13. Zakona o krivičnom postupku BiH propisuje da je sud dužan da onemogući svaku zloupotrebu prava koja pripadaju osobama koje učestvuju u postupku.

[36] Federalna pravila o dokazima predstavljaju set pravila koja propisuju izvođenje dokaza u parničnim i krivičnim postupcima na federalnim sudovima u SAD. Važeća pravila su donesena od strane Kongresa1975. godine, a nakon što je njihov nacrt nekoliko godina pripremao Vrhovni sud SAD. Podijeljena su u 11 članova od kojih se član 6. odnosi na saslušanje svjedoka. Dostupno na stranici: https://www.rulesofevidence.org/article-vi/rule-611/, zadnji put posjećeno 04.05.2019. godine.

[37] Federalna pravila o dokazivanju je usvojio Kongres 1975. godine, a Pravila dopunjava Vrhovni sud SAD svake godine obično u martu tekuće godine, s tim da izmjene stupaju na snagu u decembru iste godine.

[38] Pravilo 611 (b) člana 6. Federalnih pravila o dokazivanju.

[39] Tužilac protiv Prlića i drugih, IT-04-74 15-T, maj 2007, T: 18306.

koja se odnose na kredibilitet svjedoka,[40] pitanja relevantna za opći kontekst predmeta,[41] te pitanja koja se odnose na dokaze strane koja unakrsno ispituje.[42]

Praksa sudova u BiH u pogledu pitanja u korist vlastitih tvrdnji je različita. Vrhovni sud Federacije BiH smatra da nije povrijeđeno pravo na odbranu ako se ne dopusti odbrani da svjedoku suprotne strane postavi pitanje u korist vlastite tvrdnje koje izlazi iz okvira direktnog ispitivanja:

„Time što je predsjednica vijeća nižestepenog suda uputila odbranu da svoja pitanja u korist vlastitih tvrđenja koja prevazilaze obim odgovora nekih svjedoka datih prilikom direktnog ispitivanja može realizirati i postavljati nakon što predloži njihovo ispitivanje kao svojih svjedoka, ne predstavlja nametanje neke obaveze dokazivanja nevinosti, već mogućnost i način da se dobiju odgovori na ta pitanja.“ [43]

Ustavni sud Bosne i Hercegovine[44] odlučujući o apelaciji protiv navedenih presuda, potvrdio je stav ovih sudova uz obrazloženje:

"*Ustavni sud ne može zaključiti proizvoljnim to što je predsjednica prvostepenog suda uskraćivala odbrani pravo da nekim svjedocima prilikom unakrsnog ispitivanja postavljaju pitanja koja su po ocjeni suda bila izvan opsega odgovora koje su dali prilikom direktnog ispitivanja. Naime, predsjednica prvostepenog vijeća je odbranu uputila da postavljanje takvih pitanja može realizirati ako te svjedoke pozovu kao svoje. ... Vrhovni sud je naveo da postoji mogućnost da se postavljaju pitanja u korist vlastitih tvrđenja, ali da je za to potrebno odobrenje suda odnosno predsjednika vijeća jer ono (postavljanje takvih pitanja) prevazilazi okvire unakrsnog ispitivanja. U navedenom obrazloženju Ustavni sud ne vidi bilo kakvu proizvoljnost budući da je u konkretnom slučaju predsjednica prvostepenog vijeća odbranu samo uputila na mogućnost korištenja ovog prava, te odbrani nije nametnula bilo kakvu obavezu u pogledu izvođenja ovih dokaza. Prema tome, ne može se zaključiti da je navedenim povrijeđeno pravo apelanata na presumpciju nevinosti niti da je navedeno uticalo na proizvoljnu ocjenu dokaza suda."*

[40] Tužilac protiv Slobodana Miloševića, predmet br. IT-02-54, Nalog pretresnog vijeća, 19.2.2002, Aneks B.
[41] Tužilac protiv Envera Hadžihasanovića, predmet br. IT-01-47-T, Odluka o prijedlogu odbrane u vezi unakrsnog ispitivanja svjedoka od strane Tužilaštva, 9.12.2004, str. 4.
[42] Tužilac protiv Slobodana Miloševića, predmet br. IT-02-54, Nalog pretresnog vijeća, 19.2.2002, Aneks B.
[43] Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 09 0 K 001427 09 Kž 11 od 22.04.2010.
godine.
[44] Odluka broj AP 4820/10 od 10.04.2014. godine.

Sud BiH također smatra da ne postoje bitne povrede odredaba krivičnog postupka kada sud uskrati mogućnost stranki da u okviru unakrsnog isptivanja optuženog kao svjedoka, postavlja pitanja koja izlaze izvan okvira direktnog ispitivanja, te su predstavljala pitanja „u korist vlastitih tvrđenja". U obrazloženju sud navodi:

"*Branilac optuženog ... je odmah na početku ispitivanja najavio da on neće imati pitanja u okviru direktnog ispitivanja, nego da će se njegova pitanja zasnivati na dokazivanju vlastitih tvrdnji. Diskreciono pravo suda, zagarantovano odredbom člana 263. stav 1. i 2. ZKP BiH, jeste da zabrani postavljanje određenog pitanja, koje diskreciono pravo je predsjednik prvostepenog vijeća u konkretnoj situaciji iskoristio, zabranjujući postavljeno pitanje uz obrazloženje da se branilac prilikom njegovog postavljanja kretao izvan okvira direktnog ispitivanja, istovremeno ukazujući da branilac okolnosti koje je postavljanjem takvog pitanja nastojao razjasniti, može razjasniti na drugi način, izvođenjem drugih dokaza. ...'*"[45]

Osnovni razlog zbog kojih se ne dozvoljava postavljanje sugestivnih pitanja u korist vlastitih tvrdnji u unakrsnom ispitivanju je taj što u tom slučaju branilac svjedoči umjesto svjedoka, te se iznose kao utvrđene činjenice koje uopće nisu bile predmet direktnog ispitivanja tog svjedoka[46]. Ako pitanje uključuje činjenicu koja nije bila predmet direktnog ispitivanja, tada takvo pitanje predstavlja osnov za ulaganje prigovora. Primjer je sljedeći: „Branilac: *Gdje ste bili u vrijeme nezgode*"; „Svjedok: *Stajao sam na autobusnoj stanici*"; „Branilac: *Šta je vozač crnog kombija bacio kroz prozor*?"; "Tužilac: *Prigovor, pitanje sadrži činjenice koje nisu iznesene u okviru direktnog ispitivanja. Radi se o sugestivnom pitanju u korist vlastitih tvrdnji što je nedopušteno*"; "Sudija: *Prihvata se prigovor*". U ovom primjeru vidi se da nije bilo svjedočenja koje je prethodilo ovom pitanju da je: (1) bio crni kombi, (2) svjedok mogao vidjeti vozača, ili da (3) je svjedok vidio da je vozač bacio nešto kroz prozor. Branilac bi se mogao vratiti unazad i pitati dodatna nesugestivna pitanja kako bi se eventualno iznijele ove činjenice od strane svjedoka.

[45] Presuda Suda BiH br. S1 1 K 011049 14 Krž2 od 01.04.2014. godine

[46] Sud BiH je u predmetu br: S1 1 K 007209 12 Kri, u kojem je presudu donio 18.01.2013. godine, naveo u pasusu 308. sljedeće: "*Dakle, simptomatično je da* ***navedenu okolnost svjedok Alihodžić ne spominje ni u direktnom ispitivanju, niti u izjavama koje je dao u toku istrage****, već tek na glavnom pretresu, i to* ***na način da nakon sugestivnog pitanja optuženog*** *Šijak Mirsada „ispred jedne od zgrada, ja ću vam kasnije reći koje, sreli smo se vi, ja i Musa?"* ***svjedok odgovara potvrdno***.".

Kada sud zabrani postavljanje pitanja u korist vlastitih tvrdnji, strana ima pravo predložiti saslušanje tog svjedoka kao svog svjedoka i direktno ga ispitati.[47]

4. Šta su prigovori

Iako se pojam "prigovor" pojavljuje u krivično-procesnim odredbama u BiH,[48] institut prigovora tokom ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu nije izričito regulisan niti propisan. Uslijed toga se dešava da pojedine sudije ne dozvoljavaju stavljanje prigovora tokom saslušanja svjedoka na glavnom pretresu, a što je u suprotnosti i sa pravom na odbranu,[49] kao i principom jednakosti stranaka.

Tako je npr. u predmetu pred Kantonalnim sudom u Mostaru tokom provođenja glavnog pretresa, a prilikom ispitivanja svjedoka optužbe, braniteljica optuženog stavila prigovor na način njegovog ispitivanja od strane tužitelja. Nakon što je braniteljica istakla navedeni prigovor, sud je zabranio obrani da ubuduće u toku postupka ulaže prigovore uz dato obrazloženje da prigovori nisu propisani u odredbama ZKP FBiH.[50] Vrhovni sud Federacije BiH, po žalbi odbrane optuženog, utvrdio je da je ovakvo postupanje prvostepenog suda suprotno odredbi člana 64. stav 1. [51] i članu 278. stav 1.[52] ZKP FBiH, te je zaključio:

„*ne proizlazi da sud može zabraniti obrani isticanje prigovora u odgovarajućoj fazi postupka na glavnom pretresu, a posebno ne u toku cijelog postupka, kako je to prvostepeni sud odlučio, na šta su pravilno braniteljice u žalbi ukazale. Takvim postupanjem, i po ocjeni ovog suda, prvostepeni sud je*

[47] Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 070-0-Kţ-07-000484 od 18.09. 2008. godine.

[48] Npr. u ZKP FBiH pojam „prigovor" se spominje na 15 različitih mjesta te se može uložiti u pogledu npr. mjesne nenadležnosti suda (član 36.), sadržaja zapisnika (član 74. i 168.), sadržaja optužnice (član 243, 248. i 353.).

[49] Člana 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije propisuje da se odbrani uvijek mora pružiti mogućnost da ospori dokaze iznesene protiv optuženog. Uskraćivanjem ovog prava predstavlja povredu, jer je narušena
ravnoteža između dokaza optužbe i dokaza odbrane.

[50] Kantonalni sud u Mostaru, predmet br. 007 0 K 011607 15 K.

[51] Koja propisuje da branitelj mora, zastupajući osumnjičenog, odnosno optuženog, preduzimati sve neophodne radnje u cilju utvrđivanja činjenica, prikupljanja dokaza koji idu u korist osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i zaštite njihovih prava.

[52] Kojim je propisano da će sudija, odnosno predsjednik vijeća zabraniti pitanje i odgovor na pitanje koje je već postavljeno - ako je to pitanje po njegovoj ocjeni nedopušteno ili nevažno za predmet.

povrijedio pravo optuženog na obranu i time učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH."[53]

Uloga suda, kao i drugih učesnika, tokom ispitivanja svjedoka nije pasivna. Krivičnoprocesnim odredbama u BiH je propisano da će: *"sudija, odnosno predsjednik vijeća zabraniti pitanje i odgovor na pitanje koje je već postavljeno - ako je to pitanje po njegovoj ocjeni nedopušteno ili nevažno za predmet.* [54]

Prigovor je zahtjev stranke/branioca da sud zabrani pitanje ili odgovor. Najčešće za cilj imaju da se spriječi razmatranje određenih činjenica tokom svjedočenja. Podnose se usmeno na glavnom pretresu prilikom prilikom ispitivanja svjedoka, i to odmah nakon postavljanja pitanja.[55] Kada uloži prigovor, strana koja ga je uložila treba obrazložiti razlog ulaganja prigovora, a suprotnoj strani se može omogućiti da se izjasni na uloženi prigovor. Iako nije propisano kako se ulaže prigovor, u praksi se najčešće izvodi na način da strana koja ulaže prigovor ustane, a zatim glasno kaže "prigovor", nakon čega čeka dopuštenje suda da iznese prigovor. Ponekad se dešava da se strane kod ulaganja prigovora obraćaju jedna drugoj, te ulaze u verbalne sukobe, što je potpuno neprimjereno i sud mora djelovati i upozoriti, a po potrebi i kazniti strane zbog nedoličnog ponašanja na sudu.

Nije nužno uvijek ulagati prigovore. Ulaganje velikog broja prigovora može stvarati negativnu sliku kod sudija. Može nepotrebno i odugovlačiti postupak. Također može izazvati kontrareakciju suprotne strane koja i sama počinje da prigovara na pitanja na koja dotad nije prigovarala.

Sud može zabraniti nedopuštena pitanja, kao i pitanja koja su nevažna za predmet, kao što su: pitanje nije relevantno;[56] postavljeno sugestivno pitanje tokom direktnog i dodatnog ispitivanja;[57] postavljeno sugestivno pitanje u unakrsnom ispitivanju u korist vlastitih tvrdnji; pitanjem se traži mišljenje ili komentar od svjedoka a ne znanje o relevantnim činjenicama; pitanjem se traži

[53] Vrhovni sud Federacije BiH, Presuda br.: 07 0 K 011607 16 Kž od 16.11.2016. godine.
[54] Član 263. stav 1. ZKP BiH;
[55] Savjeti za ulaganje prigovora: prigovarati na vrijeme, ustati prilikom ulaganja prigovora, navesti kratko razlog za prigovor; obraćati se sudiji a ne suprotnoj strani; ne biti preširok u obrazlaganju ...
[56] Ne postoji definicija relevantnih činjenica u krivičnoprocesnim odredbama, ali relevantne su one činjenice
[57] "Vi ste slijedili svjedoka, je li tako?" - ispitivač svjedoči umjesto svjedoka.

od svjedoka da nagađa;[58] pitanje sadrži netačne sažetke činjenica ili svjedočenja; pitanje izlazi izvan okvira direktnog ispitivanja; pitanje sadrži više od jednog pitanja, tzv. složena pitanja koja zahtijevaju više od jednog odgovora;[59] pitanje je nerazumljivo; preširoko postavljena pitanja;[60] držanje govora tokom postavljanja pitanja svjedoku; pitanje već postavljeno i svjedok na njega već odgovorio;[61] od svjedoka se zahtijeva da iznese stručno mišljenje a svjedok nema potrebno stručno znanje;[62] od svjedoka se traži da zaključuje;[63] od svjedoka se traži da iznosi pravne zaključke;[64] uvredljiva pitanja;[65] sarkastična pitanja; pitanjem se uznemirava svjedok; pitanjem se zbunjuje

[58] Ovaj prigovor se obično stavlja kada se od svjedoka traži da tumači nečije stavove. „Svjedok: Čovjek sa repićem je ušao i kupio novine plativši ih kreditnom karticom"; „Branilac: Zašto je taj čovjek platio kreditnom karticom umjesto kešom?"; „Tužilac: Prigovor, traži se od svjedoka da nagađa.

[59] "Da li znate da li je auto ušlo u raskrsnicu kada je se upalilo crveno na semaforu?" - složeno; ako svjedok kaže da, ne zna se da li je odgovorio da na pitanje da li je auto ušlo u raskrsnicu ili da je se upalilo crveno svjetlo.

[60] "Šta mislite da se desilo?" - nejasno, dvosmisleno, traži se iznošenje mišljenja, traži se davanje odgovora koje ne mora biti zasnovano na ličnim opažanjima.

[61] Strana pita isto pitanje ili gotovo isto pitanje više puta kako bi naglasio odgovor, a što je nedozvoljeno.

[62] Sud BiH je u presudi br. X-KŽ-05/164 od 30.03.2009. godine rješavao žalbeni navod da je optuženom uskraćeno pravo na odbranu i time što je onemogućeno ispitivanje svjedoka na ročištu od 3.3.2008. godine. Apelaciono vijeće je preslušalo relevantni dio ispitivanja ovog svjedoka i utvrdilo da je i ovaj prigovor odbrane neosnovan. Prvostepeni sud je dozvolio odbrani da unakrsno ispita ovog svjedoka. Pojedina pitanja odbrane svjedoku nisu bila usmjerena na saznavanje činjenica relevantnih za predmet, već na objašnjenja i informacije o važećim zakonskim odredbama. Činjenica jeste da je predsjednik prvostepenog vijeća uskratio ta pitanja, nalazeći da su suvišna i ne doprinose razjašnjenju stvari. Na ovakav način, po mišljenju Apelacionog vijeća odbrana nije bila uskraćena za svoje pravo na unakrsno ispitivanje svjedoka, pa u konkretnom slučaju nema bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 2. ZKP BiH.

[63] "Da li mislite/smatrate da je on imao dovoljno vremena da zaustavi auto prije ulaska u raskrsnicu? - traži se špekulisanje ili zaključivanje.

[64] „Složićete se sa mnom da se to nije smjelo desiti?" – traži od svjedoka da iznosi pravne zaključke.

[65] "Branilac: Ustvari, Vi ste se udali za njega jer ste sponzoruša, zar ne?", "Tužilac: Prigovor"; "Sud: Prihvata se. Branioče, ponašajte se profesionalno ili ću Vas kazniti zbog nepoštivanja suda".

svjedok;[66] pitanje se odnosi na prethodni seksualni život svjedoka; sugestivna pitanja u sebi sadrže laž ili poluistinu;[67] …

Odluke o prigovoru sud donosi odmah nakon isticanja prigovora, a po potrebi nakon vijećanja ili pribavljanja dodatnih informacija. Odluka sudije, odnosno predsjednika vijeća o zabrani pitanja ili odgovora na pitanje je konačna te protiv nje nije dopuštena posebna žalba. Odluka suda se u praksi samo donosi tako da se dozvoljava ili ne dozvoljava pitanje.

Stranke i branilac imaju pravo odluku suda u vezi prigovora pobijati žalbom na presudu, i to tako da je time počinjena bitna povreda krivičnog postupka pa je time povrijeđeno pravo na odbranu optuženog[68] ili da je počinjena bitna povreda krivičnog postupka jer sud u toku glavnog pretresa nije primijenio ili je nepravilno primijenio odredbu ZKP-a u pogledu stavljanja prigovora[69], a to je bilo ili je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

Tako je npr. u predmetu Suda BiH[70] odbrana uložila žalbu zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH jer je "*prvostepeno vijeće povrijedilo pravo na odbranu optuženog, kada je branilac onemogućen da u toku unakrsnog ispitivanja ... prvooptuženog ..., koji je dao iskaz kao svjedok svoje odbrane, postavi pitanje u korist vlastitih tvrdnji*, …". Sud BiH je odbio ovaj navod uz obrazloženje: "*povreda prava na odbranu optuženog, kao apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka propisana u članu 297. stav 1. tačka d) ZKP BiH i koja kao takva vodi obaveznom ukidanju pobijane presude, postoji kada nisu primijenjena ili su nepravilno primijenjena pravila postupka na štetu optuženog, tačnije kada je*

[66] "Gore navedeno vozilo se kretalo iz kog pravca?" – zbunjujuće.

[67] Strana postavlja pitanje s ciljem iznošenja drugačije karakterizacije, netačnih navoda ili djelimičnih navoda svjedoka, kako bi ga uklopio u činjenice koje želi dokazati. Na primjer: „Svjedok: Ona se vratila gore i bilo je krvi na njenom obrazu"; „Branilac: Dok ju je krv curila niz lice, da li je bila u panici?"; „Tužilac: Prigovor, netačno navodi odgovor svjedoka".

[68] Vidjeti Presudu vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 2 K 006087 14 Kž 24 od 25.04.2014. godine.

[69] Presuda broj: S1 2 K 008245 14 Kž 10 od 10.09.2014. godine.

[70] Vidjeti Presudu Suda BiH br. S1 1 K 011049 14 Krž2 od 01.04.2014. godine. Također vidjeti i Presudu Suda BiH br. S1 1 K 017133 15 Krž 4 od 25.01.2016. godine u kojoj je razmatran žalbeni navod da je prvostepeni sud odbio skoro sve prigovore odbrane prilikom direktnog i unakrsnog ispitivanja svjedoka. Apelaciono vijeće ovaj navod je smatralo paušalnim obzirom da branilac nije tačno konkretizovao o kojim se tačno prigovorima odbrane radilo. Samo navođenje da su odbijani prigovori, a da tačno nije ukazao na šta su se isti odnosili, niti je osporena konkretna odluka prvostepenog vijeća, nije dovoljno da bi se moglo govoriti o povredi prava na odbranu .

došlo do povrede procesne norme na štetu optuženog. Međutim, osim u situaciji kada je riječ o flagrantnom kršenju procesnih normi, nije dovoljno u žalbi istaći samo da je procesna norma povrijeđena, nego je nužno da žalilac ukaže i kakav je to negativan uticaj po položaj optuženog eventualno proizvelo, odnosno kako je takvo kršenje procesne norme bilo od uticaja na pravilnost i zakonitost presude."

Sud BiH je odlučivao[71] o žalbenom navodu branioca optuženog da je prvostepeni sud onemogućavao branioca u provođenju unakrsnog ispitivanja. Apelaciono vijeće je utvrdilo da su navodi branioca optuženog neosnovani i da je pretresno vijeće postupilo ispravno kada je ograničilo unakrsno ispitivanje svjedokinje na način kako je to propisano članovima 262. stav 3., 263. i 264. ZKP BiH. Apelaciono vijeće je istaklo da treba voditi računa o tome da je žrtva silovanja povrijeđena i fizički i psihički, da je u posebnom emocionalnom stanju u kojem su izmiješani osjećaji srama, straha, zbunjenosti, samooptuživanja, zabrinutosti i neizvjesnosti. Ovo stanje u kojem se žrtva nalazi predstavlja svojevrsnu barijeru i vrlo često koči uspješnu komunikaciju, tako da u određenoj mjeri agresivni pristup branioca kada je postavljao pitanja oštećenoj, od kojih su neka bila i zbunjujuća, ne doprinosi rasvjetljavanju svih pojedinosti vezanih za krivično djelo koje se njegovom branjeniku stavlja na teret, što je predsjednik vijeća na vrijeme primijetio i spriječio u cilju svestranog pretresanja predmeta i efikasnog vođenja glavnog pretresa. Iz navedenih razloga Apelaciono vijeće nije našlo osnovanim žalbene navode branioca optuženog.

Zaključne preporuke

U periodu 2001.-2003. godina doneseni su novi krivični procesni zakoni u BiH, kojim je propisan novi način ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu, te su ostvareni značajni rezultati u njegovoj primjeni, ali još uvijek postoje brojni izazovi u regulisanju i primjeni ovog instituta.

U pogledu načina direktnog ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu, treba dozvoljavati postavljanje pitanja koja počinju sa „Da li ..." pod uslovom da nakon toga ne bude sadržan preferirani jedini mogući odgovor ispitivača na to pitanje.

U pogledu unakrsnog ispitivanja svjedoka, potrebno je dozvoljavati pitanja u korist vlastitih tvrdnji ali na način da se zabranjuju sugestivna pitanja, te da se pitanja u korist vlastitih tvrdnji moraju postavljati na način kao da se vrši

[71] Presuda br.: X-KRŽ-09/847 od 14.6.2011. godine.

direktno ispitivanje. Ne može se ostvariti pravedno iznošenje dokaza, te se sudijama neće omogućiti da adekvatno procijene iskaz svjedoka i njegovu vjerodostojnost i pouzdanost, ako se pitanjima u korist vlastitih tvrdnji dopusti postavljanje sugestivnih pitanja. I postojeće pravne odredbe bi trebalo dopuniti na način da je ovo jasno propisano i da ne ostavlja dileme u primjeni u praksi. Tokom dodatnog ispitivanja svjedoka ne mogu biti dozvoljena sugestivna pitanja, osim pod određenim okolnostima, a ako tokom dodatnog ispitivanja budu postavljena pitanja koja se odnose na nove činjenice koje nisu spomenute do tada ni u direktnom ni u unakrsnom ispitivanju, sud treba dopustiti suprotnoj strani da dodatno unakrsno ispita svjedoka na te nove okolnosti u granicama prethodno obavljenog dodatnog ispitivanja svjedoka.

Sud ima pravo da postavlja sugestivna pitanja u bilo kojoj fazi ispitivanja, ali sud treba strogo voditi računa da se ne priklanja jednoj ili drugoj strani prilikom postavljanja pitanja pod izgovorom da time želi razjasniti neke činjenice.

Iako prigovori kao institut nisu regulisani u pogledu ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu, moraju biti dozvoljeni tokom glavnog pretresa. Bilo bi korisno dopuniti postojeće pravne odredbe koje se odnose na ovo pitanje, kako ne bi bilo dileme među sudijama u pogledu njihove primjene u praksi. Također bi bilo korisno propisati najčešće osnove za ulaganje prigovora u pogledu ispitivanja svjedoka na glavnom pretresu.

dr Miodrag Bukarica, tužilac Okružnog javnog tužilaštva Banja Luka

SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU KRIVIČNIH POSTUPAKA U BOSNI I HERCEGOVINI I POSTUPAKA U ZEMLJAMA KONTINENTALNOG I COMMON LAW SISTEMA PRAVA

U domaćoj teoriji i sudskoj praksi često se ističe da je na početku ovog vijeka u Bosni i Hercegovini došlo do reforme krivičnih postupaka u kojoj su postupci sa izričito naglašenim elementima inkvizitorskog tipa transformisani u postupke mješovitog tipa sa preovladavajućim elementima akuzatorskog modela krivičnog postupka. To je samo djelimično tačna konstatacija pošto se pravila krivičnih postupaka iz zakonodavstava u Bosni i Hercegovini u nekim važnim elementima razlikuju od pravila krivičnog postupka čistog akuzatorskog tipa. U radu izdvajamo ključne osobine krivičnih postupaka čistog inkvizitorskog i akuzatorskog tipa, ukazujemo na pojedine elemente tih postupaka koji postoje u krivičnim postupcima (mješovitog tipa) u Bosni i Hercegovini, te predlažemo izmjenu postojećih i uvođenje nekih novih elemenata koji krivične postupke u Bosni i Hercegovini mogu učiniti pravičnijim i efikasnijim.
Ključne riječi: kontinentalno-evropski, inkvizitorski, akuzatorski, mješoviti.

UVODNI DIO

Sadržina rada suštinski se zasniva na analizi osnovnih karakteristika procesnih načela i pravila zakonodavstava zemalja kontinentalnog i anglo-saksonskog (common law) sistema prava. Radi boljeg razumijevanja, na početku ćemo kratko istaći osobine tih sistema.

Kontinentalno pravo ili civilno pravo predstavlja zajednički naziv za sve pravne sisteme koji se zasnivaju na institucijama rimskog prava a primjenjuju pravne norme iz pisanih zakona (kodifikacija), pri čemu sudska praksa i sudski precedenti ne utiču na odluku suda. U procesnom smislu, primjenjuju se načela postupka inkvizitorskog tipa,[1] sudije prilikom odlučivanja nemaju puno slobode u tumačenju zakonskih tekstova pošto se zakonski tekstovi tumače dogmatski (doslovno kako je u zakonu napisano, isključena je mogućnost slobodne interpretacije) a Sud ima odlučujuću ulogu u svim fazama postupka.

[1] inquisitio - lat. istraga

Engleska je jedina Evropska zemlja u kojoj nije došlo do recepcije rimskog prava, jer je kao okosnicu zadržala poseban pravni sistem koji čini commol law. Izraz common law često se poistovjećuje sa sistemom prava zasnovanom na sudskim precedentima (precedentno pravo). Danas je zastupljen u zakonodavstvima zemalja engleskog govornog područja koje su se tokom istorijskog razvoja nalazile ili se i danas nalaze u sferi političkog uticaja Engleske, a naziva se i anglo-saksonskim pravom. U procesnom smislu, primjenjuje se akuzatorski model krivičnog postupka,[2] u kojem su tri osnovne procesne funkcije (gonjenje, odbrana i presuđenje) povjerene odvojenim i nezavisnim subjektima a uloga suda je pasivna. Kao izraziti predstavnici common law sistema prava navode se federalne države SAD-a, izuzev Luizijane, Škotska, Engleska i Vels, a suštinska forma krivičnog postupka decenijama se ne mijenja.
Inkvizitorski model krivičnog postupka preovladavao je u Evropskom zakonodavstvu prije tri decenije, a zatim se javio trend modifikacije krivičnih postupaka unošenjem sve više akuzatorskih elemenata. Usljed toga, zakonodavstva zemalja koje su krivične postupke nekada organizovale prema čisto inkvizitorskom modelu, postepeno su se transformisala u pravcu uvođenja modela mješovitog postupka. Krajnji rezultat promjena može se sažeti konstatacijom da danas u Evropi ne postoji niti jedna zemlja koja svoj krivični postupak organizuje po čistom inkvizitorskom modelu. Transformacija krivičnog postupka iz inkvizitorskog u mješoviti model naročito je uočljiva u zakonodavstvima zemalja u tranziciji, među koje spadaju i novonastale balkanske države.

Predmetna tema nije dovoljno obrađena u teoriji, pa autori u svojim radovima u pravilu izdvajaju nekoliko elemenata inkvizitorskog i akuzatorskog modela postupka i zaključuju da su procesna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini prihvatila model mješovitog krivičnog postupka koji se zasniva na akuzatorskom (adversarnom) modelu krivičnog postupka. Primarna svrha ovog rada je da detaljnije pobroji i opiše elemente predmetnih modela krivičnih postupaka tako da čitalac može samostalno prepoznati model postupka iz kojeg potiče konkretno zakonsko rješenje u procesnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini. Izdvojićemo i određene elemente koji ne postoje u zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini a mogli bi uticati na veću efikasnost krivičnog postupka.

[2] acussator - lat. tužilac, onaj ko pokreće postupak

1. OSNOVNE KARAKTERISTIKE KONTINENTALNOG I COMMON LAW SISTEMA PRAVA

Još su Solon i Likurg tvrdili da se vlastito pravo najbolje može sagledati kada se uporedi sa drugim pravima, te da se vlastito pravo najbolje unapređuje proučavanjem zakonodavstava i najvažnijih pravnih instituta drugih zemalja i unošenjem najboljih rješenja iz tih prava u svoje pravo. Sa istim ciljem, komparativnom metodom ćemo sagledati osobine krivičnih postupaka dva različita sistema prava - kontinentalnog[3] i common law, te izdvojiti one koji bi se trebali izmijeniti ili bi se mogli uvesti kao novi u procesna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

1.1. Forma i tok postupka u kontinentalnom i common law sistemu prava

U zemaljama kontinentalnog sistema prava, ***komunikacija između suda i stranaka*** tokom cijelog postupka odvija se u obaveznoj pismenoj formi. U pismenoj formi se donosi naredba o sprovođenju istrage i odluka o njenom okončanju, podiže optužni akt, strankama upućuju pozivi, predlaže određivanje pritvora i određuje pritvor, donosi presuda, izjavljuje žalba i donosi odluka o žalbi, a pismena forma komunikacije obavezna je i u mnogim drugim situacijama. Odluke suda sadrže detaljna pismena obrazloženja sa stavom suda o određenim spornim pitanjima i razlozima za takav stav. Nasuprot tome, u zemljama common law sistema prava se komunikacija između stranaka i suda odvija u razgovoru između stranke i sudije, dok obrazloženja nekih odluka suda poput odluke o pritvoru ne postoje (nisu obavezna).

U zemljama kontinentalnog sistema prava, odbrana ima pravo ***uvida u dokaze*** tek nakon dobijanja poziva za glavni postupak. U zemljama common law sistema prava primjenjuje se pravilo o razotkrivanju (discovery) dokaza prije suđenja, koje podrazumijeva obavezu tužioca da odbrani dostavi sve dokaze u vezi sa predmetom optuženog. Međutim, to nije samo obaveza tužioca, jer se i tužiocu može dozvoliti da dobije sve informacije koje okrivljeni ima u vezi sa (svojim) slučajem. U praksi je teško pomiriti pravilo o razotkrivanju dokaza i privilegiju protiv samooptuživanja koja je u direktnoj vezi sa pravom na pravično suđenje, pa u Irskoj, Engleskoj, Škotskoj, ali i zemljama van Evrope kao npr. Kanadi, Maleziji, SAD i drugim zemljama comon law sistema prava, posebnim aktima propisuju se posebna pravila o razotkrivanju dokaza.[4]

---

[3] Pošto je ovaj model nastao u Evropi i najviše je bio prihvaćen u Evropskom zakonodavstvu, u literaturi se često naziva i kontinenetalno-evropski.

[4] Detaljnije na Internet stanici https://www.wikiwand.com/en/Criminal_Justice_Act.

U zemljama kontinentalnog sistema prava, između dva glavna postupka u istom predmetu ostavlja se vremenski period od više dana ili više čak sedmica, zbog čega „standardni" postupak traje relativno duži vremenski period a složeniji postupci traju više mjeseci, čak više godina. Nasuprot tome, u zemljama common law sistema prava, svi glavni postupci u pravilu teku kontinuirano „dan za danom" i završavaju u relativno kratkom roku.

Za kontinentalni sistem prava karakterističan je institut suđenja u odsustvu, razvijen još u rimskom pravu. Suđenje u odsustvu u pravilu je moguće ako se optuženi nalazi u bjekstvu ili nije dostupan državnim organima, a postoje naročito važni razlozi da mu se sudi. Ovaj institut primjenjivan je u krivičnom postupku bivše Jugoslavije, koji je bio organizovan prema inkvizitorskom modelu postupka.

Za razliku od prethodnog, u common law sistemu prava do sredine devetnaestog vijeka primjenjivano je pravilo da se okrivljeno lice moralo lično pojaviti pred sudom.[5] Kao posljedica tog pravila, u mnogim zakonodavstvima koje propadaju ovom sistemu prava nije moguće suđenje u odstustvu.

Procesna zakonodavstva zemalja koje su nastale nakon raspada Jugoslavije prihvatile su ovaj institut i danas propisuju mogućnost suđenja u odsustvu, a jedini izuzetak predstavljaju procesna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Pošto se u javnosti permanentno ističe da je pravosuđe opterećeno veliki brojem predmeta koji nisu završeni zbog nedostupnosti optuženih, opravdano se može postaviti pitanje zašto zakonodavci izbjegavaju uvođenje instituta suđenja u odsutnosti optuženog.

1.2. Sastav i odluke suda

U zakonodavstvima zemalja kontinentalnog sistema prava za lakša krivična djela sudi sudija pojedinac, dok za teža djela sudi vijeće sastavljeno od sudija profesionalaca i laika koji *donose jednu (jedinstvenu) odluku o krivici i sankciji*.

Sastav i funkcionalna nadležnost suda drugačiji su u zemaljama common law sistema prava. Sud se sastoji od dva dijela. Prvi dio je *porota* koju čine laici, a nakon izvođenja dokaza odlučuju o krivici optuženog za djelo koje mu je optužnicom stavljeno na teret. Ukoliko porota donese odluku da nije kriv, optuženi se pušta na slobodu i krivični postupak se završava. Drugi dio suda čini *sudija* profesionalac ili vijeće profesionalaca, koji odlučuje/odlučuju o

[5] Stojanović, Z. (2007): Krivično pravo Opšti deo, četrnaesto izdanje, Beograd: Pravna knjiga, str. 193.

kazni samo ukoliko porota odluči da je optuženi kriv. Dakle, porota i sudija/sudije donose *dvije odvojene odluke*. Porota odlučuje o krivici (da li je kriv ili nije) a sudija profesionalac, kada porota odluči da je optuženi kriv, odlučuje o vrsti i mjeri kazne.

Procesna zakonodavstva zemalja kontinentalnog sistema prava propisuju da se nakon otvaranja istrage pribavljaju ***podaci o osuđivanosti*** ili neosuđivanosti optuženog, pa sud i prije početka glavnog postupka u sudskom spisu *ima ove podatke*. Kada se sudi u vijeću, isto vijeće donosi jednu (jedinstvenu) odluku o krivici optuženog (postojanju ili nepostojanju krivice) i odluku o sankciji.

U zemaljama common law sistema prava vrijedi pravilo da *sud nema podatke o ranijoj osuđivanosti* ili neosuđivanosti, ali ukoliko porota odluči da je optuženi kriv za djelo koje mu je stavljeno na teret, pribavljaju se dokazi koji su relevantni za odluku o kazni. Pribavlja se izvještaj socijalne službe, sudija vrši uvid u kaznenu evidenciju i provjerava da li je optuženi ranije osuđivan, pošto ranija osuda predstavlja okolnost koja dovodi do strožije kazne. Sudija sagledava okolnosti koje su relevantne (bitne) za odluku o kazni, a zatim donosi odluku o kazni.

U bivšoj Jugoslaviji primjenjivan je inkvizitorski model krivičnog postupka pa su sudovi prije početka glavnog postupka imali podatke o osuđivanosti ili neosuđivanosti optuženog a sudija pojedinac ili sudeća vijeća donosila su jednu (jedinstvenu) odluku o krivici i o sankciji. Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini danas izričito nije propisano da optužnica mora sadržati podatke o ranijoj osuđivanosti, ali optužnice u pravilu sadrže ove podatke. To u svakom slučaju kod sudije stvara određeno predubjeđenje o optuženom i, htjeli mi to priznati ili ne, na posredan način može uticati na zauzimanje stava o krivičnoj odgovornosti optuženog.

1.3. Uloga suda i položaj tužioca kod izvođenja dokaza

U zemljama čistog kontinentalnog sistema prava primjenjuju se načela inkvizitorskog postupka. Prilikom izvođenja dokaza, tužilac je pasivan jer ***sud izvodi sve dokaze***. Kada završi sa pitanjima, sudija može dozvoliti tužilocu da postavi ograničen broj pitanja.

Pravila o izvođenju dokaza sasvim su drugačija u zemljama common law sistema prava. Pošto je postupak pred sudom kontradiktoran a tužilac je stranka u tom postupku, on ima punu dokaznu inicijativu i izvodi sve dokaze, dok ***sud pasivno posmatra*** tok postupka i nema pravo da postavlja pitanja. Postavljanje bilo kakvog pitanja od strane suda smatra se neopravdanim upli-

tanjem u izvođenje dokaza i priklanjanjem jednoj strani u postupku, te obavezno dovodi do ukidanja presude. Odbrana izvodi sve svoje materijalne dokaze.

U većini Evropskih zemalja koje su usvojile mješoviti model postupka, istraga ima više inkvizitorskih, a glavni postupak više akuzatorskih elemenata, dok tužilac ima odlučujuću ulogu u istrazi i stranka je u postupku pred sudom.

1.4. Položaj osumnjičenog ili optuženog

U zakonodavstvima kontinentalnog sistema prava može se braniti šutnjom, a može i dati svoj iskaz. Ako se protiv njega i saizvršioca vodi jedan (jedinstven) postupak, tada iskaz može dati samo u svojstvu okrivljenog ili optuženog, a apsolutno je ***isključena mogućnost da svoj iskaz daje u svojstvu svjedoka***. Zato prije davanja iskaza ne polaže zakletvu, nemaju obavezu da govore istinu i ne mogu biti kažnjeni zbog davanja lažnog iskaza.

Nasuprot prethodnom, u common law sistemu prava osumnjičeni ili optuženi ***može biti svjedok***, ali polaže zakletvu da će govoriti istinu, te u slučaju davanja lažnog iskaza može biti optužen i kažnjen za krivično djelo lažnog svjedočenja.

U zakonodavstvima zemalja sa krivičnim postupcima mješovitog tipa uglavnom je dozvoljeno da osumnjičeni ili optuženi daju iskaz i u svojstvu svjedoka; ukoliko daju iskaz u svojstvu svjedoka, tada ne polažu zakletvu i nemaju obavezu da govore istinu, pa pošto nemaju obavezu da govore istinu, ne mogu biti kažnjeni za davanje lažnog iskaza. Takva su procesna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

1.5. Položaj branioca

Osnovna razlika svodi se na pitanje ***postavljanja branioca***.

Zakonodavstva kontinentalnog sistema prava poznaju situacije kada osumnjičeni ili optuženi moraju imati branioca (obavezna odbrana). U pravilu, obavezna odbrana propisuje se u postupcima za teža krivična djela ili u određenim fazama krivičnog postupka, npr. određivanje pritvora. Stoga, ukoliko je *odbrana obavezna,* a osumnjičeni ili optuženi ne pronađe branioca ili nema finansijskih mogućnosti da ga angažuje ili izričito izjavi kako ne želi da mu se postavi branilac, sud je ipak obavezan da mu postavi *branioca po službenoj dužnosti*. Postoje i situacije kada odbrana nije obavezna, a sud može odlučiti da optuženom treba postaviti branioca, pa čak i kada izričito izjavi da ne želi da mu se postavi branilac, npr. u slučaju dostavljanja odluke protiv koje se

može izjaviti žalba. Dovoljno je da sud ocjeni da bi nepostojanje branioca štetilo interesima odbrane osumnjičenog ili optuženog ili da je to potrebno iz procesnih razloga.

U postupcima zemalja common law sistema prava u pravilu se ne primjenjuje institut obavezne odbrane. Optuženom koji odluči da se brani sam ne može biti postavljen branilac protiv njegove volje, pa je Vrhovni sud SAD-a zauzeo stav da to nije protivno VI amandmanu koji optuženom garantuje mogućnost primjene svih sredstava odbrane.[6] Izuzetno, može biti lišen prava da sam iznosi svoju obranu, ako „namjerno i ozbiljno pokušava opstruirati postupak". Dakle, ako osumnjičeni ili optuženi ne želi da samostalno izabere branioca, ***sud nema pravo da mu postavlja branioca***, pa čak i ako bi to štetilo njegovoj odbrani.

1.6. Položaj oštećenog

Osnovna razlika odnosi se na mogućnost pokretanja i učešća u krivičnom postupku.

U više zakonodavstava kontinentalnog sistema prava *postupak može* ***pokrenuti*** *privatni tužilac* kada je zakonom propisano da se gonjenje preduzima po privatnoj tužbi, a u nekim gonjenje učinioca može preuzeti i kao *supsidijarni tužilac* (kada je tužilac odustao od gonjenja). Ovakva ovlaštenja privatnog i supsidijarnog tužioca bila su propisana u krivičnom procesnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije, a danas u izmijenjenoj formi, postoje u zakonodavstvima država nastalih nakon njenog raspada, npr. u Hrvatskoj. Oštećeni se može pojaviti kao tužilac i za krivična djela za koja se po zakonu gonjenje učinioca preduzima *po predlogu oštećene*. Takvo rješenje danas je propisano u procesnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini.

Za razliku od zemalja kontinentalnog sistema prava, u zemljama common law sistema prava, oštećeni *nema pravo bilo kakve inicijative* za pokretanje krivičnog postupka, niti pravo da u krivičnom postupku postavlja imovinskopravni zahtjev (za naknadu štete i drugo).

U većini procesnih zakonodavstava mješovitog tipa pa i u zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini, oštećeni ima pravo da postavlja imovinskopravni zahtjev

[6] Predmet Faretta v. California, 422 US 806 kod Pajčić, M. (2017): Obavezna odbrana - povreda prava okrivljenika da se brani sam?, na Internet stranici https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/2017OBVEZNA_OBRANA__POVREDA_PRAVA_OKRIVLJENIKA_DA_SE_BRANI_SAM.pdf, preuzeto 13.05.2019. godine.

odnosno mora mu se omogućiti korištenje tog prava, samim tim i da učestvuje u glavnom postupku.

1.7. Prikupljanje i izvođenje dokaza

Dokazi čine osnov na kojem sud utvrđuje činjenično stanje i izvodi krivičnopravno relevantne zaključke o postojanju ili nepostojanju bitnih elemenata krivičnog djela i krivičnoj odgovornosti, te odlučuje o vrsti i obimu konkretne krivične sankcije. U nastavku ćemo izložiti osnovna pravila o prikupljanju, izvođenju i korištenju dokaza u kontinentalnom i common law sistemu prava.

1.7.1 Prikupljanje i izvođenje dokaza u istrazi i pretkrivičnom postupku

Format rada ne dozvoljava da se temeljitije bavimo pitanjem koji postupak se smatra pretkrivičnim i koliko je taj postupak zastupljen u uporednom zakonodavstvu. Zato ćemo samo kratko konstatovati da većina evropskih zakonodavstava formalno ne određuje značenje pojma prethodnog postupka niti pojma istrage, a pretkrivični postupak i istraga ne postoje u common law sistemu prava. U oba sistema prava, postoje mnoge suštinske razlike, a odnose se na način prikupljanja dokaza, nadležnosti i ovlaštenja organa koji prikupljaju dokaze.

Zakonodavstva zemalja kontinentalnog sistema prava uglavnom propisuju da se istraga sprovodi na osnovu pismenog akta istražnog sudije (naredba za sprovođenje istrage). U pravilu, sud donosi akt o sprovođenju istrage na predlogu tužioca, ali nije obavezan da pribavi sve dokaze koje mu tužilac predlaže, već ***pribavlja dokaze*** za koje smatra relevantnim.

U zemljama common law sistema prava, kao npr. u SAD-u, istraga nije dio krivičnog postupka, dokaze po pravilu prikuplja policija u postupku koji je najsličniji tzv. pretkrivičnom postupku, a o tome se *ne donosi nikakav pismeni (formalni) akt.*

U zemljama kontinentalnog sistema prava, sud naređuje sva ***vještačenja*** i aktivno pribavlja dokaze, dok *osumnjičeni ili optuženi nema pravo da izvodi* bilo kakva vještačenja, niti provodi paralelnu istragu radi pobijanja dokaza koje je pribavio sud. Ukoliko se ukaže potreba da se ponovo izvode neki dokazi ili provode dopunska vještačenja, to može učiniti samo sud, npr. odrediti novo vještačenje (nadvještačenje).

U zemljama common law sistemu prava, stranke mogu prikupljati svoje dokaze, pa tako *mogu angažovati vještake* za potrebe odbrane i takva vještačenja koriste se kao dokaz. Stranke se mogu dogovarati sa svjedocima o svim okolnostima koje su važne za odbranu i o načinu svjedočenja u glavnom postupku,

mogu prikupljati materijalne dokaze koje će koristiti tokom postupka i takve dokaze izvoditi tokom postupka.

U zakonodavstvima kontinentalnog sistema prava važi princip da organ koji ***prikuplja dokaze*** ima obavezu da postupa nepristrasno i sa jednakom pažnjom prikuplja sve dokaze, kako dokaze koji terete osumnjičenog ili optuženog, tako i *dokaze koji koriste odbrani* osumnjičenog ili optuženog.

U zemljama common law sistema prava ne postoji obaveza organa (policije, tužioca) da sa jednakom pažnjom prikuplja i dokaze koji koriste odbrani, već ovi organi prikupljaju *samo dokaze koji terete osumnjičenog*, dok osumnjičeni uz pomoć odbrane prikuplja dokaze kojima može osporiti navode tužioca i druge dokaze koji koriste njegovoj odbrani.

Pribavljanje dokaza na način kojim se dublje zadire u lična prava osumnjičenog, kao što su npr. pretres prostorija koje koristi osumnjičeni, prisluškivanje njegovih komunikacija sa drugim licima i sličnih dokaza, u zemljama čistog kontinentalnog sistema prava moguće je *bez neposrednog angažovanja ili odobrenja suda*. Međutim, obavezna primjena pravila Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda uticala je na evropska zakonodavstva tako da pribavljanje dokaza radnjama kojima se dublje zadire u ljudska prava nije moguće bez znanja ili odobrenja suda.

U zemljama common law sistema prava pribavljanje određenih dokaza nije moguće bez naloga suda. Za razliku od toga, pretres lica obavlja se bez odobrenje suda, ali ovaj dokaz i sve druge dokaze prikuplja policija.

U zakonodavstvima mješovitog tipa, pretresi stana i lica, prisluškivanje komunikacija i slične radnje prikupljanja dokaza u pravilu se izvode na osnovu naloga ili naredbe suda. Izuzeci postoje u slučajevima hitnosti, ali tada organ koji prikuplja dokaze ima obavezu da obavijesti sud o vrsti i načinu izvođenja radnje prikupljanja dokaza, dok sud ima obavezu da kontroliše zakonitost izvođenja radnji.

Razlikuju su razlozi za pribavljanje određenih dokaza i naročito mogućnosti za njihovo ***korištenje u glavnom postupku*** pred sudom. Ilustrativan je primjer svedoka kod kojeg se javlja opasnost da ga neće biti moguće saslušati pred sudom, pa je stoga u interesu optužbe da ovaj svjedok svoj iskaz dâ u istrazi, odnosno prije nego što otpočne izvođenje dokaza u postupku pred sudom. U sudskoj praksi to su slučajevi kada je svjedok star, teže bolestan i drugi slučajevi koji ukazuju na realnu opasnost da izvođenje određenog dokaza neće biti moguće na glavnom postupku pred sudom. U zemljama kontinentalnog sistema prava moguće je saslušanje takvog svjedoka pred sudom i u toku istrage, pa svjedok ne mora biti saslušan u glavnom postupku pred sudom jer je *dozvoljeno čitanje* njegovog *iskaza iz istrage*.

U praksi zemalja common law sistema prava izričito je zabranjeno saslušanje svjedoka pred sudom u toku istrage, pošto se striktno primjenjuje pravilo da *dokazi moraju biti izvedeni neposredno pred sudom tokom glavnog postupka*. Primjenjuje se i pravilo da se dokazi izvode u kontinuitetu, te glavni postupak teče dan za danom i završava se u mnogo kraćem roku nego u zemaljama kontinentalnog sistema prava (postupak sa inkvizitorskim elementima).

1.7.2. Izvođenje dokaza u glavnom postupku

Gospodar postupka u zakonodavstvima kontinentalnog sistema prava je sud, koji u glavnom postupku *po službenoj dužnosti* ***izvodi dokaze*** i utvrđuje sve relevantne činjenice, a to podrazumijeva i izvođenje dokaza koje stranke nisu predložile.

U zemljama common law sistema prava, *dokaze pred sudom izvode stranke u postupku* (tužilac, optuženi) pa snose teret dokazivanja svih činjenica koje smatraju relevantnim, dok je uloga suda potpuno pasivna. Sud mora biti nepristrasan, pa se svaka intervencija suda tumači kao pomoć jednoj strani u postupku i obavezno dovodi do ukidanja presude. Dakle, uloga suda prilikom izvođenja dokaza je kontrolna, jer se svodi na obezbjeđenje ravnopravnosti stranaka u postupku i održavanje mirnog toka glavnog postupka.

U zakonodavstvima zemalja kontinentalnog sistema prava, *sud ispituje osumnjičenog i saslušava svjedoke*, a strankama može dozvoliti da postave ograničen broj pitanja.

Za razliku od prethodnog, u zemljama common law sistema prava, *sud ima pasivnu ulogu* jer je postupak pred sudom koncipiran kao spor dvaju ravnopravnih strana - tužioca i odbrane, zbog čega sud nema pravo da interveniše postavljanjem pitanja.

1.7.3. Mogućnost upotrebe određenih dokaza

Zakonodavstva zemalja kontinentalnog sistema prava i zemalja članica Evropske unije koja sadrže određene inkvizitorske elemente, kao npr. njemačko, isključuju mogućnost upotrebe dokaza koji nisu pribavljeni na zakonit način (***nezakoniti dokazi***), a isključena je i mogućnost upotrebe dokaza koji sami po sebi nisu nezakoniti, ali su pribavljeni na osnovu dokaza do kojih se došlo na nezakonit način (plod otrovne voćke, eng. fruit of the poisonous tree).[7] Belgija, Cipar, Španjolska, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Por-

[7] Radi se o dokazu koji sam po sebi nije nezakonit, ali je pribavljen na osnovu (drugog) izvornog dokaza koji je nazakonit.

tugal ustavom ili *zakonom su isključile mogućnost* upotrebe nezakonitih dokaza, dok Grčka i Irska u praksi *poznaju izuzetke* od načela zabrane upotrebe nezakonitih dokaza. U drugoj grupi je sedam evropskih zakonodavstava koja *ne isključuju mogućnost* korištenja ovih dokaza, već sudu daju ovlaštenje da ocjene njihovu zakonitost. U trećoj grupi nalaze se Belgija i Danska, koje *dozvoljavaju upotreba nezakonitih dokaza* ukoliko su in favorem osumnjičenog ili optuženog.[8]

U zemljama common law sistema prava apsolutno je isključena upotreba dokaza koji su nezakoniti ili dokaza koji su nezakoniti po doktrini ploda otrovne voćke.

U Bosni i Hercegovini isključena je mogućnost upotrebe nezakonitih dokaza. Korištenje ***indicijalnih dokaza***[9] dozvoljeno je u kontinentalnim postupcima, a sud ima pravo diskrecione ocjene njihove dokazne snage.

U zakonodavstvima zemalja common law sistema nije dozvoljeno korištenje indicijalnih dokaza.

1.8. Dokazna snaga (nervus probandi) određenih dokaza

Priznanje osumnjičenog ili optuženog nema istu dokaznu snagu u oba sistema prava. U zakonodavstvima zemalja kontinentalnog sistema prava, ono jeste dokaz, ali ukoliko ne postoje drugi dokazi a optuženi prizna krivično djelo koje mu je stavljeno na teret, tada se *na priznanju ne može zasnivati osuđujuća presuda*. Za donošenje osuđujuće presude moraju postojati i drugi dokazi, koji potkrepljuju to priznanje, a nisu u suprotnosti sa priznanjem niti međusobno jedni sa drugim.

U zakonodavstvima zemalja common law sistema prava ***priznanje može biti osnov za donošenje osuđujuće presude***, čak i kada ne postoje drugi dokazi koji to priznanje potkrepljuju. Dovoljno je da drugi dokazi nisu u suprotnosti sa priznanjem.

U Bosni i Hercegovini, odsuđujuća presuda ne može biti donesena isključivo na osnovu priznanja, već moraju postojati i drugi dokazi koji su u saglasnosti sa tim priznanjem.

---

[8] Bojanić, I. i Đurđević, Z. (2008): Dozvoljenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 983.

[9] Posredni indirektni dokazi ili indicije su činjenice koje su višeznačno povezane se činjenicama koje ulaze u predmet dokazivanja, zbog čega je osim projere vjerodostojnosti i pouzdanosti same dokazne činjenice neophodno i utvrđivaje pravog značenja veze sa spornom činjenicom. Detaljnije kod Soković, S. (1997): Dokazivanje indicijama, Kragujevac, Jefimija, ur. Slobodan Pavičević, str. 51.

2. UPOREDNI DIO - OSOBINE KRIVIČNIH POSTUPAKA ZEMALJA RAZLIČITIH SISTEMA PRAVA

2.1. Specifičnosti krivičnih postupaka u kontinentalno-evropskom zakonodavstvu (Francuska i Italija)

Godine 1953. donesena je Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a u narednim decenijama Konvenciju su ratifikovale mnoge evropske države. Pošto je Konvencija nametnula nove standarde za pojačanu zaštitu ljudskih prava uopšte i zaštitu prava osumnjičenih ili optuženih lica u krivičnim postupcima, države članice imale su obavezu da u svoja procesna zakonodavstva implementiraju sve standarde iz Konvencije. Kao logična posljedica, u mnogim evropskim zakonodavstvima došlo je do transformacije postupka, koja se odlikovala slabljenjem pozicije suda u prikupljanju i izvođenju dokaza, uz istovremeno jačanje zaštitu prava osumnjičenog (optuženog). Optuženi (osumnjičeni) postepeno je dobijao pravo da, samostalno ili uz pomoć branioca, aktivno učestvuje u postupku. Uvođenje novih pravnih standarda u evropska zakonodavstva i sudsku praksu posljedično je dovodilo do postepenog slabljenja inkvizitorskih elemenata krivičnih postupaka, koji su se iz inkvizitorskog tipa počeli transformisati u postupke mješovitog tipa. Ako rezultate ovih promjena posmatramo iz današnje perspektive, proizilazi da u evropskom krivično-procesnom zakonodavstvu više ne postoji zemlja koja svoj krivični postupak zasniva isključivo na inkvizitorskim elementima, dok najviše zemalja primjenjuje pravila postupka mješovitog tipa, u kojem su sadržani inkvizitorski i akuzatorski elementi. Uz prethodno, treba napomenuti da Konvencija nije jedini razlog koji je doveo do transformacije krivičnih postupaka u većini evropskih zemalja, ali nesporno jeste jedan od osnovnih.

Pred kraj prošlog vijeka Francuska i Italija pripadale su grupi zemalja koje su svoje krivične postupke organizovale tako da je uloga suda u prikupljanju i izvođenju dokaza bila dominantna. Međutim, pod uticajem određenih okolnosti, stvari su se izmijenile.

Tokom 1993. i 1996. godine, u ***Francuskoj*** su donesena dva fundamentalna zakonika o kaznenom postupku. Fundamentalni su bili zbog toga što su i krivični postupak uveli elemente kontradiktornosti, čime je počelo slabiti načelo inkvizitornosti, a postupak dobio ovaj značajan element akuzatornosti. 2000. godine uvedena je u postupak i pretpostavka nevinosti, a optuženi je prvi put dobio pravo aktivnog učešća u postupku. Ipak, krivični postupak je i dalje

sadržao većinu inkvizitorskih elemenata. Tipično inkvizitorsko obilježje predstavljao je „*kontumacijski postupak*". Primjenjivan je prema učiniocima teških krivičnih djela koja se u roku do deset dana od potvrđivanja optužnice nisu pojavila pred sudom ili su se skrivala; zbog toga su smatrani odmetnicima od zakona koji izbjegavaju odgovornost (krivicu) i nisu imali sva prava koja su priznata svim optuženim licima.[10] Zakonik „Loi Perben II" iz 2005. godine ukinuo je ovu vrstu postupka, tužiocu je dodijelio neka ovlaštenja koja su do tada pripadala istražnom sudiji, te je dodatno ojačao elemente kontradiktornosti. Istim zakonikom uvedene su i mnoge druge novine, kao što su poseban postupak za krivična djela organizovanog kriminala, sporazum o priznanju krivice i poseban institut priznanja krivice kao ubrzani tip postupka. Time je krivični postupak dobio karakteristike postupka mješovitog tipa.

Sljedeći primjer je ***Italija***. Iako je krivični postupak inkvizitorskog (kontinentalnog) tipa nastao upravo u Italiji, zakonodavstvo ove zemlje je 1981. godine prihvatilo nove ideje i u postupak implementiralo akuzatorske elemente, prebacivši težište procesnih aktivnosti sa suda na stranke.[11] Međutim, italijanski krivični postupak još i danas sadrži mnoge elemente koji su karakteristični isključivo za postupke kontinentalno-evropskog tipa. Iako je *organizovan kao spor između stranaka, stranke nemaju potpunu inicijativu, jer je sud i dalje ovlašten da postavlja pitanja svjedocima i da traži izvođenje dokaza koje on smatra potrebnim*. Pored toga, odstupljeno je od tipično akuzatorskog pravila da nije moguće koristiti iskaze iz istrage, pa policijski službenici mogu biti saslušani na okolnosti onog što su saznali na posredan način, iskaz saučesnika iz istrage može biti korišten kao dokaz na glavnom pretresu, a iskaz svjedoka iz istrage može se koristiti radi ocjene validnosti iskaza tog svjedoka u glavnom postupku. Iz navedenog proizilazi da je „novi" postupak organizovan kao spor stranaka i to mu daje obilježja postupka akuzatorskog tipa, dok je sud i dalje odgovoran za utvrđivanje činjeničnog stanja a taj element predstavlja ključno obilježje kontinentalno-evropskih postupaka. Stoga se opravdano može zaključiti da je italijanski krivični postupak i dalje postupak mješovitog tipa.

[10] U ovim slučajevima je proglašavan „odmetnikom od zakona" i nije mogao imati branioca. Pored toga, nije mu priznato pravo da podnosi žalbu na prvostepenu presudu. Detaljnije u Ivančević - Karas, E., opp. cit. strana 115.

[11] Damaška, M. (2006): Sudbina Anglo - Američkih procesnih ideja u Italiji, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu vol. 13 broj 1/2006, str. 9.

Danas se sličan slijed događaja odigrava u mnogim evropskim zakonodavstvima. Zbog opravdanih zahtijeva za povećanjem efikasnosti, većina evropskih zakonodavstava u postupke uvodi mnoge akuzatorske elemente i postupke organizuje kao spor ravnopravnih stranaka. Ipak, u većini od njih, sud i dalje ima značajnu ulogu u izvođenju dokaza. Na kraju možemo izvesti zaključak da se u evropskim procesnim zakonodavstvima odvija transformacija koja teče u smjeru uvođenja većeg ili manjeg broja akuzatorskih elemenata, čime nestaju mnoga tipično inkvizitorska obilježja i „novi" postupci dobijaju obilježja postupka mješovitog tipa.

2.2. Specifičnosti krivičnih postupaka zemalja common law sistema prava (Engleska i SAD)

Za sistem prava kojem pripadaju Engleska i SAD, u teoriji se najčešće koriste bar tri izraza – anglosaksonski sistem prava, common law sistem prava i anglo-američki sistem prava. Mi ćemo se opredijeliti za izraz common law sistem prava, jer nam se čini da taj izraz na najbolji način odražava suštinu daljeg izlaganja. Naime, izraz anglosaksonski sistem prava suviše je ograničen, jer asocira da se radi o starom engleskom običajnom pravu, iako Engleska nije jedina zemlja koja pripada ovom sistemu prava. Sljedeći izraz, anglo-američki sistem prava, takođe nije adekvatan, jer navodi na pomisao da samo Engleska i Američke federalne države pripadaju ovom sistemu prava, što takođe nije tačno. Na kraju treba istaći da izraz common law označava precedentno pravo sadržano u sudskim presudama, iako ni ovaj izraz nije bez nedostataka, jer, naročito **u SAD-u,** ***sudski precedenti nemaju isti značaj kao u Engleskoj***. U svakom slučaju, sudski precedenti u suštini predstavljaju osnov za donošenje odluke suda u svim zemljama koje pripadaju predmetnom sistemu prava, pa se stoga ispostavlja da izraz common law najbolje oslikava suštinu ovog pravnog sistema.

Common law sistem prava nastao je u Engleskoj, a njegova suština najbolje se vidi kroz obaveznu primjenu principa „***stare decisis***".[12] Princip obavezuje sudove da prilikom donošenja odluke u konkretnom predmetu, primijeni stav (presedan) koji su sudovi ranije zauzeli kada su rješavali o istom pitanju. Doktrina se primjenjuje u dva smjera - horizontalno i vertikalno. To u stvari znači

[12] Radi se o principu „Stare decisis et non quieta movere", koji ima doslovno značenje: Pridržavati se već donesenih odluka i ne narušavati riješena pitanja. Detaljnije kod Ilić, G. (2008): Organizacija krivičnog sudstva u SAD, zbornik Uvod u pravo SAD, Institut za uporedno pravo, Beograd, urednik dr Jovan Ćirić, Goragraf, Beograd, str. 95.

da je postupajući sud obavezan primijeniti stav koji su u sličnom slučaju prethodno zauzeli sudovi istog ranga (horizontalno), a kod postojanja više precedenata stav višeg suda ima prioritet u primjeni (vertikalno). Prema ***izvornom engleskom sistemu prava common law***, sud je obavezan da prihvati stav koji su u svojim presudama sudovi prethodno zauzeli kada su odlučivali o istom pitanju, dok pisani izvori (***zakoni) imaju sporedan značaj*** (nisu osnov za donošenje presude). U svakom slučaju, uticaj engleskog prava postepeno se širio na druge zemlje i na druge kontinente, te su osnovna načela i pravila ovog postupka bivala prihvaćena u zemljama sjevernoameričkog kontinenta, Australije, južnoj Aziji i u južnoj Africi.

Masovna naseljavanja teritorije sjeverne Amerike od strane naseljenika koji su stizali iz raznih zemalja, najviše iz zemalja engleskog govornog područja, po logici stvari dovela su do recepcije anglosaksonskog prava. Primjena common law prava na novoj teritoriji dobila je nove podsticaje 1608 godine, kada je engleski sud u predmetu Calvin (tzv. Calvin' case) zauzeo stav da do primjene common law prava u kolonijama na sjeveru američkog kontinenta može doći samo u onoj mjeri u kojoj su njegova pravila odgovarala vladajućim uslovima života.[13] Iako je 1776. godina posljedično dovela do podozrenja prema recepciji common law prava i isticanja potrebe za izgradnjom vlastitih pravila postupka, jezik i porijeklo većine naseljenika donijeli su odlučujuću prevagu, tako da su precedenti ostali značajan izvor prava, a common law zadržao dominantnu ulogu. Slično prethodnom, Luizijana[14] je bila francuska kolonija čiji pravni sistem je ostao pod vrlo jakim uticajem francuskog prava, pa je Luizijana i danas ostala jedina američka federalna država čiji pravni sistem ne pripada common law sistemu prava.

Danas je pravo ***SAD u najvećoj mjeri sadržano u zakonima***, pa svaka federalna država ima vlastite zakone, a savezna država ne raspolaže opštim zakonodavnim ovlaštenjima u oblasti krivičnog prava.[15] Uticaj engleskog prava je minoran, pošto je *princip „stare decisis"* bitno modifikovan i *nema ni približno značaj kao u engleskom pravu*.

[13] E. A. Faranswort, kod Ilić, opp.cit.
[14] Dobila je ime po francuskom kralju Luju.
[15] Vranjanac, D. (2008): Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih država, zbornik Uvod u pravo SAD, Institut za uporedno pravo, Beograd, urednik dr Jovan Ćirić, Goragraf, Beograd, str.

Iako se klasičan model Common law sistema prava ranije vezivao prvenstveno za Englesku, SAD se smatraju najboljim reprezentom ovog sistema. Čini se da razlog za to leži u nespornoj činjenici da se na tlu Amerike ovaj sistem brže prilagodio potrebi vođenja postupka u novonastalim okolnostima i ponudio nova rješenja koja su efikasnija i u mnogim segmentima više odgovaraju potrebama novog doba. To ne znači da se u Engleskoj ne odvijaju promjene u istom smjeru, jer se danas najveći broj krivičnih djela i u Engleskoj propisuje zakonom (statutima). U istom kontekstu napominjemo kako je, za razliku od Engleske, Škotska još uvijek vrlo privržena common law sistemu, pa usprkos tome što danas i u Škotskoj postoje krivična djela koja su propisana zakonom, veći je broj krivičnih djela koja se preuzimaju iz common law sistema prava (običajnog prava). Generalno se može izvrsti zaključak da krivično-procesno zakonodavstvo i sudska praksa svih navedenih zemalja imaju najviše karakteristika koje ih svrstavaju u grupu zemalja common law sistema prava.

2.3. Uporedne karakteristike između krivičnih postupaka zemalja kontinentalno-evropskog i common law sistema prava (Njemačka i SAD)

Izlaganje osnovnih karakteristika većeg broja država koje pripadaju jednom velikom sistemu prava bilo bi pretjerano opširno, ali ne bi doprinijelo boljem razumijevanju predmetne materije. Zato ćemo uporediti opšte karakteristike postupaka dviju zemalja u čijim postupcima su striktnije naglašeni neki osnovni elementi različitih sistema prava, Njemačke kao zemlje čije procesno zakonodavstvo se svrstava u zakonodavstva kontinentalnog sistema prava jer postupak sadrži mnoge inkvizitorske elemente, te SAD, kao zemlje common law sistema prava, u kojoj se primjenjuje isključivo akuzatorski model krivičnog postupka.

Za Njemački krivični postupak karakteristična je ***inkvizitornost***, koja postupajućem sudu daje odlučujuću ulogu u postupku izvođenja svih dokaza i presuđenja,[16] kao i dosljedna primjena načela legaliteta, koje obavezuje tužioca da preduzima gonjenje učinioca uvijek kada postoji dovoljno dokaza koji upućuju

[16] Članom 244 stav 2 njemačkog zakona doslovno je potvrđeno ovo načelo: „U cilju utvrđivanja istine sud treba po službenoj dužnosti provesti dokazni postupak za sve činjenice i dokaze koji su bitni za donošenje odluke".

na zaključak da je učinjeno krivično djelo i ograničava sporazumijevanje procesnih stranaka.[17]

Nasuprot prethodno opisanoj organizaciji krivičnog postupka, osnovne karakteristike Američkog krivičnog (kaznenog) postupka su ***akuzatornost***, koja se oslikava kroz dominantnu stranačku dispoziciju prilikom izvođenja dokaza i disponiranja predmetom postupka (krivičnim djelom, krivicom i kaznom), primat krivičnog procesnog prava nad krivičnim materijalnim pravom, te nadležnostima porote.

U Njemačkom zakonodavstvu (i u zakonodavstvima većine evropskih zemalja) striktno su *razdvojena pitanja materijalnog i* pitanja *procesnog* krivičnog zakonodavstva.

Nasuprot prethodnom, u SAD-u *nisu striktno razdvojena krivično-materijalna pitanja od krivično-procesnih pitanja*. To je naročito izraženo kod odbrane, jer se sasvim uopšteno govori o pitanjima postojanja krivičnog djela, isključenja subjektivnog elementa krivičnog djela zbog neuračunljivosti i u drugim slučajevima, zastarjelosti gonjenja učinioca (pitanja u domenu materijalnog krivičnog zakonodavstva), smetnji za preduzimanje gonjenja, imuniteta, načela ne bis in idem, alibija, nevaljanim dokazima (u domenu procesnog zakonodavstva).[18] Treba istaći da su dozvoljene brojne mogućnosti netradicionalne odbrane, kao što su npr. neuobičajena vjerska uvjerenja,[19] religijska praksa, predmenstrualni sindrom, kompulzivno kockanje, post-traumatski stresni sindrom, konzumacija „brze hrane", intoksikacija gledanjem televizije, pornografskih sadržaja, hromozomska abnormalnost, postojanje dvostruke ličnosti i drugi.[20]

[17] Ivančević-Karas, E. (2010): O reformama suvremenog francuskog kaznenog postupka iz aspekta jačanja procesne uloge državnog odvjetništva, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 1/10, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 1170.

[18] Škulić, M. (2013): Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu Srpskog krivičnog postupka, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 182.

[19] Primjer odbrane za krivično djelo ubistva izvršeno tako što je djevojka izbola svog partnera sa 17 udaraca, 5 puta pucala pištoljem i isjekla ga usmrtila zbog vjerskog uvjerenja, vidi: Ariz. Woman Faces Death Penalty in Boyfriend's Slaying, dostupno na adresi http://abcnews.go.com/Nightline/video/ariz-woman-faces-death-penalty-boyfriends - slaying-18118911.

[20] Ibid.

U Njemačkoj su jako izraženi tradicionalni instituti ***nužne odbrane***, krajnje nužde i drugi, te je dozvoljeno koristiti oružje, primjenjivati silu ili druga sredstva samo kao krajnju mjeru, te pri tome koristiti sredstva odbrane koja su objektivno neophodna i srazmjerna.
U SAD-u, zaštita određenih prava može se ostvariti i u situacijama kada objektivno nije potrebno reagovati, ili kada nije neophodno upotrebiti određena sredstva odbrane ili na način koji u kontinentalnim zakonodavstvima nije u skladu sa zakonom i stavovima sudske prakse. U tom kontekstu, značajno je ukazati na princip „*ne odstupaj*“, prema kojem lice koje je prethodno bilo napadnuto i odbranilo se, ima pravo da puca na napadača koji bježi.
U SAD-u, vlasniku privatne imovine dozvoljava se da svoju imovinu štiti na različite načine, dok mu se u određenim ekscesnim situacijama tolerišu sredstva i načini zaštite, koji bi u većini zemalja kontinentalnog sistema prava bili protivpravni i doveli do osude onoga ko na sličan način (nesrazmjeran sa vrijednošću ugroženog dobra) *štiti svoju imovinu*. Slikovit je primjer mladića koji se pijan vraćao sa maturske zabave i tražeći ulazna vrata svoga stana, koji se nalazio u nizu spolja potpuno istih zgrada, greškom otvorio vrata neke druge zgrade i stana, a vlasnik „pogrešnog“ stana je „branio svoje pravo“ vlasništva tako što je pucao u mladića (koji nije bio naoružan) i lišio ga života. Protiv vlasnika kuće nije pokrenut postupak za ubistvo mladića, jer je sud ocijenjeno kako svako ima pravo da štiti svoju imovinu. Ako bi ovu situaciju prenijeli u Njemačku ili u većinu zemalja kontinentalnog sistema prava, jasno je da bi protiv vlasnika stana bio pokrenut postupak i da bi on odgovarao za krivično djelo ubistva; isti krivični postupak protiv vlasnika stana bi se takođe vodio i u novonastalim balkanskim državama.

Za ***pretres stana*** u SAD-u potrebno je da postoje dokazi koji ukazuju da je predmet, koji se traži putem pretresa, povezan za izvršenjem konkretnog krivičnog djela, te da se u tom stanu pretresom može pronaći upravo taj predmet (dokaz). Jača zaštita prava vlasništva SAD-u dovela je do stava da je pretres stana moguće izvršiti samo na osnovu naloga za pretres koji na zahtjev policije izdaje magistrat (sud). Magistrat ima značenje sudskog službenika, koji ne mora biti profesionalni sudija, ali mora imati pravno obrazovanje. Dakle, prije nego što zatraži izdavanje naloga za pretres, policija je obavezna sačiniti pisani dokument u kojem navodi razloge za izdavanje sudskog naloga. Ako osumnjičeni dokaže da su podaci iz tog dokumenta lažni, sud mu može dozvoliti da ispita policajca koji je tražio izdavanje naloga za pretres i da sasluša druge svjedoke čiji iskazi bi mogli biti od koristi za osumnjičenog. Nalog se može

pobijati i ukoliko mogući učinilac nije identifikovan sa vjerovatnoćom od najmanje 50%.[21] U svakom slučaju, ako policija bez sudskog naloga izvrši pretres stana i tamo pronađe neki važan dokaz, taj dokaz nije moguće koristiti jer je nezakonit.

Suprotno prethodnom, dokazi pribavljeni nezakonitim pretresom stana u Njemačkoj neće uvijek biti izdvojeni iz spisa kao nezakoniti, pošto je u određenim slučajevima (npr. razlozi hitnosti) dozvoljen pretres stana i bez naredbe suda (može i po naredbi tužioca, ali sud odlučuje da li će odobriti ovaj dokaz kao zakonit). Sud u svakom pojedinačnom slučaju cijeni da li je došlo do povrede nekog od ljudskih prava iz Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kolika je težina zadiranja u pravo na povredu doma (povreda ovog prava se ne mora odnositi samo na fizičko lice, to može biti i pravno lice, advokatska kancelarija i slično), odnosno da li se time jače ugrožava privatni ili javni interes, i drugo.

U Njemačkoj, za ***pretres lica*** neophodan je sudski nalog, a dokaz pribavljen bez naloga za pretres u pravilu je nezakonit. Lice se može lišiti slobode samo ukoliko je učinilo neko teško krivično djelo ili kada objektivno postoji opasnost da može ugroziti druga lica ili učiniti novo krivično djelo (na ovu mogućnost ukazuje npr. okolnost da je ranije osuđivan za djelo vezano za upotrebu oružja i slično), te ukoliko postoje drugi dokazi koji ukazuju na sumnju da je upravo to lice učinilac predmetnog krivičnog djela.

Nasuprot prethodnom, u SAD-u za pretres lica u pravilu nije potrebna naredba suda. Razlog za takav stav polazi od činjenice da SAD ima 330.000.000 stanovnika koji statistički imaju isto toliko komada raznog oružja, promet oružja je izuzetno liberalizovan[22] pa svako u prodavnici može kupiti ili poručiti „kataloški" bilo kakvo oružje, te ga upotrebljavati bez bilo kakvih dodatnih procedura ili drugih formalnosti. Upotreba oružja vrlo je česta i dešavaju se mnoga ubistva, a broj lišenja slobode u SAD-u daleko je veći nego u Njemačkoj. Sve to posljedično utiče na kreiranje pravila krivičnog postupka. Krivični postupak počinje lišenjem slobode i to je sasvim uobičajeno u većini država,

[21] U predmetu Wong Sun v. US, 371 US 471 (1963), više prodavaca heroina imalo je isti nadimak, pa je hapšenje samo jednog od tih lica bilo bez osnova sumnje da je policija imala podatke upravo za uhapšeno lice. Slično je i u predmetu Mallory v. US 354 U.S: 449 (1957) kada su uhapšena tri lica obojene puti jer su imali pristup podrumu u kojem je jedno lice obojene puti izvršilo silovanje. Detaljnije kod Simović, M. (2016): Značenje pojmova „osnovana sumnja" i „nalog za pretres stana" u kontekstu četvrtog amandmana na Ustav SAD, Pravna riječ, Banja Luka, Udruženje pravnika Republike Srpske.

[22] Tom doprinosi izuzetno moćan lobi proizvođača i prodavaca oružja.

prilikom lišenja slobode obavezno se vrši pretres lica, a za pretres nije potrebna naredba (nalog) suda, te se licu koje se lišava slobode na ruke obavezno stavljaju lisice. Naravno, to nije moguće ako ne postoji osnov sumnje da je učinio krivično djelo.

Značajno je ukazati na ***ovlaštenja i moguću odgovornost policije*** za svoja postupanja prilikom obavljanja svojih redovnih zadataka. Policajci u 50 federalnih država SAD-a imaju vrlo široka ovlaštenja u korištenju oružja i upotrebi sile, te po pravilu ne odgovaraju ni u slučajevima kada korištenje oružja ili upotreba sile nije bilo neophodno u konkretnoj situaciji.
U Njemačkoj ili u bilo kojoj od zemalja kontinentalnog sistema prava, policajac ne može postupati na ovakav način, jer policija djeluje pod nadzorom tužioca a sud štiti svaku povredu prava pojedinca, te je stoga jasno da su slična postupanja policajca nedozvoljena i da bi u ovom slučaju odgovarao za krivično djelo.
Ovlaštenja i položaj sudije (vijeća, porote) u postupku pred sudovima u Njemačkoj i SAD-u, dijametralno je različita. U Njemačkoj, glavni postupak vodi se prema inkvizitorskom modelu. Za lakša krivična djela (za koja je propisana zakonska kazna zatvora do dvije godine) nadležan je sudija pojedinac, a za djela sa propisanim težim kaznama sude vijeća u mješovitom sastavu (sudije profesionalci i laici - građani). Sudija je dominus litis (gospodar) postupka, on rukovodi postupkom i samostalno izvodi dokaze o svim činjenicama koje su relevantne; on prvi saslušava svjedoke i kada završi sa ispitivanjem, stranke (tužilac i odbrana) postavljaju pitanja. Na kraju, sud donosi odluku o postojanju ili nepostojanju krivice optuženog, pa ukoliko utvrdi postojanje krivice optuženog, izriče mu sankciju. Ako se sudi u vijeću, isto vijeće donosi odluku o krivici i o sankciji.
U SAD-u, izuzimajući situacije kada je za postupanje nadležan sudija pojedinac, sud čini porota u čijem se sastavu nalaze laici („obični" građani), porota donosi odluku o svim činjeničnim pitanjima, dok sudije profesionalci odlučuju o pravnim pitanjima (odluka o vrsti i mjeri kazne). Tokom suđenja, članovi porote ponašaju se kao pasivni posmatrači, jer nemaju pravo da postavljaju bilo kakva pitanja. Sudija takođe ne može postavljati pitanja.
Položaj tužioca takođe se razlikuje u mnogim segmentima. U Njemačkoj, tužioci su državni službenici koji djeluju kao članovi državnotužilačke organizacije, njihova organizacija zasniva se na hijerarhijskom osnovu, na svakom tužilačkom nivou nalazi se jedan glavni tužilac koji ima široka ovlaštenja, a tužioci na tom nivou mu odgovaraju za svoje djelovanje. Lokalne zajednice, bez obzira o kojem nivou se radi, nemaju nikakve ingerencije nad tužiocima.

Suprotno prethodnom, u SAD-u, tužioci su politički snažne figure koje biraju lokalne zajednice, a izbor se vrši svake četiri godine.[23]

Suštinska razlika takođe postoji i u pogledu prava stranaka da izvrše ***uvid u dokaze***.
U njemačkom zakonodavstvu propisano je da odbrana ne mora odbrani dati dokaze na uvid sve do podizanja optužnice, pa branilac tek nakon dostave optužnice i dokaznog materijala sudu (koji se nakon dostave čuvaju u sudu) može izvršiti uvid u spise i dokaze (član 147).
Suprotno prethodnom, u SAD-u pravo uvida i kopiranja dokaza - razotkrivanje dokaza (engl. discovery, disclosure) vrijedi kako za tužioca, tako i za odbranu.

ZAKLJUČAK

Procesna zakonodavstva u Bosni i Hercegovini odlikuje nekoliko nedostataka koji utiču na efikasnost krivičnih postupaka i ponekad nedovoljno štite ljudska prava.
Institut suđenja u odsustvu optuženog postoji u procesnim zakonodavstvima i sudskoj praksi svih zemalja koje su nastale nakon raspada Jugoslavije, ali ne postoji u zaknodavstvima u Bosni i Hercegovini. Uvođenjem instituta suđenja u odsustvu u naša zakonodavstva stvarno i formalno smanjio bi se broj predmeta koje nije moguće završiti zbog nedostupnosti optuženog, a predmeti koji se sada u CMS sistemu evidentiraju kao neriješeni dobili bi status riješenih.
Pošto se u optužnicama navode podaci o ranijim osudama optuženih, sud na posredan način i to prije nego što ocjeni sve dokaze i zauzme stav o postojanju ili nepostojanju krivične odgovornosti optuženog, dobija predstavu o optuženom kao licu koje je sklono ili nije sklono vršenju krivičnih djela. Nepostojanje podataka o osuđivanosti ili neosuđivanosti u optužnici eliminisalo bi mogućnost sticanja predubjeđenja o optuženom u toku glavnog pretresa, a sudu bi ovi podaci trebali biti dostupni poslije iznošenja svih dokaza u glavnom postupku, ali prije trenutka iznošenja završnih riječi stranaka.
Pravilo da se glavni pretres nakon odgađanja može nastaviti u roku do 30 dana ili čak u dužem roku u praksi se primjenjuje tako da se u pravilu ostavlja relativno dugačak rok, čime se značajno usporava tok krivičnog postupka. U cilju ubrzavanja toka glavnog pretresa potrebno je uvesti pravilo o suđenju u kontinuitetu ili skrati rok za nastavak glavnog pretresa.

[23] Đurđević, opp. cit., str. 93.

Bibliografija:

1. Bojanić, I. i Đurđević, Z. (2008): Dozvoljenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008.
2. Soković, S. (1997): Dokazivanje indicijama, Kragujevac, Jefimija, urednik Slobodan Pavičević.
3. Ivančević-Karas, E. (2010): O reforma suvremenog kaznenog postupka sa aspekta jačanja procesne uloge državnog odvjetništva, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2010, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
4. Damaška, M. (2006): Sudbina Anglo - Američkih procesnih ideja u Italiji, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu vol. 13 broj 1/2006.
5. Ilić, G. (2008): Organizacija krivičnog sudstva u SAD, zbornik Uvod u pravo SAD, Institut za uporedno pravo, Beograd, urednik dr Jovan Ćirić, Goragraf, Beograd.
6. Vranjanac, D. (2008): Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih država, zbornik Uvod u pravo SAD, Institut za uporedno pravo, Beograd, urednik dr Jovan Ćirić, Goragraf, Beograd.
7. Škulić, M. (2013): Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu Srpskog krivičnog postupka, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Simović, M. (2016): Značenje pojmova „osnovana sumnja“ i „nalog za pretres stana“ u kontekstu četvrtog amandmana na Ustav SAD, Pravna riječ, Banja Luka, Udruženje pravnika Republike Srpske.
9. Stojanović, Z. (2007): Krivično pravo Opšti deo, četrnaesto izdanje, Beograd: Pravna knjiga.
10. Pajčić, M. (2017): Obavezna odbrana - povreda prava okrivljenika da se brani sam?, na Internet stranici https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/2017OBVEZNA_OBRANA__POVREDA_PRAVA_OKRIVLJENIKA_DA_SE_BRANI_SAM.pdf

Adina Karadža, kantonalni tužilac Kantonalnog tužilaštva Zeničko – dobojskog kantona

ISTRAŽIVANJE I DOKAZIVANJE KRIVIČNIH DJELA U VEZI SA STEČAJEM I PRIVATIZACIJOM

Opšti prikaz teme: Rad se odnosi na metode i načine istraživanja i dokazivanja krivičnih djela u vezi sa stečajem i privatizacijom. Poseban osvrt se odnosi na zakonsku regulativu uz analizu primjera iz sudske prakse.
Metodologija izrade rada je podrazumijevala primjenu metode analize, koja se koristila u teorijskom i normativnom dijelu kako bi se detaljnije analizirali pojmovi i karakteristike pojedinih pravnih instituta. Korištena je i metoda sinteze, kako u teorijskom, tako i u praktičnom dijelu rada.
Rezultati rada: Krivična djela u vezi sa stečajem se ne mogu posmatrati izolovano u odnosu na ostala krivična djela protiv privrede, obzirom da su ona uslovljena historijskim razvojem i transformacijom društvenih odnosa, naročito u zemljama u tranziciji. Zbog svoje prisutnosti u svim privrednim djelatnostima, kao i zbog različitih oblika radnji izvršenja, ovaj oblik kriminaliteta se pojavljuje kao jedan kompleksan društveni problem. Posljedice koje nastaju vršenjem ovih krivičnih djela se odražavaju ne samo u politici i ekonomiji, već i na materijalnom i socijalnom planu.
Zaključak: Ne treba zanemariti činjenicu da su privredna struktura i zakonodavni okvir njene zaštite preduslov suzbijanja privrednog kriminaliteta. Mora se težiti izradi jedinstvenih kriterijima i institucija koje bi pratile transformaciju privatizacije privrednih subjekata. U cilju zaštite i bolje izgradnje privrednog sistema, potrebno je težiti primjeni preventivnih i represivnih mjera kroz donošenje konzistentnih ekonomskih mjera nadležnih državnih organa i odgovarajućih pravnih propisa.
Ključne riječi: Privredni sistem; Privatizacija; Stečaj; Solventnost; Insolventnost; Likvidnost; Stečajni povjerilac; Stečajni dužnik.

"INVESTIGATION AND PROVING OF CRIMINAL ACTIVITIES IN CONNECTION WITH BANKRUPTCY AND PRIVATIZATION"

General overview of the topic: The writing deals with the methods and ways of investigating and proving criminal offenses related to bankruptcy and privatization. A special review relates to legal regulations with an analysis of examples from case-law.

The methodology of workmanship implied the application of the method of analysis, which was used in the theoretical and normative part in order to analyze in more detail the notions and characteristics of certain legal institutes. The synthesis method is used both in theoretical and practical work.
Work results: Bankruptcy offenses can not be viewed as isolated in relation to other criminal offenses against the economy, since they are conditioned by historical development and transformation of social relations, especially in countries in transition. Due to its presence in all economic activities, as well as due to various forms of acts of execution, this form of crime appears as one complex social problem. The consequences that result from the commission of these crimes are reflected not only in politics and economy, but also in material and social terms.
Conclusion: One should not ignore the fact that the economic structure and the legal framework of its protection are a prerequisite for the suppression of economic crime. One must strive to create unique criteria and institutions that would accompany the transformation of privatization of businesses. In order to protect and better build the economic system, it is necessary to strive for the application of preventive and repressive measures through the adoption of consistent economic measures of the competent state authorities and relevant legal regulations.
Keywords: Economic system; Bankruptcy; Solvency; Insolvency; Liquidity; Bankruptcy creditor; Bankruptcy debtor**.**

Uvodne napomene

Krivična djela u vezi sa stečajem i zloupotrebama u stečajnom postupku, u našoj državi propisana su krivičnim entitetskim zakonima, kao i krivičnim zakonom Brčko Distrikta i spadaju u grupu krivičnih djela protiv privrede, poslovanja i sigurnosti platnog prometa (Glava XXII KZ FBiH, Glava XXIV KZ RS i Glava XXII KZ BD). Krivična djela protiv privrede i platnog prometa su mnogobrojna i sadržajno različita, pa se postavlja pitanje da li se uopšte može govoriti o njihovim zajedničkim karakteristikama. Kao sporno postavlja se, da li se može govoriti o zajedničkom objektu zaštite kod ovih krivičnih djela, ili je, pak, riječ o više zaštitnih objekata, tako da se praktično radi o više grupa krivičnih djela. Tačno je da se krivična djela iz ove grupe vrše u raznim oblastima privrednih djelatnosti, da se njima štite različiti društveni odnosi koji se u tim oblastima javljaju. Nema ni jednog djela koje je upravljeno na privredu u cjelini, na čitav privredni sistem. Međutim, ako sve ove napade na različite privredne odnose uzmemo u cjelini, mogli bi smo reći da je postojeći

privredni sistem u našoj zemlji zajednički zaštitni objekt. Štiti se poslovanje u privredi, postojeći monetarni sistem, proizvodnje i razmjena, prirodna bogatstva zemlje i dr. U tom smislu se može govoriti da je svako djelo iz ove grupe neposredno ili posredno upravljeno protiv privrede. Većinu krivičnih djela iz ove glave može izvršiti svako lice. Bića nekih krivičnih djela tako su određena da mogu biti ostvarena samo radnjama onih lica koja rade u privrednim društvima kao što je slučaj sa djelima zloupotreba monopolističkog položaja i obmanjivanje kupaca. Kod nekih krivičnih djela traži se posebno svojstvo takvog lica kao npr. svojstvo ovlašćenog procjenjivača kod krivičnog dijela zloupotrebe procjene, kod većeg broja krivičnih djela kao njihov izvršilac označeno je odgovorno lice.

Pojam stečaja

Postoje mnogobrojne i različite definicije stečaja, ali je nesporno da je stečajni postupak ekonomsko-pravna norma koja je posljedica finansijskog propadanja privrednog subjekta. Sa ekonomskog stanovišta, stečaj predstavlja stanje koje prouzrokuje nestanak subjekta privrednog poslovanja iz privrednog života, u kome se nalazi dužnik koji je obustavio plaćanje dospjelih potraživanja usljed insolventnosti, sa jedne strane, i povjerilaca čiji su interesi za namirenje tih potraživanja, sa druge strane. U pravnom smislu, stečaj je sudski postupak u kome se vrši kolektivno namirenje svih povjerilaca iz imovine insolventnog dužnika. Uzroci koji dovode do stečaja mogli bi se podijeliti na uzroke objektivne i subjektivne prirode. Uzroci objektivne prirode su ekonomska recesija i tranzicija socijalističkih zemalja kroz privatizaciju, dok su subjektivni uslovi, loš marketing preduzeća, loše upravljanje i loš menadžment, prema tome, ne možemo govoriti o stečaju, a da ne pomenemo i privatizaciju. **Privatizacija** u našoj zemlji regulisana je entitetskim (i kantonalnim) zakonima koje sprovode entitetske agencije za privatizaciju (organizuju prodaju i nadziru provedbu ugovora) i u tom procesu nastale su razne zloupotrebe same privatizacije, a najčešći oblici zloupotrebe privatizacije su neispunjavanje ugovora u vezi sa: pokretanjem ili nastavkom obavljanja registrovane djelatnosti, zadržavanjem radnika, novim zapošljavanjem, investicijama, izmirenjem preuzetih obaveza i sl. Kao posljedica rata i zbog restrukturisanja privrede u Bosni i Hercegovini, kod mnogih privrednih društava pokrenut je stečajni postupak što je, takođe, u nekim slučajevima iskorišćeno za zloupotrebu procesa stečaja. Osnovni izvori kriminalne djelatnosti u procesima privatizacije nalaze se u poziciji državnih službenika, da u manjem ili većem stepenu utiču na proces promjene i

primjene vlasničkih prava nad određenom imovinom i na taj način selekcijom određenih privilegovanih pojedinaca ili grupa obezbjeđuju sebi ili njima značajna finansijska sredstva. Proces birokratije igra veoma važnu ulogu za blokiranje procesa privatizacije ostavljajući mogućnost privilegovanim pojedincima i grupama da u procesima spontane privatizacije izvrše ilegalno prelivanje kapitala iz državnih i društvenih preduzeća u ona koja su pod kontrolom privatnih vlasnika. Vrijednost kapitala koji se transformiše, obično se umanjuje, a što ukazuje na prethodni dogovor i namjeru da se novom vlasniku „preda" imovina po nižoj cijeni. Uslovi koji pogoduju korupciji pojavljuju se i u slučajevima kada se društvena imovina umanjuje putem nagomilanih obaveza, u cilju netačnog prikazivanja vrijednosti te imovine prilikom prodaje, uz istovremeno davanje privilegovanog položaja pojedinim subjektima poslovanja, najčešće od strane odgovornih lica preduzeća, privrednih subjekata koji se privatizuju. Zbog toga, opravdano je sankcionisanje ovakvih ponašanja i njihovo propisivanje kao krivična djela.

Razlozi za pokretanje stečajnog postupka

Razlog za pokretanje stečajnog postupka je insolventnost dužnika. Ona postoji u slijedećim slučajevima: **1. Ako je trajnije nesposoban za plaćanje** – smatra se da nesposobnost za plaćanje postoji ako dužnik u periodu od 30 dana neprekidno ne izmiruje svoje dospjele novčane obaveze svim povjeriocima. Činjenica da dužnik izmiruje neke od obaveza ne znači da je sposoban za plaćanje; **2**. **Zbog očekivane insolventnosti i za buduće obaveze**. Iz ovog razloga prijedlog za pokretanje postupka može podnijeti samo stečajni dužnik.
Elementi insolventnosti: -Da dužnik ne izvršava svoju obaveza plaćanja u zakonskom roku, -da su predmet plaćanja novčane obaveze, -da su te novčane obaveze dospjele.
U BiH insolventnost je opći i glavni razlog za pokretanje stečajnog postupka. Naime, u našoj praksi najčešći slučajevi su pokretanje stečajnog postupka zbog obaveza jer se na taj način pokušavaju izbjeći obaveze prema državi (porezi i doprinosi), zaposlenim, dobavljačima, poslovnim bankama i dr. Stečaj predstavlja ekonomsko stanje privrednog društva u kome društvo više ne raspolaže sa tolikom imovinom iz koje bi moglo da izmiri potraživanja prema svojim povjeriocima. Stečaj, u pravilu, nastaje kao posljedica neracionalnog ili nesavjesnog postupanja odgovornog lica.

Zakonska regulativa

U FBiH uvjeti za otvaranje stečajnog postupka, stečajni postupak, pravne posljedice njegovog otvaranja i provođenja, uređeni su Zakonom o stečajnom postupku (Sl. novine F BiH br. 29/03, 32/04, 42/06, 4/17-Odluku US i 52/18). Prema odredbama ovog zakona, stečajni postupak se pokreće pisanim prijedlogom, a za podnošenje prijedloga ovlašteni su stečajni dužnik i svaki onaj povjerilac koji ima pravni interes za provođenje stečajnog postupka. Ukoliko je stečajni dužnik pravno lice, organ ovlašten za zastupanje je u slučaju nastupanja platežne nesposobnosti, dužan, bez odlaganja podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u roku od 30 dana od nastupanja platežne nesposobnosti. Zakonom su regulisani organi i provođenje stečajnog postupka. Sudija upravlja stečajnim postupkom od podnošenja prijedloga za otvaranje pa do završetka stečajnog postupka. Stečajni sudija imenuje vještaka u stečajnom postupku, privremenog stečajnog upravnika, članove privremenog odbora povjerilaca i stečajnog upravnika i vrši pravni nadzor nad radom privremenog stečajnog upravnika i stečajnog upravnika. Zakonom je propisana i odgovornost privremenog stečajnog upravnika, kao i odgovornost i osiguranje stečajnog upravnika. Takođe, isti zakon u poglavlju VI propisuje i Međunarodni stečaj, odnosno Međunarodnu nadležnost Suda u Federaciji. Naime, nadležni stečajni Sud u Federaciji isključivo je nadležan za provođenje stečajnog postupka protiv stečajnog dužnika čije je sjedište na području Federacije. Ako se dokaže da se središte poslovnog djelovanja stečajnog dužnika nalazi u inostranstvu, a njegovo sjedište je upisano u Federaciji, nadležni stečajni sud u Federaciji isključivo je nadležan za provođenje stečajnog postupka protiv tog stečajnog dužnika, ako se prema pravu države u kojoj stečajni dužnik ima središte poslovnog djelovanja ne može otvoriti stečajni postupak po tom osnovu (isključiva nadležnost). Ovaj postupak obuhvata cjelokupnu imovinu stečajnog dužnika bez obzira na to da li se ta imovina nalazi u Federaciji ili inostranstvu. Zakonom su propisani i prekršaji i to za odgovorno lice stečajnog dužnika, privremenog stečajnog upravnika i stečajnog upravnika. Danom stupanja na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o stečaju i likvidaciji (Sl. novine FBiH broj 23/98). Zadnja izmjena Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH je izvršena radi usklađivanja sa presudom Ustavnog suda FBiH od 23.marta 2016. godine, kojom je utvrđeno da čl. 33. i 40. Zakona o stečajnom postupku nisu u saglasnosti s Ustavom Federacije BiH. Izmjenama tog zakona potraživanja radnika su stavljena na „viši isplatni red“. Naime, u potraživanja višeg isplatnog reda ulaze potraživanja radnika i prijašnjih dužnikovih radnika nastala do dana otvaranja

stečajnog postupka iz radnog odnosa u ukupnom bruto iznosu, otpremnine do iznosa propisanog zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom i potraživanja po osnovu naknade štete pretrpljene zbog povrede na radu ili profesionalne bolesti. Ustavni sud F BiH je takvu presudu donio svojevremeno odlučujući o apelaciji potpredsjednika F BiH Milana Dunovića. On je osporio odredbe što su ograničavale broj i visinu plaća koje treba namiriti radnicima firmi u stečaju. U Obrazloženju presude navedeno je da je Ustavni sud Federacije BiH nedvosmisleno utvrdio da potraživanja iz radnog odnosa, a što proizilazi iz prakse Evropskog suda, čine dio imovine osoba koje se nalaze u radnom odnosu, uključujući i zaposlenike stečajnog dužnika, te se stoga potraživanja iz radnog odnosa pojavljuju kao imperativ koji mora da se poštuje bez izuzetka. „To su potraživanja koja po praksi pomenutog suda čine objekat zaštite u smislu člana 1. Protokola 1. Evropske konvencije i da je s obzirom na ove činjenice Parlament Federacije Bosne i Hercegovine kao donosilac osporenih odredbi Zakona bio dužan osigurati neometano uživanje imovine stečene radom u vidu naknade za rad (plate) i drugih naknada licima koja se nalaze u radno-pravnom odnosu. Umjesto takvog postupanja, kako smatra Ustavni sud Federacije BiH, zakonodavac je odredbom člana 33. stav 2. osporenog zakona ograničio pravo na neometano uživanje imovine zaposlenika stečajnog dužnika i to po dva osnova. Ustavni sud Federacije BiH smatra da je odredbom iz zakona favorizirana jedna strana u radnopravnom odnosu-poslodavac, koji se oslobađa odgovornosti u fazi stečajnog postupka i koji na osnovu iste može da izbjegne svoje obaveze i odgovornosti u pogledu isplate znatnog dijela potraživanja iz radnopravnog odnosa. Analizom osporene odredbe člana 33. stav 1. i člana 40. Zakona i dovođenjem te odredbe u vezu s relevantnim pravom Ustavni sud Federacije je utvrdio da se iz stečajne mase prije stečajnih povjerilaca namiruju troškovi stečajnog postupka i dugovi stečajne mase i potraživanja koja potječu iz perioda privremene uprave, a koje nije mogao namiriti ni privremeni upravnik ni stečajni upravnik. U RS-u je stečajni postupak uređen novim Zakonom o stečaju koji je objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske br. 16 dana 02.03.2016. godine, a stupio na snagu 10. marta 2016. godine. Potreba za donošenjem novog zakona javila se iz razloga što je raniji Zakon o stečajnom postupku imao mnoge nedostatke koji su se prvenstveno ogledali u neblagovremenom pokretanju stečajnih postupaka, dužini trajanja istih, velikim troškovima koji su direktno vezani upravo za dužinu trajanja postupaka, nemogućnosti namirenja povjerilaca ili niskom procentu namirenja povjerilaca u stečajnom postupku, kao i u nemogućnosti reorganizacije dužnika prije pokretanja stečajnog postupka. Prva vidljiva promjena jeste promjena naziva zakona kojom

zakonodavac otklanja određene dileme, a koje se odnose na činjenicu da je raniji Zakon o stečajnom postupku pogrešno implicirao da je u pitanju samo procesno-pravni propis, dok novi Zakon o stečaju jasno implicira da je riječ kako o procesno-pravnom tako i materijalno-pravnom propisu. Novi zakon predviđa načela ekonomičnosti i hitnosti postupaka. Propisano je da su sudski i upravni postupci koji su u vezi sa postupkom restrukturiranja i stečajnim postupkom hitne prirode i prioritetno se rješavaju u odnosu na druge postupke, dok se stečajni postupak mora okončati **u roku od godinu dana,** a složenom slučaju u roku od dvije godine. Potpuno novi institut predviđen zakonom jeste postupak **restrukturiranja dužnika.** Prema zakonskoj definiciji postupak restrukturiranja se sprovodi radi uređivanja pravnog položaja dužnika i njegovog odnosa prema povjeriocima, a u cilju nastavka obavljanja njegove djelatnosti. Dakle, postupak restrukturiranja bi trebao da omogući "ozdravljenje" dužnika, kao i povoljnije uslove namirenja povjerilaca, a u cilju sprječavanja da se protiv dužnika pokrene i vodi stečajni postupak. Osnovni cilj postupka restrukturiranja jeste da se dužniku, koji je postao nelikvidan ili insolventan, omogući finansijsko restrukturiranje na osnovu kojeg će postati likvidan ili solventan, a da se povjeriocima omoguće povoljniji uslovi namirenja njihovih potraživanja od uslova koje bi povjerilac ostvario da je protiv dužnika pokrenut i vođen stečajni postupak. Propisano je da se postupak restrukturiranja može otvoriti ako se utvrdi postojanje prijeteće platežne nesposobnosti.

Krivična djela u vezi sa stečajem

Krivična djela iz ove oblasti regulisana su : **u KZ FBiH** (prouzrokovanje stečaja – član 243, lažni stečaj – član 244, zloupotreba u stečajnom postupku – član 245. zloupotreba u postupku privatizacije– član 248, izrada lažne bilanse – član 249, zloupotreba procjene – član 250, te nesavjesno privredno poslovanje iz člana 242. stav 2.); **u KZ BDBiH** (prouzrokovanje stečaja – član 237, lažni stečaj – član 238, zloupotreba u stečajnom postupku – član 239, zloupotreba u postupku privatizacije – član 242, izrada lažne bilanse – član 243, zloupotreba procjene – član 244); **u KZ RS** (zloupotreba lažnog stečaja – član 258, prouzrokovanje stečaja nesavjesnim poslovanjem – član 259, zloupotreba u stečajnom postupku ili postupku prinudnog poravnanja – član 261, oštećenje ili povlašćivanje povjerilaca – član 262). Navedena krivična djela možemo podijeliti na krivična djela koja utiču na pokretanje stečajnog postupka i krivična djela koja se mogu izvršiti u toku stečajnog postupka.

Krivična djela koja utiču na pokretanje stečajnog postupka su: prouzrokovanje stečaja iz člana 243. KZ F BiH, odnosno člana 259. KZ RS i člana 237. KZ BD BiH i lažni stečaj iz člana 244. KZ FBiH, odnosno člana 258. KZ RS i člana 238. KZ BD BiH. Krivična djela koja se mogu izvršiti u toku stečajnog postupka: Zloupotreba u stečajnom postupku iz člana 245. KZFBiH, odnosno člana 261. KZ RSi člana 239 KZ BD BiH i oštećenje povjerilaca iz člana 246. KZ F BiH, odnosno člana 262. KZ RS.

Krivično djelo „prouzrokovanje stečaja“

Krivično djelo prouzrokovanje stečaja spada u slučajeve tzv., insolvencijskih krivičnih djela. Djelo predstavlja svojevrstan vid nesavjesnog poslovanja odgovornih i drugih lica u privrednom društvu ili drugom pravnom licu koje se nalazi u stanju insolventnosti pri čemu pojam insolventnosti treba shvatiti u širem smislu odnosno ne samo kao nemogućnost namirenja povjerilaca uopće već i kao nemogućnost namirenja dijela odnosno većeg broja povjerilaca. Radnja izvršenja djela određena je alternativno i to kao: obustavljanje naplaćivanja svojih potraživanja s ciljem smanjenja buduće stečajne mase, prekomjerno trošenje, otuđenje imovine u bescjenje, preuzimanje nerazmjernih obaveza, lakomisleno korištenje i davanje zajmova, i sl. te umanjenje imovine na drugi način koji je u očitoj suprotnosti s urednim privređivanjem, a koji postupci vode daljem pogoršanju ekonomske situacije i još većoj prezaduženosti.

Osnovni elementi postupanja počinioca kod ovog krivičnog djela su lakomislenost, nestručnost, proizvoljnost, jednom riječju najteži vidovi nesavjesnog postupanja kojima se dodatno pogoršava stanje prezaduženosti odnosno nesposobnosti za plaćanje. Umjesto krajnje opreznog i svrsishodnog ponašanja poduzimaju se upravo suprotne radnje. Krivično djelo će najčešće biti ostvareno poduzimanjem više radnji, bilo istovjetnih ili različitih pri čemu se neće raditi o sticaju krivičnih djela već samo o jednom krivičnom djelu. Djelo može biti ostvareno i poduzimanjem samo jedne od alternativno određenih radnji izvršenja. Pored naznačenog neophodno je da su navedene radnje poduzete u vrijeme kad je privredno društvo odnosno drugo lice insolventno. Insolventnost treba imati trajniji karakter, tako da pojedina trenutačna stanja insolventnosti prolaznog karaktera nemaju značajne sposobnosti plaćanja u smislu ovog krivičnog djela. Za razliku od dosadašnjeg zakonskog određenja ovog krivičnog djela (krivično djelo prouzrokovanje stečaja iz čl. 257. ranijeg KZ FBiH), kod krivičnog djela iz ovog člana posljedica djela nije prouzrokovanje stečaja već umanjenje svoje imovine odnosno umanjenje buduće stečajne mase. S obzirom na izmijenjeno zakonsko

određenje, prije svega posljedicu krivičnog djela opravdano se dovodi u pitanje opravdanost ovakvog naziva krivičnog djela (prouzrokovanje stečaja) **budući da djelo može postojati i kad nije došlo do stečaja ili kad je do stečaja došlo i usljed drugih razloga.** Krivično djelo može se počiniti samo s namjerom koja obuhvaća svijest o prezaduženosti, odnosno nesposobnosti za plaćanje.

Krivično djelo „Lažni stečaj“

Krivično djelo lažnog stečaja je nova inkriminacija u krivičnom zakonu F BiH. Propisivanje ovog krivičnog djela motivisano je suštinskim promjenama u privredi koje se ogledaju u privatizaciji privrednih subjekata, transformaciji privrede, brojnošću novih privrednih subjekata kao i sprječavanjem mogućih zloupotreba u privredi koje se sastoje u prouzrokovanju lažnog stečaja. Radnja izvršenja ovog krivičnog djela sastoji se u prividnom ili stvarnom umanjenju imovine. O **stvarnom umanjenju imovine** radit će se npr., u slučajevima otuđenja imovine, prodaje imovine, prijenosa imovine na drugoga bez naknade, isplate duga, poduzimanje radnje čijim propuštanjem bi došlo do povećanja imovine npr., propuštanjem naplate potraživanja, otpisom potraživanja, nerealiziranjem potraživanja i sl. Međutim, kod **prividnog umanjenja** imovine počinilac poduzima radnje kojima se drugi dovede u zabludu u pogledu stvarnog stanja imovine na način što se imovina prikazuje manjom nego što stvarno jest (sklanjanjem zaliha robe, zaključenjem fiktivnih ugovora o preuzimanju dugovanja, o preuzimanju obaveza i sl.). Svako umanjenje imovine bilo da se radi o stvarnom ili prividnom umanjenju ne mora biti krivičnopravno relevantno u smislu ovog krivičnog djela. Naime, neophodno je da je do stvarnog ili prividnog umanjenja imovine došlo na određeni način, odnosno poduzimanjem tačno određenih alternativno zakonom propisanih radnji, načina umanjenja imovine (stvarnog ili prividnog). Za sve alternativno zakonom propisane radnje karakteristično je postojanje zajedničkog cilja – da se u pogledu stanja imovine situacija prikaže na takav način da se nad određenim subjektom može otvoriti stečaj, pa do toga i dođe. Da bi se radilo o ovom krivičnom djelu neophodno je da su sve naznačene radnje poduzete u tačno određenom cilju, odnosno, s ciljem izbjegavanja svojih obaveza kako bi se onemogućilo djelimično ili potpuno namirenje tražbina povjerioca. **Posljedica krivičnog djela je prouzrokovanje stečaja.** Da bi se radilo o ovom krivičnom djelu neophodno je utvrditi postojanje uzročne veze između poduzetih radnji i prouzrokovanog stečaja, koji je, iako je pokrenut prema zakonskim odredbama ustvari lažan u smislu da nisu stvarno bili stvoreni uvjeti za otvaranje stečajnog postupka.

Krivično djelo je dovršeno prouzrokovanjem stečaja. Počinilac krivičnog djela, s obzirom na njegovu prirodu, po pravilu će biti odgovorno lice, vlasnik ili suvlasnik pravnog lica, odnosno komplementar u komanditnom društvu ili osnivač društva s neograničenom solidarnom odgovornošću. Krivično djelo može se počiniti samo s direktnim umišljajem (*dolus directus).*

Krivično djelo „Zloupotreba u stečajnom postupku"

Dok se krivičnim djelom prouzrokovanje stečaja iz čl. 243. i lažnog stečaja iz čl. 244. inkriminiraju nezakonite radnje poduzete prije stečaja, ovim krivičnim djelom inkriminirane su radnje poduzete tokom sprovođenja stečajnog postupka, a kojima je cilj izigravanje i ometanje namirenja povjerilaca odnosno ostvarenje nepripadajućih prava ili ostvarenje prioriteta namirenja potraživanja pojedinih povjerilaca. Krivično djelo iz stava 1. predstavlja poseban oblik krivičnog djela prijevare, a krivična djela iz st. 2. i 3. predstavljaju tzv. korupcijska krivična djela. Djelo iz stava 2. predstavlja poseban oblik krivičnog djela primanja dara, dok se krivičnim djelom iz stava 3. sankcioniše tzv. aktivno podmićivanje. Kod prvog oblika radnje izvršenja počinilac u toku stečajnog postupka prijavljuje lažno potraživanje, potraživanje koja uopće ne postoji bilo da je potraživanje već namireno ili da se radi o fiktivnom uopće nepostojećem potraživanju. Kod drugog oblika radnje izvršenja počinilac prijavljuje potraživanje u lažnom isplatnom redu. U ovom slučaju potraživanje stvarno postoji ali u lažnom isplatnom redu. Kod oba oblika radnje izvršenja radi se o prijevarnom postupanju, dovođenju u zabludu tijela stečajnog postupka i drugih sudionika u stečajnom postupku u pogledu istinitosti potraživanja odnosno prioriteta namirenja potraživanja. Krivično djelo može se počiniti samo s direktnim umišljajem. Krivično djelo iz stava 2. predstavlja poseban oblik tzv. **pasivnog podmićivanja.** Radnja izvršenja krivičnog djela po svojim obilježjima određena je gotovo na istovjetan način kao i krivično djelo primanja dara i drugih oblika koristi iz čl. 380. KZ FBiH. Primanje imovinske koristi ili primanje obećanja imovinske koristi treba da je učinjeno s ciljem donošenja ili nedonošenja određene odluke odnosno s ciljem oštećenja barem jednog povjerioca u stečajnom postupku. Krivično djelo može se počiniti samo u stečajnom postupku. S obzirom da počinilac krivičnog djela mogu biti samo tačno određene osobe (povjerilac, član povjerilačkog odbora ili stečajni upravnik) djelo spada u *delictum proprium.* Iako zakonsko određenje ovog krivičnog djela ne predviđa izričito da počinilac krivičnog djela može biti privremeni stečajni upravnik (čl. 15. i 16. Zakona o stečaju), odnosno članovi privremenog odbora povjerilaca (čl. 29. st.2. Zakona o stečaju) smatramo da, s obzirom na prirodu i cilj

inkriminacije kao i sadržinu i opseg ovlasti i dužnosti privremenog stečajnog upravnika i članova privremenog odbora povjerilaca i navedena lica mogu biti počinioci ovog krivičnog djela. Krivično djelo može se počiniti samo sa namjerom. U stavu 3. predviđen je poseban oblik krivičnog djela zloupotrebe u stečajnom postupku. Radi se o svojevrsnom vidu krivičnog djela davanja dara i drugih oblika koristi iz čl. 381. KZ FBiH. Pored naznačenog neophodno je da se imovinska korist daje ili obećava dati povjeriocu, članu povjerilačkog odbora ili stečajnom upravniku. Davanje ili obećanje davanja imovinske koristi nekim drugim licima u stečajnom postupku neće predstavljati ovo krivično djelo.

Saznanje, otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela u vezi sa stečajem

Osnovna pretpostavka za saznanje, otkrivanje, razjašnjenje i dokazivanje krivičnih djela u vezi sa stečajem ili privatizacijom, ne može se posmatrati izolovano, već kroz iste metode kojima se saznaje, otkriva i dokazuje privredni kriminal.

Do saznanja da je izvršeno krivično djelo dolazi se: 1) na osnovu prijava radnika privrednog subjekta i drugih dobronamjernih građana; 2) na osnovu prijava stečajnih upravnika; 3) korišćenjem tzv. legalnih izvora saznanja; 4) primjenom operativnog rada od strane policijskih agencija; 5) uz primjenu evidencija koje vode razne inspekcijske službe o poslovanju privrednih subjekata i sl.

Izvori podataka su od značaja prilikom korišćenja metoda otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih djela protiv privrednog kriminala. Naime, u privrednim subjektima postoji niz međusobno isprepletenih kriminogenih faktora i pojavnih oblika, pa se tako, npr. metodom analogije, utvrđuju kriminogeni faktori koji su uslovili konkretan pojavni oblik, tako da određeni načini vršenja, upućuju da se radi o izvršenju npr. krivičnog djela lažnog stečaja ili krivičnog djela prouzrokovanje stečaja ili neko dr. krivično djelo iz oblasti privrednog kriminala. Koje operativne mjere i radnje će se koristiti u cilju prikupljanja i obezbjeđenja adekvatnih dokaza zavisi od svakog konkretnog slučaja. Najčešće se to postiže na osnovu uvida u poslovnu dokumentaciju, evidenciju, prikupljanjem obavještenja od osoba, pribavljanjem dokaza. Sprječavanje, otkrivanje i dokazivanje ovih krivičnih djela, kao i uopšte krivičnih djela privrednog kriminala je težak, složen i odgovoran posao koji pretpostavlja stručnost, znanje i iskustvo. U svakom slučaju, efikasno suprotstavljanje ovim oblicima kriminaliteta pretpostavlja da se prethodno identifikuju njegovi pojavni oblici, a zatim da se koriste

adekvatne, prije svega preventivne mjere, pa tek nakon toga i represivne metode od strane nadležnih organa. Koliko u tome ima uspjeha, pokazuje vrijeme koje je za nama. Koliko smo uspjeli da „spasimo" privrednih subjekata od propadanja, pod plaštom uspješnih transformacija privatizacijom, i kakve su posljedice, pokazaće vrijeme koje dolazi. Procesuiranje ove vrste krivičnih djela zahtijeva jedan intenzivan timski rad između tužioca i ovlaštenih službenih lica u dokazivanju radnje izvršenja, uz redovno učešće stručnog lica ekonomske struke, najčešće vještaka ekonomske struke, vrlo često i vještaka građevinske struke, a po potrebi i vještaka drugih struka. Problematika otkrivanja i procesuiranja ovih krivičnih djela sastoji se u tome što se ne posmatra samo jedan poslovni događaj privrednog društva, već se vrši pregled poslovanja društva u jednom dužem vremenskom periodu, obično jedna, dvije ili više poslovnih godina, a to podrazumijeva prikupljanje većeg broja poslovnih dokumenata, njihov detaljan pregled i ekonomsko-pravnu analizu poslovanja društva u cilju dokazivanja postojanja elemenata bića ovih krivičnih djela. U primjerima koji slijede, (predmeti Kantonalnog tužilaštva ZDK na kojima sam radila kao postupajući tužilac), vidljivi su različiti modaliteti načina izvršenja krivičnog djela prouzrokovanje stečaja.

Primjeri iz prakse Kantonalnog tužilaštva Zeničko-Dobojskog kantona

Prvi primjer predstavlja klasičan primjer pojavnog oblika privrednog kriminala proizašlog iz privatizacije. Naime, u pitanju je krivični predmet protiv pravosnažno osuđenih bivših direktora grafičkog društva „Dom štampe" d.d. Zenica K.A. i P. F., podignuta optužnica broj KT-1871/06 od 31.03.2009. godine Općinskom sudu u Zenici protiv K.A. zbog krivičnog djela zloupotreba položaja ili ovlaštenja (čl. 383. st. 1. KZ-a F BiH) u sticaju sa krivičnim djelom nesavjesno privredno poslovanje (čl. 242. st. 1. KZ FBiH), i P.F. zbog krivičnog djela **prouzrokovanje stečaja** (čl.243. st.2. KZ F BiH), koji su presudom istog Suda 43 0 K 018300 09 K od 05.07.2010. godine, osuđeni, i to K.A. na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 4 godine i 10 mjeseci, a P.F. na kaznu zatvora od 3 godine i 6 mjeseci, te obavezani na naknadu štete u cijelosti, presuda je potvrđena od strane Kantonalnog suda u Zenici presudom broj 43 0 K 018300 10 Kž od 13.04.2011. godine. Prvoosuđeni K.A. je podnio nakon toga Apelaciju Ustavnom sudu BiH, koja je dvije godine nakon podnošenja Apelacije odbijena, te su osuđeni upućeni na izdržavanje kazne zatvora.

Hronologija postupanja i rada u predmetu „Dom štampe":

Početkom 2006. godine, dioničari grafičkog društva „Dom štampe" d.d.

Zenica podnijeli su prijavu KT ZDK protiv bivših direktora K.A. i P. F, zbog sumnje da su preduzimali određene nezakonite radnje u vezi sa privatizacijom navedenog Društva, upućujući na Ugovor o kupoprodaji preduzeća Dom štampe d.d. Zenica, kao bitan materijalni dokaz kojeg se prijavljeni nisu pridržavali, tvrdeći da je njihovim nezakonitim postupanjem, tj. podizanjem više kredita, zalaganjam pokretne i nepokretne imovine Društva, te kupovinom skupocjene opreme, Društvu nanesena znatna imovinska šteta. Uz prijavu nisu podneseni bilo kakvi dokazi. U toku predistražnog i istražnog postupka u saradnji sa OSL MUP-om ZDK saslušani su brojni svjedoci, ispitani osumnjičeni, pribavljena poslovna dokumentacija Društva, dokumentacija o podignutim kreditima iz banaka i ostala relevantna dokumentacija. U toku istrage angažovan je vještak ekonomske struke koji je sačinio svoj nalaz i mišljenje, koji je bio i presudan za donošenje tužilačke odluke, odnosno za podizanje optužnice.

Relevantne činjenice: Privatizacija preduzeća „Dom Štampe"d.d. Zenica izvršena je Ugovorom o kupoprodaji zaključenim između Agencije za privatizaciju ZDK i ortačke grupe koju je činilo 107 dioničara (radnici „Doma štampe" zaposleni u istom do zaključenja navedenog Ugovora) po tenderu od 12.11.2001. godine.Upis usklađivanja statusa firme nakon provedene privatizacije u sudski registar izvršen je Rješenjem Kantonalnog suda u Zenici od 12.07.2002. godine, prema kojem je direktor Društva bio, tada prijavljeni K.A., dok je P.F. bio jedan od izvršnih direktora. Nakon registracije Društva, na prvoj Skupštini pored direktora i Uprave Društva, konstituisan je i Nadzorni Odbor, a prije toga u „Dom Štampe" d.d. Zenica je egzistirao Upravni Odbor. Predmet Ugovora je kapital preduzeća „Dom Štampe" d.d. Zenica koji se nalazi u državnom vlasništvu, odnosno paket dionica u nominalnom iznosu od preko 1.500.000 KM odnosno 51% ukupnog kapitala preduzeća. Ugovorom je kupac preuzeo i zapošljavanje novih 13 radnika, zatim nova ulaganja u iznosu od 1.360.000 KM, i zadržavanje postojeće djelatnosti. Član 5. ovog Ugovora je definisao ulaganje iz **vlastitih** sredstava preduzeća u roku od 3 godine, a član 9., da od dana potpisivanja ugovora kupac ne može zalagati, otuđivati ni na drugi način raspolagati nekretninama i vrijednijom imovinom vlasništvo preduzeća na ime obezbjeđenja ili izvršenja svojih ili tuđih obaveza. Bitna činjenica je, da je dana 01.04.2002. godine, tj. prije registracije Društva „Dom štampe" d.d. Zenica i konstituisanja Nadzornog Odbora, raniji Upravni odbor donio Odluku o kreditnom zaduženju u visini od 1.500.000 KM, koju je iskoristio tadašnji direktor K.A. i bez saglasnosti novoimenovanog Nadzornog odbora Društva, svjesnim kršenjem internih propisa Društva, podigao kredit kod Bor banke i kao objezbjeđenje istog založio imovinu Društva, pokretne i

nepokretne stvari u ukupnoj visini od 4.029.874,33 KM, a potom izvršio kupovinu štamparske mašine marke „HEIDELBERG 102-4P“ za iznos od 520.000 EUR, i dr. opremu, te podigao još jedan kredit kod ABS banke u iznosu od 180.000 KM, za obezbjeđenje kojeg je založio ponovo istu imovinu Društva, pa je tako ne postupajući s pažnjom dobrog i savjesnog privrednika, doveo Društvo u stanje prezaduženosti što je direktno imalo za posljedicu nelikvidnost, a kasnije i insolventnost, i time nemogućnost otplate dospjelih anuiteta po podignutim kreditima, na koji način je prouzrokovao Društvu „Dom štampe“ d.d. Zenica znatnu imovinsku štetu u ukupnom iznosu od 1.270.100,00 KM. Optužnicom je K.A. nadalje stavljeno na teret, da je kao odgovorno lice, u svojstvu direktora istog Društva, iskorištavanjem svog ovlaštenja, s ciljem pribavljanja protivpravne imovinske koristi za sebe i za druge, svjesno odobrio neovlaštenu kupovinu robe - muških odijela i jakni od preduzeća „Borac“ Travnik, a umjesto naručene HTZ opreme, pa je činjenično opisanim radnjama oštetio „Dom štampe“ d.d. Zenica za ukupan iznos od 2.068,61 KM. **Osuđenom P.F.** je optužnicom stavljeno na teret da je u vremenskom periodu od 20.12.2004. do 07.03.2005. godine, u Zenici, kao odgovorno lice, u svojstvu direktora navedenog Društva, znajući za prezaduženost Društva i nesposobnost plaćanja, prekomjernim zaduživanjem i preuzimanjem nesrazmjernih obaveza, te postupajući na način koji je u očitoj suprotnosti s urednim privređivanjem, umanjio imovinu Društva, tako što je lakomisleno zaključio Ugovore o kreditu sa UPI bankom d.d. Sarajevo Filijala Zenica, i to u iznosu od 150.000 KM i 76.000 KM, a za obezbjeđenje istih u dva navrata založio imovinu Društva do iznosa od 533.799,65 KM, usljed čega je Društvo doveo u nelikvidnost, a kasnije i insolventnost, pa je zbog ovih radnji došlo do otvaranja stečajnog postupka, i to po prijedlogu novoizabranog v.d. direktora B.G. Saslušani su mnogobrojni svjedoci, od kojih su ključni bili članovi Nadzornog odbora Društva. Vještak optužbe je u nalazu i mišljenju između ostalog naveo, da je na IV sjednici NO Društva održanoj 12.09.2002. godine, dakle, samo dva mjeseca nakon izvršene registracije Društva konstatovana „Zabrinutost oko investicije“ što znači da je već tada bilo vidljivo da investicije neće dati očekivane efekte. Na narednoj sjednici održanoj 18.12.2002. godine, NO je donio „Preporuku“ Upravi Društva, da se kod investicija za osnovna sredstva vrijednosti od 20.000 KM konsultuje i NO, čime je Odluka ranijeg UO od 01.04.2002. godine, limitirana sa stanovišta ovlaštenja Uprave kod budućih nabavki i zaduženja Društva. Međutim, direktor Društva u kritičnom periodu nije tražio saglasnost NO, a što mu je bila obaveza shodno članu 114. stav. 1 tačka 1. Statuta. Iz obrazloženja prvostepene Presude je vidljivo da je Sud u cijelosti prihvatio

nalaz i mišljenje vještaka optužbe te da je vještak utvrdio da je prema Ugovoru o kupoprodaji tendera kupac obavezan da iz vlastitih sredstava, izvrši finansiranje proizvodnih kapaciteta i to u roku od 3 godine, a da je članom 9. Ugovora definisano da se imenovana firma ni u kom slučaju ne može zalagati za izvršavanje bilo kakvih obaveza niti otuđivati, niti na drugi način raspolagati vrijednijom imovinom vlasništvo preduzeća, pa ipak je nakon zaključenja ovakvog Ugovora, raniji UO donio Odluku o kreditnom zaduženju, što dalje znači da je optuženi K.A. dizanjem kredita kod banaka i zalaganjem imovine Društva u vrijednosti od 4.654.262,33 KM, prekršio odredbe Ugovora o privatizaciji, što za posljedicu ima raskid Ugovora o privatizaciji na štetu kupca. Sud nije prihvatio nalaz i mišljenje vještaka odbrane optuženih, jer se taj nalaz temeljio na navodnom Poslovnom planu, navodeći u obrazloženju presude, da ako je poslovni plan predložen i sproveden kao dokaz odbrane, po svojoj sadržini po ocjeni suda protivan je odbrani i ide u prilog optužbe da je optuženi K.A. primjenjujući odluku o kreditnom zaduženju ranijeg UO postupio suprotno ne samo Statutu već suprotno navedenom Poslovnom planu, a u kojem je bilo precizno navedeno da se od ukupno angažovanih sredstava u iznosu od blizu 4.000.000 KM na nova ulaganja iznosi na 1.360.000 KM i da će se finansiranje ranijih ulaganja izvršiti u stopostotnom iznosu iz vlastitih sredstava investitora u prve 3 godine nakon privatizacije preduzeća. Dovođenjem Društva u poziciju prezaduženosti, direktor K.A. je oštetio firmu za ukupan iznos zaduženja Društva kroz navedene nabavke od 1.270.100,00 KM i nabavku odijela iz „Borac“ d.d. Travnik u iznosu od 2.068,61 KM, bez uzimanja u obzir gubitke u poslovanju, i dr. obaveze. Sve aktivnosti koje je Uprava preduzimala nakon ovoga su samo još više produbljivale finansijsku krizu i dovodile do povećanja zaduženosti Društva. Uprava Društva se našla pred problemom nedostatka posla a time i sa smanjenjem prihoda što je uz velike fiksne troškove dovelo do problema finansiranja tekućih obaveza i tom periodu dolazi i do problema sa isplatama tekućih plata i problema sa servisiranjem obaveza po kreditima, tako da se javljaju zahtjevi za aktiviranjem zaloga i hipoteka od strane banaka. Vještak optužbe je u svom nalazu i mišljenju istakao, da je u periodu od 2002. godine do 2005. godine došlo do negativnih kretanja: ukupan prihod, a posebno prihod od osnovne djelatnosti Društva opada, dobit preduzeća opada da bi u 2005. godini firma iskazala gubitak, koji je realno još veći jer je u 2005. godini iskazan fiktivni prihod po osnovu povećanja sredstava po nalazu vještaka, ukupna potraživanja rastu iz godine u godinu, bez činjenja napora Uprave da se naplate,a ukupna zaduženost firme se iz godine u godinu povećava. Ističem ovu presudu kao veoma značajnu, jer je po prvi put u Bosni

i Hercegovini podignuta optužnica za krivično djelo prouzrokovanje stečaja koja je uspješno okončana pravosnažnom osuđujućom presudom.

Drugi primjer predstavlja klasičan oblik namjernog prouzrokovanja stečaja.

Hronologija postupanja i rada u predmetu „ALPIS“ : Podignuta je optužnica broj T04 0 KT 0000642 08 od 18.11.2011.godine protiv H.H., bivšeg direktora P.D. „ALPIS“ d.o.o. Tešanj, zbog krivičnog djela **prouzrokovanje stečaja** (čl.243. st.2. KZ F BiH), koji je pravosnažno osuđen od strane Općinskog suda u Tešnju presudom broj 39 0 K 022877 12 K od 09.01.2013. godine na uvjetnu osudu sa utvrđenom kaznom zatvora od 6 mjeseci, s rokom provjere od 2 godine, (optuženi priznao krivnju u toku glavnog pretresa. Optuženi je obavezan da oštećenom Društvu „ALPIS“ d.o.o. Kranj R Slovenija na ime pričinjene štete isplati iznos od 33.948,99 KM.

Relevantne činjenice: U junu mjesecu 2008. godine, zaprimljena je prijava firme „ALPIS“ d.o.o. Kranj protiv suvlasnika firme „ALPIS“ d.o.o. Tešanj, zbog krivičnog djela nesavjesnog privrednog poslovanja iz člana 242. KZ F BiH, stvaranje monopolističkog položaja na tržištu iz člana 253. i zloupotrebe povjerenja iz člana 297. KZ F BiH. Prema prijavi, podnosilac je osnovao firmu „ALPIS“ d.o.o. Tešanj 1996. godine sa H.H. iz Tešnja gdje je „ALPIS“ d.o.o. Kranj bio većinski vlasnik sa 51%. Društvo je dobro poslovalo i strani ulagač je veći dio svojih poslova obavljao preko novoosnovane kćerke u BiH firme „ALPIS“ d.o.o. Tešanj koji je po izvršenom poslu ispostavljao račune. Tokom 1999. godine, navedena firma je počela sa kašnjenjem u plaćanju ispostavljenih računa, tako da je strani ulagač bio prinuđen da svoje potraživanje od 71.193,00 KM naplati u sudskom postupku. Navedeni postupak je okončan Presudom Općinskog suda u Zenici iz 2005. godine kojom je „ALPIS“ d.o.o. Tešanj obavezan da isplati tužitelju „ALPIS“ d.o.o. Kranj navedeni dug u cijelosti. Međutim kako „ALPIS“ d.o.o. Tešanj nije platilo dosuđeni dug u ostavljenom roku „ALPIS“ d.o.o. Kranj je podnio prijavu tužilaštvu ističući da strani ulagač ima saznanja da je njegov poslovni partner osnovao novu firmu na istoj adresi i sa istom djelatnošću po nazivom Al-ŠPED“ d.o.o. Tešanj. U toku istrage saslušani su brojni svjedoci, ispitan osumnjičeni, pribavljena kompletna knjigovodstvena i finansijska dokumentacija „ALPIS“ d.o.o. Tešanj, te „Al-šped“ d.o.o. Tešanj, angažovan je stalni sudski vještak ekonomske struke koji je sačinio svoj nalaz i mišljenje, koji je i u ovom predmetu bio presudan za podizanje optužnice, pa je optuženom H.H. stavljeno na teret da je u vremenskom periodu od 05.04.2004. do kraja 2007. godine, u Tešnju, kao odgovorno lice „ALPIS“ doo Tešanj, koje je osnovao zajedno sa stranim ulagačem „ALPIS“ doo Kranj, R Slovenija,

znajući za prezaduženost Društva i neizmirenje dugovanja po ispostavljenim računima prema stranom ulagaču u ukupnom iznosu od 71.193,00 KM, u namjeri da prouzrokuje stečaj nad Društvom „ALPIS“ doo Tešanj, dana 05.04.2004. godine, potpisivanjem Ugovora o osnivanju osnovao vlastitu firmu pod nazivom „AL-ŠPED“ doo Tešanj, sa istim sjedištem, na istoj adresi i u istim prostorijama kao Društvo „ALPIS“ doo Tešanj, da bi potom odlučio da se sa danom 30.06.2004. godine, obustave sve poslovne aktivnosti zajedničkog Društva „ALPIS“ doo Tešanj na pružanju špediterskih usluga,a istovremeno počevši od 01.07.2004. godine, usmjerio razgranate poslovne aktivnosti zajedničkog Društva na pružanju špediterskih usluga, i iste vršio samo u okviru poslovanja vlastitog Društva „AL-ŠPED“ doo Tešanj, te je koristeći svoje svojstvo odgovornog lica u obje firme, troškove poslovanja vlastite firme „AL-ŠPED“, iskazivao kao troškove poslovanja zajedničke firme „ALPIS“, te je poslujući na navedeni način koji je u očitoj suprotnosti sa urednim privređivanjem, umanjio imovinu Društva i to tako da su troškovi poslovanja firme „ALPIS“ doo Tešanj u drugoj polovini 2004. godine neosnovano povećani za 17.181,00 KM, a u 2005. godini za 15.448,29 KM, što ukupno iznosi 32.629,29 KM, a sve u korist vlastite firme „AL-ŠPED“ koja je u navedenom periodu obavljala neuporedivo veći broj poslovne aktivnosti, usljed čega je zajedničko Društvo „ALPIS“ doo Tešanj, doveo u nelikvidnost, te prouzrokovao iskazivanje gubitka istog u poslovnoj 2004. godini i 2005. godini, što je za krajnju posljedicu imalo otvaranje stečajnog postupka nad istim Rješenjem Općinskog suda u Zenici broj: ST-2/07 kao i posljedicu po navedenog stranog ulagača, koji podnesenu stečajnu prijavu kao stečajni povjerilac nije mogao realizovati iz razloga što je stečajni dužnik „ALPIS“ d.o.o Tešanj imao dugovanja koliko i nenaplativih potraživanja, pa je naprijed navedenim radnjama oštetio stranog ulagača „ALPIS“ doo Kranj, za ukupan iznos od 32.629,29 KM. Ovaj primjer predstavlja klasičan modalitet izvršenja krivičnog djela prouzrokovanje stečaja, odnosno namjernog umanjenja imovine, s ciljem da se prouzrokuje stečaj.

Zaključna razmatranja

Krivična djela u vezi sa stečajem, ne mogu se posmatrati izolovano u odnosu na ostala krivična djela protiv privrede, obzirom da su ona uslovljena istorijskim razvojem i transformacijom društvenih odnosa, naročito u zemljama u tranziciji. Posljedice koje nastaju vršenjem ovih krivičnih djela se odražavaju ne samo u politici i ekonomiji, već i na materijalnom i socijalnom planu. Ne treba zanemariti činjenicu da su privredna struktura i zakonodavni okvir njene zaštite preduslov suzbijanja privrednog kriminaliteta. Mora se težiti izradi jedinstvenih kriterijuma i institucija koje bi pratile transformaciju privatizacije privrednih subjekata. U cilju zaštite i bolje izgradnje privrednog sistema, potrebno je težiti primjeni preventivnih i represivnih mjera kroz donošenje konzistentnih ekonomskih mjera nadležnih državnih organa i odgovarajućih pravnih propisa.

Ranko Kerović[1], tužilac u Okružnom javnom tužilaštvu u Bijeljini

KRIVIČNA DJELA UČINJENA PUTEM INTERNETA

Rezime: Sadržina ovog rada su krivična djela vezana za internet, odnosno za internet i aplikacije, koje rade pomoću interneta. Rad obuhvata internet pojmove. Specifičnost kod ovih slučajeva, da internet može biti glavno mjesto izvršenja krivičnog djela, ili pak pomoć pri određivanju mjesta krivičnog djela. Rad se bavi utvrđivanjem mjesta izvršenja krivičnog djela, posebno na krivična djela izvršena na internetu, odnosno na koji način utvrditi mjesto izvršenja krivičnog djela, učinjenog na internetu. U radu su objašnjeni oblici vezani za pojam interneta, kao i kompjuterskog kriminala, definicija kompjuterskog kriminala, navedena krivična djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka, pojam sajber kriminala, definicija sajber kriminala prema Evropskoj konvenciji o sajber kriminalu, sudska praksa sudova u Bosni i Hercegovini za krivična djela koja se vežu za internet.

Ključne riječi: Internet, krivično djelo, mjesto izvršenja krivičnog djela, kompjuterski kriminal, sajber criminal, sudska praksa,

Summary:
This paper refers to the crimes specific to the internet, i.e. internet and the aplications that are used online. The paper includes internet terminology. Specificity of these cases is that the internet can be the main crime scene, or yet, the instrument of the crime scene determination. The paper deals with the matter of determination of the exact location of the crime when the crime is committed on the internet i.e. how to determine the exact location of the crime ones it has been committed online. The paper explains the internet related forms of crimes, as well as computer-related crimes, the definition of computer–related crime, criminal offences against the integrity of computer data, the definition of the cyber criminal according to European convention on cybercrime, judicial practice of the courts in BIH regarding the internet-related criminal offences.

Key words: Internet, criminal offence, crime scene, computer-related criminal, cyber criminal, judicial practice

[1] Autor je tužilac u Okružnom javnom tužilaštvu u Bijeljini ranko.kerovic@pravosudje.ba

1. Uvod

Sam pojam Internet znači mreža unutar mreže. Prema Vikipediji–slobodnoj enciklopediji, internet je svjetski sistem računarskih mreža. Ovaj sistem je stvoren u Ministarstvu odbrane SAD. On spaja medije, računare i telekomunikacije. Za ovih skoro 50 godina postojanja internet se razvio u svjetski računarski sistem kojeg koristi više od polovine planete. Kao svjetska mreža nema cenzuru i nema prepreka. Da bi se pristupilo ovoj mreži potrebno je da se posjeduje jedan od sistema telekomunikacije i to: analogna telefonska linija, ISDN, ADSL, kablovski internet, bežični ili satelitski.

Infrastrukturu interneta čine njegova hardverska komponenta /uređaj preko koga se pristupa mreži/ i softverski sistem slojeva koji kontroliše sistem.

Mnogi sinonimno koriste termin Internet i World Wide Web ili samo Web, mada su to različiti termini i nisu sinonimi. Naime, World Wide Web je samo jedan globalan set dokumenata, slika i drugih resursa dobro povezanih linkovima. Veb je omogućio velikom broju lica, kako pojedinaca tako i organizacija, da objavljuju ideje i sadržaje za veliki auditorijum, bez troškova i vremena kašnjenja.

2. Mjesto izvršenja krivičnog djela

Utvrđivanje mjesta izvršenja krivičnog djela je od značaja kako za utvrđivanje da li neko ponašanje koje je proglašeno za krivično djelo, jeste krivično djelo, prema zakonu koji se primjenjuje na toj teritoriji, do toga, ako je krivično djelo učinjeno, koji će se krivični zakon primijeniti.

Ma koliko nekom ne izgledalo bitno utvrđivanje mjesta izvršenja krivičnog djela, to je veoma bitno. Zašto, prije svega zbog različitih propisa koji važe na teritoriji Bosne i Hercegovine. Tako, neko lice koje upravlja putničkim motornim vozilom, kreće se regionalnim putem Tuzla-Lopare-Brčko, ako upravlja vozilom od Lopara, ka Brčkom, za oko 30 km, koliko je razdaljina, na njega se primjenjuju 3 krivična zakona. Tako prvih 10-11 km važi Krivični zakonik Republike Srpske, pa narednih 5-6 km Krivični zakon FBiH, pa narednih 900 m opet KZ RS, pa nakon toga Krivični zakon Brčko Distrikta. Dakle, na razdaljini od oko 30 km važe tri krivična zakona, tačnije tri krivična djela za javni saobraćaj.

Iz navedenog je vidljivo da je određivanje mjesta izvršenja krivičnog djela veoma važno prije svega za samog učinioca, ali i za organe koji sprovode krivični postupak.

Tako, Krivični zakonik Republike Srpske [2] kao mjesto izvršenja krivičnog djela definiše kao mjesto gdje je učinilac radio ili bio dužan da radi, bez obzira gdje je posljedica nastupila ili djelimično nastupila. Isto važi i za pripremanje i pokušaj. Krivična djela nečinjenja su izvršena na onom mjestu gdje je izvršilac bio dužan da radi, kao i na onom mjestu gdje je posljedica nastupila ili je po umišljaju izvršioca trebalo da nastupi ili je mogla da nastupi. Mjesto nečinjenja djela je ono mjesto sa koga ili na kom je izvršilac trebao da djeluje. Kod kažnjivog pripremanja ili pokušaja krivičnog djela, kako posljedica nije nastupila, kao adekvatan kriterijum za mjesto izvršenja krivičnog djela je mjesto izvršenja pokušaja ili pripremanja krivičnog djela.

Postavlja se pitanje kako utvrditi mjesto izvršenja krivičnog djela učinjenog putem interneta. Da bi došli do krivične odgovornosti moramo se pozabaviti posebnom vrstom kriminala.

3. Prostorno važenje krivičnog zakonodavstva

Vezano za važenje krivičnog zakonodavstva Republike Srpske, Krivični zakonik RS propisuje na kojem prostoru važi krivično zakonodavstvo Republike Srpske.

Kako iz zakonske definicije ovog člana, a i prema shvatanju pravne teorije, vidljivo proizilazi važenje teritorijalnog principa. Ovaj princip je osnovi princip važenja krivičnog zakonodavstava. Teritorijalni princip je primaran kada je pitanju važenje krivičnog zakonodavstva. Teritorijalni princip se dopunjava sa još dva principa: princip zastave broda i princip registracije aviona. Pored ovog principa postoje i realni ili zaštitni princip, aktivni personalni ili nacionalni princip ili princip apsolutne eksteritorijalnosti. Na osnovu ovih principa se utvrđuje važenje krivičnog zakonodavstva na teritoriji Republike Srpske.

Za razliku od Krivičnog zakonika RS, Zakon o prekršajima Republike Srpske [3] definiše pored mjesta izvršenja prekršaja i mjesto nastupanja posljedice.

Iz definicije prostornog važenja Zakona o prekršajima, vidljivo je da je zakon kao prostor regulisao i prekršaj učinjen putem interneta ili veb okruženja, a kada je posljedica nastupila na teritoriji Republike Srpske.

Znači, ovaj zakon definiše internet i veb okruženje kao mjesto izvršenja. Zbog toga je definisanje mjesta, od velikog značaja u krivičnom pravu.

U praksi se pojavljuje problem prikupljanja dokaza, jer su provajderi za većinu društvenih mreža u inostranstvu. Zato se dokazi prikupljaju putem međunarodne pravne pomoći, a što otežava i usporava dokazni postupak.

[2] Krivični zakonik Republike Srpske ("Sl. glasnik RS" broj 64/17)
[3] Zakon o prekršajima Republike Srpske („ Službeni glasnik RS"63/14-110/17)

4. Kompjuterski kriminal

Kompjuterski kriminal je takva vrsta kriminala kod kojeg se kompjuter upotrebljava kao sredstvo, ili cilj, ili mjesto izvršenja krivičnog djela ili se korišćenje kompjuterske tehnologije i informatičkih sistema ispoljava kao način izvršenja krivičnog djela.

Inače, kompjuterski kriminalitet nema potpuno utvrđenu, jasnu definiciju. Može se pojavljivati u različitim oblicima i to:

1) zloupotreba kompjutera (computer abuse),
2) kompjuterska prevara (computer fraud),
3) delikti uz pomoć kompjutera (crime by computer),
4) informatički kriminalitet,
5) računarski kriminalitet i
6) tehno kriminalitet

Za kompjuterski kriminalitet ima više različitih definicija, ali je najprihvatljivija definicija Ekspertne grupe OECD – kompjuterski kriminalitet predstavlja svako ilegalno, neetičko ili neautorizovano ponašanje koje uključuje automatsku obradu podataka i/ili njihov prenos. Kompjuterski kriminalitet je vršenje krivičnih djela kod kojih se računar i kompjuterska tehnologija javljaju kao oruđe za činjenje određenih djela ili kao objekti zaštite.

Posljedice kompjuterskog kriminaliteta mogu biti različite ali su najčešće u vidu šteta nastalih nezakonitim djelovanjem.

Krivični zakonik Republike Srpske u svojoj glavi XXXII nazvanoj „KRIVIČNA DJELA PROTIV BEZBJEDNOSTI KOMPJUTERSKIH PODATAKA“ propisuje sljedeća krivična djela:

1. Oštećenje kompjuterskih podataka i programa,
2. Kompjuterska sabotaža,
3. Izrada i unošenje kompjuterskog virusa,
4. Kompjuterska prevara,
5. Neovlašten pristup zaštićenom kompjuteru, kompjuterskoj mreži i elektronskoj obradi podataka
6. Sprječavanje i ograničavanje pristupa javnoj kompjuterskoj mreži,
7. Neovlašteno korištenje kompjutera i kompjuterske mreže

Ako analiziramo sadržinu svih ovih krivičnih djela sve ih možemo nazvati jednim imenom Cyber criminal (u daljem tekstu sajber kriminal).

Sajber kriminal možemo podijeliti na više vrsta i to: sajber kriminal prema ulozi mreže i sajber kriminal s obzirom na tip počinjenih djela.

Sajber kriminal prema ulozi mreže se može podijeliti u sljedeće oblike: kompjuterska mreža kao cilj napada, kompjuterska mreža kao sredstvo ili alat i kompjuterska mreža kao okruženje u kome se napadi realizuju.

Sajber kriminal s obzirom na tip počinjenih djela se može podijeliti na: politički, ekonomski, proizvodnja i distribucija nedozvoljenih sadržaja i povreda cyber privatnosti.

Prema jednom materijalu sa desetog kongresa UN razlikujemo:

- sajber kriminal u užem smislu
- sajber kriminal u širem smislu

Prema Evropskoj konvenciji o sajber kriminalu postoje 4 grupe djela:

• djela protiv povjerljivosti, integriteta i dostupnosti kompjuterskih podataka i sistema-njih čine nezakoniti pristup, presretanje, uplitanje u podatke ili sisteme, korišćenje uređaja (proizvodnja, prodaja, uvoz, distribucija) programa, lozinki (pasword);

• djela vezana za kompjutere-kod kojih su falsifikovanje i krađa najtipičniji oblici napada;

• djela vezana za sadržaje-dječija pornografija je najčešći sadržaj koji se pojavljuje u ovoj grupi i obuhvata posjedovanje, distribuciju, transmisiju, čuvanje ili činjenje dostupnim i raspoloživim ovih materijala, njihova proizvodnja radi distribucije i obrada u kompjuterskom sistemu ili na nosiocu podataka;

• djela vezana za korišćenje autorskih i srodnih prava obuhvataju reprodukovanje i distribuciju neautorizovanih primjeraka djela kompjuterskim sistemima.

Za ovu vrstu kriminala jedna od interesantnih stvari je kompjuterski virus.

Kompjuterski virusi su poseban tip računarskih programa koji mogu sami sebe reprodukovati, sa ciljem da inficiraju druge programe kako bi izvršavali zadatke koje je unaprijed odredio tvorac virusa, a da pri tome inficirani programi ne izgledaju tako.

Kao pojavni oblik kompjuterskog kriminala se pojavljuje i haking.

Haking je neautorizovani, nasilni pristup, odnosno pokušaj pristupa sistemu, a haker je osoba koja ima znanje, sposobnosti i želje da u potpunosti neovlašćeno koristi tuđe kompjuterske ili komunikacione sisteme.

Haking može biti amaterski i organizovani. Organizovani profesionalni haking je posebna vrsta organizovanog kriminala uključenjem kompjutera u

organizovanu prostituciju, pornografiju, rasturanje droge, klađenje, pranje novca.

Za sva ova djela mogući način izvršenja je putem interneta. Postavlja se pitanje na koji način se može utvrditi krivična odgovornost nekog izvršioca krivičnog djela, a i postojanje samog krivičnog djela na nekom području, ako su krivična djela učinjena putem interneta kao svjetskog globalnog sistema,

Krivični zakonik RS, u članu 178. predviđa posebno krivično djelo sa nazivom: „Iskorištavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorištavanja djeteta.

Kod ovog krivičnog djela se može reći da je kompjuterska mreža, tačnije internet, sredstvo izvršenja ovog krivičnog djela.

5. Sudska praksa

U praksi se pojavljuje sve više krivičnih djela koja se izvršavaju putem interneta.

U početku razvoja interneta, sudilo se i za takozvano internet telefoniranje. Sada postoji veliki broj programa /aplikacija/ pomoću kojih je moguće vršiti internet telefoniranje kao što su: Viber, Skype, WhatsApp, Messenger i slični. Ranije se smatralo da su telefonski provajderi oštećeni za impulse, jer je neko sa impulsima za domaći telefonski saobraćaj telefonirao u inostranstvo. Za ove slučajeve, sudilo se za krađu. Međutim, razvojem interneta, mobilnih telefona i računara, ovaj vid telefoniranja je postao uobičajen.

Pored ovih aplikacija, u razvoju interneta posebnu pažnju zauzimaju društvene mreže: facebook, instagram i sl.

Razvojem interneta, pojavili su se neki oblici krivičnih djela kojima je internet samo način izvršenja. To su najčešće djela protiv imovine u vidu ucjena, iznuda i sl., zatim djela protiv autorskih prava, djela protiv sloboda i prava građana, najčešće ugrožavanje sigurnosti, zatim izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje i netrpeljivosti, kao i brojna druga djela.

Tako u sudskoj praksi Okružnog suda u Bijeljini se prihvata i upućivanje poruke putam e-mail adrese kao način izvršenja krivičnog djela ugrožavanje sigurnosti iz člana 169. stav 1. KZ RS. Slično je sa upućivanjem prijetećih poruka mobilnim telefonom pomoću Viber aplikacije, kao i drugih aplikacija, koje se tretira kao ugrožavanje sigurnosti.

U ovom slučaju sud je postupio po odredbama ZKP RS,[4] koji propisuje da „telekomunikaciona adresa je svaki telefonski broj, linijski ili mobilni ili internet adresa koju posjeduje ili koristi određeno lice“

U praksi je zabilježen slučaj da je optuženi, sa svog mobilnog telefona, na mobilni telefon oštećene koja ima 11 godina, putem Viber aplikacije, slao slike svog polnog organa, čime je učinio krivično djelo –upoznavanje djece sa pornografijom iz člana 177. stav 1. KZ RS.

Osnovni sud u Bijeljini je u presudi 80 0 K 046987 15 K u utvrdio: “ da je oštećena M. Š. optuženu M. D upoznala 2010. godine preko Fejsbuka gdje se ista predstavljala kao muško, odnosno kao D. i da živi u Beču gdje ima svoje firme, odnosno diskoteku i auto kuću, a ona je tada živjela u Gracu te su se počeli dopisivati i ona je misleći da se radi o muškarcu, pošto joj se sviđao, te nakon nekog vremena dopisujući, javila joj se S.Z. i javila da je D. imao saobraćajnu nezgodu i da je potrebna novčana naknada u smislu davanja novca S. Z., kako bi ista svojim natprirodnim vidovitim moćima uticala da D. ozdravi, a u šta je M. povjerovala, tako da je u više navrata na račun S. Z. iz Bijeljine preko Western Union banke uplatila iznose od oko 4.000 Eura”, pa na taj način izvršila krivično djelo prevara iz člana 239. stav 1. KZ

Interesantan slučaj je iz Brčkog, gdje su sudovi/ Osnovni i Apelacioni/ kao i Ustavni sud BiH/ AP-453314/ pa ESLJP potvrdili navedenu presudu sa sljedećim činjeničnim opisom:

“….u svojoj kući, preko foruma koji je postavljen na web-stranici www.bosnahistorija.com, gdje se registrirao pod pseudonimom „El- Fatih DC“, komunicirajući pismeno sa više članova foruma pod pseudonimima “Drina“, „Džek“ i „Crni Vuk“, pisao postove u kojima je navodio, između ostalog, i sljedeće sadržaje: „I ja mislim da su Ivici ključ za Bošnjake, jer su Ivici prirodna uzvisina u brčanskoj ravnici i čitav grad je kao na dlanu, držati Ivike u ratu to je prednost za pobjedu, jer sa Ivika čitav grad možeš tući čim hoćeš (uskoro ću napraviti par slika kako se grad vidi sa Ivika)...“, „Slike će uskoro, moram naći malo vremena, jer radim, a sada će ovaj smrdski Božić pa se u Brčkom ne radi pa ću se razletiti slikati ova dva njihova moguća koridora kroz Brčko i kako nemaju nikakve šanse da preuzmu Brčko, samo ako mi budemo imali ikakvu organizaciju. Što se tiče samog grada Brčkog, tu je sigurno 50/50 al' problem nam pravi novo naselje Ilićka, koja ima 3.500 do do 5.000

[4] Član 20.Zakona o Krivičnom postupku Republike Srpske, („Sl. Glasnik RS“ broj 53/12).

naseljenih Srba iz drugih opština i u svim planovima prvo treba udariti na Ilićku i Grčicu, jer ta dva naselja su danas za Srbe pitanje opstanka. Grčicu je lako napasti jer tu ima nešto Bošnjaka a i Dizdaruša se naslanja na Grčicu, Ilićka je problem jer nema dodira sa nekim bošnjačkim naseljem. Ako bude kakvih vojnih scenarija, mi prvo moramo udariti na Bukvik, Gajeve i Cenk i riješiti se opasnosti iza leđa, baš kao što smo uradili 92. kada riješimo ta srpska sela u svom zaleđu, imaćemo slobodan koridor prema Gradačcu i Srebreniku. Onda bi, po meni, trebalo napasti Grčicu i Srpsku Varoš, te tako i na drugom kraju grada izaći na Savu, te bi u našem okruženju ostao sam centar grada koji bi onda trebalo polahko očistit' jer ima mnogo zgrada, te su veliki gubici mogući. Sa Ivika, Mujkića i Gluhakovca treba napasti prema Grbavici i Krepšiću i pokušati izaći na Lončare i spojiti se sa Orašjem ako bi lahko pali Grbavica i Krepšić, Srbe više ne bi imalo šta braniti sve do Šamca. A ako izađeš na Lončare, Pelagićevo nema šansu za odbranu i tad bi se napravila naša ogromna teritorija koja presijeca srpski koridor i RS iz dva dijela ne bi imali šanse da prežive ni mjesec dana. Ta Maoča iz srebreničke opštine nekada se zvala Karavlasi, ali danas je to Gornja Maoča i u njoj žive 100% vehabije koji su tu pokupovali srpske kuće...“, ...„...tu žive Srbi naseljeni iz raznih vukojebina a malo je gradskog srpskog stanovništva, Ilićka je uglavnom baza SDS-a i radikalnih elemenata iz srpskog naroda pa je tu prisutan i ravnogorski pokret. Dakle, Ilićka je naselje uglavnom radikalno nastrojenih Srba koji bi najprije zakuhali sa brčanskim Bošnjacima i koje (ako bi došlo do kakvih secesionističkih scenarija u RS-u) treba prvo napasti i neutralisati, jer bi time Srbi u Brčkom izgubili jako i veliko uporište u gradu Brčkom, mi bi rasteretili Dizdarušu, koju bi ovi sa Ilićke mogli napadati preko Grčice. Po meni, najbolji scenario za brčanske Bošnjake je napasti prvo Grčicu i Ilićku sa te bijeljinske strane i tako osigurati Brčko na toj strani, a od strane Ivika i Gluhakovca napasti Grbavicu i uzeti Ulice, te tako osigurati se od napada iz pravca Lončara, istovremeno treba napasti srpska sela u bošnjačkom zaleđu Bukvik, Cerik i Gajeve, te osigurati koridor prema Gradačcu i Srebreniku i time potpuno osigurati brčansku opštinu i potpuno presjeći RS na dva dijela, a onda sa gradačačke strane krenuti na ove minijaturne srpske opštine Pelagićevo i Donji Žabar, čime bi se Brčko u potpunosti zaštitilo od napada sa šamačke strane.“

Ako analiziramo ovo krivično djelo vidljivo je da je u cjelosti izvršeno putem interneta sa posljedicom u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.

U ovom konkretnom predmetu svi postupajući sudovi su zauzeli stanovište da su ostvarena obilježja krivičnog djela-izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 160 stav 1. KZ BD.

Ovo djelo je izvršeno putem interneta, ali Ustavni sud BiH u razlozima svoje Odluke kojom odbacuje Apelaciju, osuđenog, kojom se isti pozivao na

"slobodu mišljenja, istu odbija kao neosnovanu. Jasno je da Ustavni sud ne dovodi u sumnju da je krivično djelo izvršeno, iako je izvršeno putem interneta.

Županijski sud u Širokom Brijegu pod brojem 08 0 K 002543 16 K donio je presudu za krivično djelo Organizirani kriminal iz člana 342. stav 2. KZ FBiH u sticaju sa krivičnim djelom Računarna prijevara iz člana 3. KZ FBiH:

„Kao pripadnici skupine za organizirani kriminal, a nakon što ih je kao skupinu tijekom 2015. godine organizirala osoba po imenu „A.", s ciljem zajedničkog djelovanja počinjenja kaznenih djela Računalne prijevare, sve u namjeri pribavljanja protupravne imovinske koristi, koja kaznena djela su propisana Kaznenim zakonom FBiH, na način da je A. Z. posredovao između organizatora po imenu „A.", te D. B. i A. D.-K., koji su od istog dobili zadatak da otvore transakcijske račune na svoje ime u više banaka u Banja Luci, a potom po uputama A. Z. mobilnim telefonom kontaktirali organizatora „A." koji im je dalje davao upute i to spisak banaka u kojima trebaju otvoriti račune na koja će biti uplaćena novčana sredstva, kao i da mu po otvaranju transakcijskih računa donesu brojeve računa, što su isti činili, a potom su pripadnici skupine dana 28.08.2015. godine neovlašteno pristupili transakcijskom računu poduzeća „K." d.o.o. P. vl…., broj … otvorenog kod UniCredit Bank d.d. Posušje, koje poduzeće vrši uplatu i isplatu preko tog transakcijskog računa koristeći Internet bankarstvo, na način da su putem više instaliranih softvera koji su omogućili dolazak do identifikacijskih informacija potrebnih za pristup Internet bankarstvu i daljinski pristup računaru i to: zlonamjernog softvera („malware") u datoteci „Patsh.exe", koji softver je omogućio daljinski pristup računaru bez lozinke i kontrolu istog, te bio aktivan dana 26.08.2015. godine, softver za daljinski nadzor računara koji je postojao na računaru 07.08.2015. godine, a koji je instaliran bez znanja i suglasnosti korisnika računara i bio podešen da se pokrene svaki put kada se korisnik prijavi na operativni sistem, te je mogao biti iskorišten za dobivanje PIN-a kojim se štiti pristup privatnom ključu pohranjenom na USB tokenu za elektronsko bankarstvo, softver za snimanje i pohranjivanje svega što korisnik kuca na tastaturi, te je mogao biti na računaru 27.08.2015. godine od 05,28 i pokretao se svaki put kad se korisnik prijavi na operativni sistem, te je mogao biti iskorišten za dobivanje PIN-a kojim se štiti pristup privatnom ključu pohranjenom na USB tokenu za elektronsko bankarstvo, te su upotrebom programa za te namjene TeamViewer u vremenu od 27.08.2015. godine u 23,40 do 28.08.2015. godine u 04,52 sati neovlašteno pristupili računaru, te u namjeri pribavljanja protupravne imovin-

ske koristi za sebe i organiziranu skupinu, neovlašteno izvršili 10 (deset) transakcija mijenjajući na taj način stanje novčanih sredstava na računu broj …, na način da su skinuli novac u ukupnom iznosu od 246.212,00 KM i kroz više transakcija novac prebacili na transakcijske račune pripadnika skupine za organizirani kriminal, kao plaćanje usluga, iako su znali da tim novcem nisu plaćene izvršene usluge, tako da su na račun broj … otvoren kod Intesa SanPaolo Bank d.d. Sarajevo na ime B. D. uplatili novac u iznosu od 24.355,00 KM, na račun broj … otvorenog kod Raiffeisen Bank d.d. BiH na ime D. B. uplatili novac u iznosu od 24.382,00 KM, na račun broj … otvorenog kod UniCredit Bank a.d. Banja Luka, na ime D. B. uplatili novac u iznosu od 25.357,00 KM, na račun broj … otvorenog kod Komercijalne banke a.d. Banja Luka, na ime D. B. uplatili novac u iznosu od 24.605,00 KM, na račun broj … otvoren kod „Hypo Alpe Adria – Bank“ a.d. Banja Luka na ime drugoosumnjičenog D. B. uplatili novac u iznosu od 24.430,00 KM, na račun broj … otvorenog kod Intesa SanPaolo Bank d.d Sarajevo na ime trećeosumnjičenog D. A. K. uplatili novac u iznosu od 24.352,00 KM, na račun broj … otvorenog kod Raiffeisen Bank d.d. BiH koji glasi na ime D. A. K. uplatili novac u iznosu od 24.132,00 KM, na račun broj … otvorenog kod UniCredit Bank a.d. Banja Luka na ime D. A. K. uplatili novac u iznosu od 25.260,00 KM, na račun broj … otvorenog kod Komercijalne banke a.d. Banja Luka na ime D. A. K. uplatili novac u iznosu od 24.557,00 KM i na račun broj … otvoren kod „Hypo Alpe Adria – Bank“ a.d. Banja Luka na ime D. A. K. uplatili novac u iznosu od 24.782,00 KM, koji su prebačena novčana sredstva držali na svojim transakcijskim računima raspolažući istim, iako su znali da im ta novčana sredstva ne pripadaju, po osnovu plaćanja usluga, jer nisu vršili nikakve usluge za poduzeće „K.“ d.o.o. P., nakon kojih transakcija su isti račun vlasništvo poduzeća „K.“ d.o.o. P., otvorenog kod UniCredit Bank Poslovnica Posušje na kojem su se vršile uplate i isplate putem Internet bankarstva, blokirali i izvršili masovno brisanje datoteke, kako se ne bi mogla izvršiti bilo kakva radnja sa istim računom, a potom su D. B. i D. A. K. ponovno po uputama „A.“, a posredstvom A. Z., podizali novac i istom ga predavali zadržavajući unaprijed ugovoreni postotak za sebe, kojom prilikom su od strane organizatora savjetovani da se ne razbacuju s novcem i da nikome ne pričaju o tome, a koji im je istovremeno predao papir na kojem su bile napisane smjernice kako će postupati u situaciji da ih pozove policija, na koji način su sebi i organiziranoj skupini pribavili protupravnu imovinsku korist u iznosu od 246.212,00 KM, i istovremeno oštetili poduzeće „K.“ d.o.o. P. za isti iznos novca,“

Iz navedenih primjera vidljivo je da se krivična djela mogu izvršiti i putem interneta, odnosno internet se pojavljuje kao mjesto izvršenja krivičnog djela.

6. Zaključak

Iz svega vidljivo je da se krivična djela izvršena putem interneta sve više pojavljuju.

Rad se bavi složenošću ovih djela, posebno utvrđivanja mjesta izvršenja krivičnog djela, ili pomoć kojima se sudovi služe pri određivanju mjesta izvršenja krivičnog djela, primjenom odredaba prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. Iz definicije kompjuterskog kriminala vidljivo je da se radi o veoma složenoj vrsti kriminala, a Krivični zakonik Republike Srpske, je u svojoj XXXII glavi propisao sedam krivičnih djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka. Evropska konvencija o kompjuterskom kriminalu, propisuje 4 grupe djela, a posebno interesantih stvari za ovu vrstu kriminala je kompjuterski virus, sa pojavnim oblikom hakingom. U sudskoj praksi sve je češća pojava ovih djela, koja ne možemo svrstati u samo jednu grupu krivičnih djela, nego u zavisnosti od vrste djela.

U samoj praksi se pojavljuje problem prikupljanja dokaza, jer su provajderi za većinu društvenih mreža ili veb portala, u inostranstvu. Zato se dokazi prikupljaju putem međunarodne pravne pomoći, a što otežava i usporava dokazni postupak.

Literatura:

1.Komentar Krivičnog zakona SFRJ, grupa autora, Savremena administracija, Beograd, 1982. godine.
2.Krivično pravo - opšti dio, M. Babić,I. Marković, Banja Luka, 2013, Pravni fakultet.
3.Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, D. Jovašević, Lj.Mitrović. V. Ikanović 2018. Banja Luka, Službeni glasnik Republike Srpske.
4.Ivica Sekulić, sudija Okružnog suda u Bijeljini "Kompjuterski kriminal" Visoka škola strukovnih studija Beograd 2010.
5. Krivični zakonik Republike Srpske ("Službeni glasnik RS" broj 64/2017).
6. Zakona o Krivičnom postupku Republike Srpske, („Sl. Glasnik RS" broj 53/12).
7. Zakon o prekršajima Republike Srpske ("Službeni glasnik RS" broj 63/14-110/17).
8. Ustavni sud Bosne i Hercegovine Odluka AP-1236/14 .
9. Vikipedija-slobodna enciklopedija.

Igor Cimeša, tužilac Okružno javno tužilaštvo Banja Luka

SASLUŠANJE SVJEDOKA PUTEM VIDEO-KONFERENCIJE

Sažetak: Nakon prikaza značaja saslušanja svjedoka neposredno na glavnom pretresu, u radu se ukazuje na moguću alternativu kojom bi se obezbijedilo svjedočenje svjedoka na glavnom pretresu, a da on istovremeno ne bude fizički prisutan u sudnici. Tu alternativu predstavlja svjedočenje svjedoka putem upotrebe video-konferencijske veze. Takav način saslušanja, koji je omogućen savremenim razvojem informacionih tehnologija i ima svoj osnov kako u domaćem, tako i u međunarodnom pravu, donosi brojne prednosti u smislu efikasnosti krivičnih postupaka i značajne uštede materijalnih troškova, uz istovremeno poštovanje prava optuženog na konfrontaciju sa svjedokom. Takođe, dat je osvrt i na mogućnost saslušanja svjedoka putem video-konferencijske veze tokom istrage, kao i prikaz iskustava Okružnog javnog tužilaštva u Banjaluci u pogledu saslušanja svjedoka korištenjem video-konferencije.
Ključne riječi: video-konferencija, svjedok, saslušanje, glavni pretres, istraga.

Summary: After discussing the significance of the examination of the witness directly at the main trial, the paper points at a possible alternative which can ensure the examination of the witness at main trial even if the witness is not physically present at the court room. The alternative is examination of a witness via video link/tele-conferencing. This way of examination was enabled by development of information technologies. It has grounds in domestic and international law and brings significant advantages in terms of efficiency of criminal proceedings and considerable savings of material resources. At the same time, it preserves the respect of the right of the defendant to confront the witness. Also, the paper discusses the possibility of examination of a witness via video-link during investigation and presents experiences of the District Public Prosecutor's Office in Banja Luka on examination of a witness via video-link.
Keywords: video conference, witness, examination, main trial, investigation.

1. Uvod

I pored velikog razvoja nauke i tehnologije, te razvoja naučnih metoda prikupljanja dokaza, koji se sve više primjenjuju, svjedok ostaje jedan od najznačajnijih izvora dokaza u krivičnom postupku. Pravila procesnih zakona u Bosni i Hercegovini predviđaju obavezu svjedoka da se odazove pozivu suda i da svjedoči na glavnom pretresu. Obaveza svjedoka da svjedoči pred sudom

tokom glavnog pretresa predstavlja jedan od načina ostvarivanja načela neposrednosti u krivičnom postupku. Ovo načelo označava da između izvora saznanja i krivičnog suda nema posrednika i da sud odlučuje prvenstveno na osnovu onoga što u pogledu činjenica sam utvrdi.[1] Načelno, samo oni dokazi koji su izvedeni tokom glavnog pretresa, odnosno na njemu u relevantnim procesnim formama potvrđeni, mogu da budu dokazna podloga za presudu kojom se pretres okončava.[2] Načelo neposrednosti predstavlja jedno od najznačajnijih načela savremenih krivičnih procedura, za koje se u teoriji krivičnog procesnog prava ističe da dozvoljava da se sačuvaju nijanse i svježina raznih momenata [prilikom svjedočenja], a pored toga stvara se mogućnost da se cijeni i držanje onoga koji daje iskaz: odlučnost, nesigurnost, pokreti, intonacija glasa i sl.[3] Smisao je toga načela da se dokazi na glavnom pretresu i pri donošenju presude moraju ocjenjivati u njihovom originalnom obliku.[4] Međutim, iako načelo neposrednosti ima veliki značaj, ono nije bez izuzetaka. I procesni zakoni u Bosni i Hercegovini daju veliki značaj ovom načelu. Tako, propisano je da sud zasniva presudu samo na dokazima koji su izneseni na glavnom pretresu,[5] pri čemu se dokazi izvode neposredno pred sudom, dok su slučajevi odstupanja od načela neposrednosti na glavnom pretresu regulisani posebnim zakonskim odredbama.[6] Naime, procesni zakoni u Bosni i Hercegovini propisuju slučajeve u kojima je na glavnom pretresu moguće čitanje zapisnika o iskazima koji su svjedoci dali tokom istrage. Krug tih slučajeva strogo je ograničen.

Prilikom razmatranja slučajeva u kojima zakon, izuzetno, dozvoljava odstupanje od načela neposrednosti posebno treba imati u vidu i odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u kontekstu ostvarivanja prava optuženog na pravično suđenje. Jedan od temeljnih principa ove konvencije, u smislu ostvarivanja prava optuženog na pravično suđenje, jeste i to da optuženi mora imati odgovarajuću mogućnost da ispita i osporava iskaz svjedoka protivne strane. Ako se optuženom pruži odgovarajuća prilika

[1] M. Škulić, *Krivično procesno pravo,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 64.
[2] *Ibidem.*
[3] T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Naučna knjiga, Beograd, 1964, str. 231.
[4] V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo – knjiga prva*, Školska knjiga, Zagreb, 1960, str. 180.
[5] Čl. 281 st. 1 ZKP BiH, čl. 295 st. 1 ZKP RS, čl. 296 st. 1 ZKP FBiH, čl. 281 st. 1 ZKP BD BiH.
[6] Čl. 273 st. 2 ZKP BiH, čl. 288 st. 2 ZKP RS, čl. 288 st. 2 ZKP FBiH, čl. 273 st. 2 ZKP BD BiH.

da ospori izjave, bilo u trenutku kada su date ili u kasnijoj fazi, njihovo prihvatanje kao dokaza neće samo po sebi predstavljati kršenje st. 1 i st. 3 (d) čl. 6 Evropske konvencije.[7] Međutim, posljedica ovoga je da su, u slučajevima gdje je osuda zasnovana bilo isključivo ili u odlučujućoj mjeri na izjavama lica koje optuženi nije mogao da ispita sam ili preko drugog lica, tokom istrage ili tokom glavnog pretresa, prava odbrane ograničena u mjeri koja je nespojiva s jemstvima koja pruža čl. 6 Evropske konvencije. Iz ovoga proizlazi da, kada se optužba pretežno ili u odlučujućoj mjeri zasniva na iskazu odsutnog svjedoka, u svakom konkretnom slučaju postavlja se pitanje da li postoje procesne garancije koje dozvoljavaju pravičnu i odgovarajuću ocjenu pouzdanosti takvog dokaza.[8] To će, po pravilu, dovesti do zaključka o kršenju prava na pravično suđenje.

Ponekad, zbog različitih razloga, svjedoci nisu u mogućnosti ispuniti svoju osnovnu dužnost davanja iskaza na glavnom pretresu, i to zbog bolesti, životne dobi, ličnih okolnosti, prostorne udaljenosti ili drugih razloga. Tradicionalno, pravila krivične procedure predviđaju načine za prevazilaženje ovakvih procesnih situacija. Jedan od tih načina jeste i odstupanje od načela neposrednosti, što se realizuje kroz mogućnost čitanja na glavnom pretresu zapisnika o iskazima koji su svjedoci dali tokom istrage. Međutim, vidjeli smo da je, s jedne strane, krug tih slučajeva strogo ograničen, a s druge strane, praksa i tumačenje Evropskog suda za ljudska prava nameću značajno ograničenje kroz nemogućnost zasnivanja osuđujuće presude isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu svjedoka koga optuženi nije imao mogućnost ispitati. Drugi mogući način za prevazilaženje situacije u kojoj svjedoci nisu u mogućnosti pristupiti neposredno pred sud, jeste mogućnost saslušanja svjedoka van

[7] Vidjeti npr. *Luca protiv Italije*, br. 3354/96, presuda Evropskog suda za ljudska prava od 27. februara 2001. godine, stav 40.

[8] Evropski sud za ljudska prava razmatrao je niz predmeta u kojima se postavilo pitanje prihvatanja iskaza svjedoka koji nije saslušan na glavnom pretresu i zasnivanja osuđujuće presude (isključivo ili u odlučujućoj mjeri) na takvom dokazu. Vidjeti: *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 26766/05 i 22228/06, presuda od 15. decembra 2011. godine; *Schatschashwili protiv Njemačke*, br. 9154/10, presuda od 15. decembra 2015. godine; *Dimović protiv Srbije*, br. 24463/11, presuda od 28. juna 2016. godine. Vidjeti i Odluku o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH br. AP-2143/11 od 24. aprila 2014. godine, stav 60. U kontekstu primjene video-konferencije, značajna je odluka u predmetu Paić, gdje je Evropski sud za ljudska prava, kada je razmatrao zašto je došlo do kršenja prava optuženog na pravično suđenje, uzeo u obzir da nacionalni sud nije ni pokušao osigurati prisustvo svjedoka, između ostalog, ni putem video veze. Vidjeti: *Paić protiv Hrvatske*, br. 47082/12, presuda od 29. marta 2016. godine, stav 47.

sudnice. Naime, procesni zakoni u Bosni i Hercegovini propisuju[9] da sudija, odnosno predsjednik vijeća na glavnom pretresu može narediti da se svjedok sasluša van sudnice ukoliko njegovo svjedočenje smatra važnim. Iz ovih odredbi jasno je da ovakav način saslušanja svjedoka iziskuje velike materijalne troškove u situaciji kada svjedok npr. boravi u drugom mjestu ili u inostranstvu, s obzirom da saslušanju, pored suda, moraju prisustvovati i stranke i branilac. Ni praksa nije zabilježila naročito često korišćenje ovog instituta, pa i njegovi dometi ostaju veoma ograničeni.[10]

2. Uopšte o video-konferenciji u krivičnom postupku

Korišćenje savremenih informacionih tehnologija u sudskim postupcima daje još jednu alternativu kojom je moguće obezbijediti učešće svjedoka na glavnom pretresu, bez njegove fizičke prisutnosti u sudnici, a da se time ne odstupi od načela neposrednosti, odnosno da se time ne dovede do povrede prava na odbranu optuženog. Riječ je o saslušanju svjedoka video linkom, odnosno video-konferencijskom vezom. Nezavisno od korišćenja ove tehnologije u sudskim postupcima, razvoj informacionih tehnologija doveo je do smanjivanja razlika između fizičkog i virtuelnog kontakta.[11] U tom smislu, saslušanje svjedoka putem video-konferencijske veze predstavlja takav način saslušanja svjedoka u realnom vremenu, a da pri tome svjedok nije i stvarno fizički prisutan u sudnici u kojoj se sprovodi procesna radnja saslušanja svjedoka.[12] Video-konferencija predstavlja upotrebu interaktivnih telekomunikacionih tehnologija za svjedočenje svjedoka putem istovremenog audio i video prenosa u oba smjera.[13] Ovakav način saslušanja svjedoka ima brojne prednosti,

[9] Čl. 272 st. 1 ZKP BiH, čl. 287 st. 1 ZKP RS, čl. 287 st. 1 ZKP FBiH, čl. 272 st. 1 ZKP BD BiH.

[10] Ovdje treba spomenuti i institut sudskog obezbjeđenja dokaza predviđen čl. 233 ZKP BiH, čl. 231 ZKP RS, čl. 238 ZKP FBiH, te čl. 223 ZKP BD BiH.

[11] E. J. Van der Vils, *Videoconferencing in criminal proceedings*, in: S. Braun, J. L. Taylor (Eds.), *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, Guildford, University of Surrey, 2011, str. 11.

[12] D. Kos, *Mogućnost korištenja videokonferencijske veze u tzv. prekograničnim svjedočenjima*, str. 6. Dostupno na adresi: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/DKos_Mogucnost-koristenja-videokonferencijske-veze-svjedocenja_2006.pdf (pristupljeno 30. marta 2019. godine).

[13] *Priručnik i komentari za Poslovnik o primjeni mjera za zaštitu svjedoka za sudove u Republici Srpskoj*, str. 20. Dostupno na adresi: http://pravosudje.ba/vstv/faces/pdfservlet?p_id_doc=22491 (pristupljeno 30. marta 2019. godine).

predviđen je pozitivnim propisima, kako u Bosni i Hercegovini, tako i u izvorima međunarodnog prava, te je stoga moguće obaviti saslušanje svjedoka putem video-konferencijske veze bilo unutar Bosne i Hercegovine, bilo u inostranstvu. Pri svemu tome, ne treba izgubiti iz vida da saslušanje svjedoka neposredno na glavnom pretresu ostaje primarni način saslušanja, a alternativi u vidu svjedočenja putem video-konferencije treba pribjegavati samo onda kada za to postoje određeni specifični razlozi.

Korišćenje video-konferencije omogućava da svjedoci tokom glavnog pretresa svjedoče „na daljinu", bilo da se fizički nalaze u drugoj prostoriji unutar suda, bilo da svjedoče sa neke druge, udaljene, lokacije. Ovakav način saslušanja predstavlja neobično privlačnu alternativu kojom je moguće obezbijediti svjedočenje svjedoka, a da se on ne izlaže naporu ili riziku neposrednog dolaska na sud, pri čemu se obezbjeđuje poštovanje svih prava odbrane, naročito prava optuženog da neposredno ispita svjedoke i ospori njihove izjave, što je jedan od temeljnih principa prava na pravično suđenje. Videokonferencija omogućava odsustvo svjedoka sa mjesta gdje se održava suđenje, ali da u isto vrijeme vidi i čuje sudije, stranke i branioca, i bude viđen i saslušan.[14] Pri tome, način korišćenja video-konferencijske veze trebao bi biti takav da saslušanje svjedoka bude sa minimalnim razlikama u odnosu na situaciju kada svjedok svjedoči u sudnici.

3. Prednosti saslušanja svjedoka putem video-konferencije

Ono što predstavlja ključnu razliku između svjedočenja putem videokonferencijske veze u odnosu na slučajeve kada se odstupa od načela neposrednosti, jeste da se na taj način pruža mogućnost protivnoj strani da unakrsno ispita svjedoka, čime se u potpunosti poštuje pravo na odbranu optuženog. Na ovaj način omogućava se da svjedok bude saslušan bez fizičke prisutnosti u sudnici, a da se time ni na koji način ne povrijedi pravo na odbranu. To je ujedno ključni razlog zbog kojeg ovu mogućnost treba što šire koristiti, uvijek kada za to postoje razlozi. Kako se ističe, time se fizički odstupa od načela neposrednosti, ali suštinski, pa i u krivičnoprocesnom smislu se ono poštuje, jer se saslušanje ostvaruje putem tehničke veze, tokom samog suđenja, a svi učesnici postupka, koji imaju to pravo, mogu da ostvare onu vrstu procesne komunikacije sa svjedokom ili oštećenim, koja je i inače moguća kada ta lica daju iskaz dok su fizički prisutna u sudnici.[15] O pitanju da li se korišćenjem

[14] *Ibidem.*
[15] M. Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opši dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2005, str. 320.

video-konferencijske veze eventualno krše prava optuženog izjasnio se i Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, u čijoj sudskoj praksi se relativno često koristio ovakav način saslušanja. Tako, u jednoj odluci, vijeće tog suda zauzelo je stav prema kome: „Video-konferencija je, zapravo, samo produžetak pretresnog vijeća na lokaciji na kojoj se svjedok nalazi. Optuženom stoga nije niti uskraćeno pravo da se suoči sa svjedokom, niti u materijalnom smislu išta gubi zbog činjenice da je svjedok fizički odsutan. Dakle, ne može se reći uz bilo kakvo opravdanje da je davanje iskaza putem konferencijske video-veze kršenje prava optuženog da se suoči sa svjedokom.“[16] U jednoj drugoj odluci istog suda navodi se da: „se korištenjem video-konferencijske veze ne krše prava optuženog da unakrsno ispita svjedoka ili da se sa njim neposredno suoči. Vijeće se takođe slaže sa drugim pretresnim vijećima da video-konferencije zapravo omogućavaju strani koja vrši unakrsno ispitivanje da posmatra reakcije svjedoka i omogućavaju vijeću da ocijeni vjerodostojnost i pouzdanost svjedočenja na isti način kao i za nekog svjedoka koji je fizički prisutan u sudnici i prirodi njegovog očekivanog iskaza. Stoga se vijeće uvjerilo da optuženom neće biti nanesena nikakva šteta kao posljedica njegovog svjedočenja putem video-konferencijske veze.“[17] Ovo pitanje razmatrao je i Sud Bosne i Hercegovine, koji je u jednoj odluci zauzeo identičan stav: „Prvostepeno vijeće je s dužnom pažnjom postupalo kada su u pitanju ovi dokazi, pa je u tom smislu imalo u vidu da se presuda ne može u odlučujućoj mjeri ili isključivo zasnovati na iskazima svjedoka koji nisu dali usmeni iskaz na glavnom pretresu. Stoga je, u cilju unakrsnog ispitivanja, D.M. svjedočio putem video linka da bi odbrana imala mogućnost unakrsno ispitati svjedoka na okolnost sačinjenih izvještaja, čime je prvostepeno vijeće ispoštovalo pravo na odbranu optuženih.”[18] Identičan stav zauzeli su i sudovi u regionu: „U ovom postupku pojedini svjedoci i svjedoci-oštećeni saslušani su putem video-konferencijske veze na način predviđen odredbama Ugovora između Srbije i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, imajući svakako u vidu da se radi o izuzetku od načela neposrednosti, ali i da

[16] MKSJ (Pretresno vijeće), Tužilac protiv Mucića i drugih (IT-96-21), *Odluka o prijedlogu da se svjedocima K, L i M dozvoli da svjedoče putem video link konferencije* od 28.05.1997. godine, stav 15.
[17] MKSJ (Pretresno vijeće), Tužilac protiv Radovana Karadžića (IT-95-5/18-T), *Odluka po zahtjevu tužilaštva za saslušanje putem video-konferencijske veze* od 17.06.2010. godine, stav 9.
[18] Sud Bosne i Hercegovine, Tužilaštvo protiv Duška Jevića, Mendeljeva Đurića, Gorana Markovića i Neđe Ikonića (S1 1 K 003417 Krž 12), Drugostepena presuda od 20.05.2013. godine.

je strankama bilo omogućeno postavljanje pitanja, da je optuženom bilo omogućeno suočavanje sa svjedocima, te da se radilo o licima od kojih pojedina imaju prebivalište u inostranstvu, prema kojima se ne mogu primijeniti mjere prinude radi obezbjeđivanja prisustva na glavnom pretresu, od kojih su pojedini, iz razloga sigurnosti, prihvatili da svjedoče jedino putem videokonferencijske veze, dok se svjedoci Z.B i Ž.B. nalaze na izdržavanju kazne zatvora u KPZ... u Bosni i Hercegovini, a radi se o iskazima svjedoka koji su veoma značajni za utvrđivanje činjeničnog stanja, tako da su po ocjeni suda, zadovoljeni svi kriterijumi za prihvatanje ovakvog načina saslušanja svjedoka u konkretnom slučaju."[19] Iz izloženog proizlazi da ovakav način svjedočenja predstavlja efikasnu alternativu u onim situacijama kada bi inače dolazilo u obzir odstupanje od načela neposrednosti, čime se omogućuva poštovanje svih prava optuženog, a posebno njegovog prava da ispita i ospori iskaze svjedoka protivne strane.

Pored toga, u kontekstu Bosne i Hercegovine, svjedoci smo da je tokom posljednje dvije ili tri decenije došlo do velikih migracija stanovništva, kako unutar njenih granica, a veoma često i preko granica Bosne i Hercegovine. Usljed toga, mnogi svjedoci koji bi mogli dati korisna saznanja o krivičnom djelu, učiniocu ili o drugim važnim pitanjima za krivični postupak, nisu dostupni tokom glavnog pretresa, jer ne borave u mjestu gdje bi trebali svjedočiti ili borave van granica Bosne i Hercegovine i veoma je rijetko posjećuju. Sve ovo predstavlja moguće razloge za obezbjeđenje njihovog svjedočenja video-konferencijom. Svjedočenje putem video-konferencije moglo bi biti opravdano upravo u situacijama kada svjedok ima zdravstvene probleme, pa njegovo putovanje iz zdravstvenih razloga ne bi bilo preporučljivo, kao i u situacijama kada životna dob ili lične prilike svjedoka, poput određenih privatnih ili poslovnih razloga, onemogućuju njegov dolazak pred sud.[20] Na taj način obezbjeđuje se da nedostupni svjedoci postanu dostupni, čime se istovremeno utiče i na efikasnost krivičnog postupka. Pri svemu tome, ne treba zanemariti ni mogućnosti za postizanje značajnih ušteda materijalnih troškova ovakvim načinom saslušanja (troškovi putovanja, smještaja i sl.), što sve pred-

[19] Presuda Višeg suda u Beogradu, broj K.Po2 br. 5/2013 od 06.02.2014. godine.
[20] I u praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, kao razlozi za saslušanje svjedoka video linkom, navođeni su loše zdravstveno stanje svjedoka, bezbjednost svjedoka, starosna dob svjedoka, ekonomske ili druge neprilike svjedoka. Više o tome: *Priručnik o odbrani u predmetima međunarodnog krivičnog prava*, UNICRI, ADC-ICTY, ODIHR-OSCE, 2011, str. 98.

stavlja prednosti korišćenja video-konferencije u krivičnom postupku, naročito u situacijama kada se sudovi susreću sa ograničenim budžetima za ove namjene.

4. Pravni okvir i tehničke mogućnosti u Bosni i Hercegovini

Odredbe procesnih zakona u Bosni i Hercegovini izričito predviđaju mogućnost da se svjedok sasluša putem video linka.[21] Upravo ova odredba predstavlja nesumnjiv pravni osnov za saslušanje svjedoka putem video linka u domaćem pravu. Novi procesni zakoni u Bosni i Hercegovini doneseni su tokom 2003. godine, pa je i ova odredba još u početku njihove primjene ocijenjena kao veoma značajna novina.[22] Iz sadržaja ove odredbe jasno proizlazi da su razlozi za određivanje ovakvog načina saslušanja veoma široko postavljeni, s obzirom da se izričito navode životna dob, tjelesno i duševno stanje, ali i drugi opravdani interesi, pa je odgovarajućim tumačenjem, pod ovu odredbu moguće podvesti gotovo sve zamislive situacije kada postoje razlozi zbog kojih svjedok ne može pristupiti na sud radi svjedočenja. Pored izričito navedenih uslova koji se odnose na životnu dob, te tjelesno i duševno stanje, zakonska odredba navodi i druge opravdane interese. Odredba ne navodi koji su to opravdani interesi, ali je sigurno da će to biti neke situacije kada treba saslušati neko dijete, maloljetno lice, svjedoka – žrtvu krivičnog djela i sl., što će zavisiti od procjene konkretnih okolnosti.[23] To praktično znači da u svim onim situacijama kada sud ocijeni da se radi o značajnom svjedočenju, a uloženi su razumni napori da se obezbijedi svjedočenje svjedoka neposredno na sudu, koji su ostali bezuspješni, može se odrediti ovakav način saslušanja.[24]

---

[21] Čl. 86 st. 6 ZKP BiH, čl. 151 st. 6 ZKP RS, čl. 100 st. 6 ZKP FBiH, čl. 86 st. 6 ZKP BD BiH. Tim odredbama propisano je da se, s obzirom na životnu dob, tjelesno i duševno stanje ili druge opravdane interese, svjedok može saslušati posredstvom tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka tako da mu stranke i branilac mogu postavljati pitanja bez prisustva u prostoriji u kojoj se svjedok nalazi. Ista odredba propisuje da se za potrebe takvog ispitivanja može odrediti i stručno lice.

[22] H. Sijerčić-Čolić i drugi, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Savjet Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005, str. 266.

[23] M. Simović, *op. cit.*, str. 320.

[24] Prema praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju za saslušanje svjedoka putem video-konferencijske veze potrebno ja da su ispunjena tri uslova: a) svjedok mora biti nesposoban ili imati opravdan razlog za svoju nespremnost da dođe na Međunarodni sud; b) iskaz svjedoka mora biti dovoljno značajan da bi dalji postupak bez njega bio nepravičan za stranu u postupku koja ga je predložila; v) optuženom ne smije biti nanesena nikakva šteta u pogledu korištenja njegovog prava na suočavanje sa svjedokom. Vidjeti

Pored pravnog okvira, koji je u Bosni i Hercegovini zadovoljavajući, neophodna pretpostavka za sprovođenje ovakvog načina saslušanja jeste i postojanje odgovarajućih tehničkih kapaciteta. U tom smislu, Visoki sudski i tužilački savjet BiH je, kroz projekte finansirane iz sredstava Evropske unije, u 2013. godini implementirao video-konferencijski sistem u pravosuđe Bosne i Hercegovine. U prvo vrijeme, video-konferencijskim sistemom povezano je 28 institucija u okviru pravosuđa Bosne i Hercegovine, pri čemu su, implementacijom sistema, omogućena njegova buduća proširenja i povezivanje većeg broja institucija. Proširenje sistema i njegova implementacija u dodatnih sedam tužilaštava realizovana je tokom 2014. godine kroz projekat „Jačanje tužilačkih kapaciteta u sistemu krivičnog pravosuđa“. Početkom 2015. godine ispunjeni su tehnički uslovi za uspostavljanje video-konferencijske veze i sa pravosudnim institucijama u inostranstvu čime je omogućeno saslušanje svjedoka iz inostranstva u predmetima koji se vode pred sudovima u Bosni i Hercegovini. U sadašnjem trenutku, kroz video-konferencijski sistem povezano je 35 pravosudnih institucija u Bosni i Hercegovini.

5. Mogući načini korišćenja video-konferencije

Jedan od mogućih načina upotrebe video-konferencijske veze u krivičnom postupku jeste svjedočenje svjedoka iz jednog suda na glavnom pretresu koji se vodi u drugom sudu u Bosni i Hercegovini. U slučaju da svjedok nije u mogućnosti doputovati u sud u kome se održava glavni pretres, svjedočenje u okviru glavnog pretresa može biti realizovano putem video-konferencijskog sistema. Uslov za ovo je da sud koji vodi postupak bude povezan video-konferencijskim sistemom, kao i sud iz čijih prostorija će biti realizovano svjedočenje. Već je rečeno da je u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine 35 pravosudnih institucija povezano video-konferencijskim sistemom, pa u tom pogledu postoje značajni potencijali za šire korišćenje ovakvog načina svjedočenja.[25] U ovom slučaju, molba za obezbjeđenje svjedočenja iz nekog drugog

pravilo 81*bis* Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju.

[25] Tako se u saopštenju Okružnog suda u Trebinju od 24.06.2015. godine, povodom prvog svjedočenja svjedoka putem video-konferencije u praksi tog suda, navodi: „Ovaj sud, u budućnosti, ima u planu koristiti video – konferencijske veze prilikom ispitivanja vještaka koji dosta često dolaze iz Banja Luke, što će nesporno uticati na smanjenje troškova (troškovi smještaja vještaka, putni troškovi) a uticaće i na efikasnost vođenja postupka, jer je ponekad vrlo teško „uskladiti“ termin održavanja glavnog pretresa.“ Dostupno na: http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/kategorijevijesti.jsp?ins=15&modul=5157 (pristupljeno 30. marta 2019. godine).

suda unutar Bosne i Hercegovine može se realizovati na osnovu opštih odredbi o pravnoj pomoći koje sadrže procesni zakoni u Bosni i Hercegovini.[26] U pogledu praktičnih koraka koje je potrebno preduzeti u cilju uspostavljanja video-konferencije, treba reći da, nakon obavještavanja IKT službenika o planiranoj video-konferencijskoj vezi, IKT službenik suda uputiće zahtjev IKT odjelu Visokog sudskog i tužilačkog savjeta BiH, sa tehničkim podacima potrebnim za uspostavljanje video linka,[27] koji će istovremeno izvršiti rezervisanje video link veze. Na ovaj način ispunjene su tehničke pretpostavke za uspostavljanje veze. Sam način saslušanja svjedoka odvija se na identičan način kao u slučaju kada je svjedok prisutan u sudnici.

Drugi mogući način korišćenja video-konferencijske veze u krivičnom postupku jeste svjedočenje svjedoka iz inostranstva na suđenju pred nekim od sudova u Bosni i Hercegovini. Ovakav način svjedočenja moguće je realizovati u okviru međunarodne krivičnopravne pomoći. To znači da je za realizovanje takvog načina saslušanja nužno preduzeti određene formalne korake u cilju uspostavljanja video-konferencijske veze sa inostranim pravosudnim organom. Bosna i Hercegovina ima zaključene međunarodne ugovore sa velikim brojem država. Pored toga, veliki značaj u oblasti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, kada su u pitanju države članice Savjeta Evrope (sa kojima se i odvija najveći dio međunarodne pravne pomoći) imaju odredbe Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa dodatnim protokolima (u daljem tekstu: Evropska konvencija[28]). Kada su u pitanju međunarodni ugovori, odredbe o saslušanju svjedoka putem video-konferencije sadržane su odredbama čl. 9 Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima (u daljem tekstu: Drugi dodatni protokol). Taj član propisuje uslove

[26] Čl. 21 i 22 ZKP BiH, čl. 21 i 22 ZKP RS, čl. 22 i 23 ZKP FBiH, te čl. 21 i 22 ZKP BD BiH.

[27] U tu svrhu koriste se standardni obrasci koje je moguće dobiti od IKT odjela Visokog sudskog i tužilačkog savjeta BiH.

[28] *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Objavljena u „Službenom glasniku BiH" – Međunarodni ugovori broj 4/2005. Konvencija je sačinjena 20. aprila 1959. godine u Strazburu sa Dodatnim protokolom od 17. marta 1978. godine i Drugim dodatnim protokolom od 08. novembra 2001. godine. Lista država potpisnica Konvencije i dodatnih protokola nalazi se na: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/030. (pristupljeno 31. marta 2019. godine). Evropska konvencija stupila je na snagu 12. juna 1962. godine (u Bosni i Hercegovini na snazi od 24. jula 2005. godine). Bosna i Hercegovina potpisala je Drugi dodatni protokol 17. maja 2006. godine, a ratifikovala ga 07. novembra 2007. godine (za Bosnu i Hercegovinu na snazi od 01. marta 2008. godine).

i načine sprovođenja video-konferencije. Za Drugi dodatni protokol se ističe da naročito doprinosi ujednačavanju procesnih pravila, a predviđa i nove oblike saradnje.[29] Prema čl. 9 Drugog dodatnog protokola, ukoliko neko lice sa teritorije jedne strane ugovornice treba da svjedoči (ili vještači) pred sudskim organima druge strane ugovornice, a lično prisustvo tog lica radi saslušanja (ili vještačenja) nije poželjno ili moguće, druga strana ugovornica može zatražiti saslušanje putem video-konferencije. Drugi dodatni protokol propisuje da će zamoljena strana odobriti saslušanje putem video-konferencije pod uslovom da to nije u suprotnosti sa osnovnim principima njenog zakonodavstva i pod uslovom da raspolaže neophodnim tehničkim kapacitetima za sprovođenje takvog saslušanja.[30] Značajnu mogućnost predstavlja i odredba prema kojoj, u slučaju da zamoljena strana ne raspolaže potrebnim tehničkim sredstvima, takva sredstva joj, na osnovu međusobnog dogovora, može staviti na raspolaganje država molilja. Sam način sprovođenja video-konferencije regulisan je st. 2 do 7 čl. 9 Drugog dodatnog protokola.

6. Praktični koraci u cilju saslušanja svjedoka video-konferencijom

Prije samog upućivanja zamolnice za međunarodnu pravnu pomoć korisno je ostvariti kontakt sa svjedokom, te u slučaju da svjedok nije u mogućnosti doputovati u Bosnu i Hercegovinu, informisati ga o mogućnosti saslušanja putem video-konferencije. Iz tih razloga, prilikom saslušanja svjedoka u istrazi potrebno je pribaviti njegove kontakt podatke, poput tačne adrese boravišta i kontakt telefona. Poželjno bi bilo i da svjedok obrazloži razloge iz kojih nije u mogućnosti doputovati, kako bi se prijedlog za saslušanje putem video-konferencije mogao obrazložiti, a po potrebi, moguće je od svjedoka zahtije-

[29] H. Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo – knjiga II*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 254.

[30] Korisne informacije o pravnim i tehničkim mogućnostima za održavanje video-konferencije u okviru država članica Savjeta Evrope moguće je pronaći u: *Odgovori na upitnik o pravnim i tehničkim aspektima upotrebe video-konferencija u međusobnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*, 2012., Evropski komitet za probleme kriminala, Komitet eksperata za primjenu Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, Dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/PC-OC%20(2012)%201%20Rev2%20Replies%20Questionnaire%20on%20legal%20and%20technical%20aspects%20of%20video%20conferences%2002_07.pdf (pristupljeno 30. marta 2019. godine).

vati da dostave relevantnu dokumentaciju kojom bi se takvi razlozi potkrijepili.[31] Također, korisno je u zamolnici navesti broj telefona ili e-mail adresu domaćeg pravosudnog organa radi lakše komunikacije i dostavljanja tehničkih podataka potrebnih za uspostavljanje video-konferencijske veze.

Nakon što strana država prihvati postupanje po zamolnici neophodno je preduzeti odgovarajuće tehničke korake u cilju uspostavljanja video-konferencijske veze. Naime, nakon što strani pravosudni organ obavijesti domaći pravosudni organ da je primio zamolnicu i da će postupiti po istoj, neophodno je da IKT službenik domaćeg pravosudnog organa uputi zahtjev IKT odjelu Visokog sudskog i tužilačkog savjeta Bosne i Hercegovine, nakon čega će taj odjel izvršiti rezervisanje video link veze, te IKT službeniku domaćeg pravosudnog organa dostaviti pristupne podatke potrebne za video-konferencijski poziv.[32] Ove podatke potrebno je proslijediti službenicima stranog pravosudnog organa. Također, od stranog pravosudnog organa neophodno je zatražiti određene tehničke podatke, i to: 1) IP adresu, 2) informaciju o proizvođaču video-konferencijske opreme, 3) dostaviti IP adresu domaćeg pravosudnog organa i naglasiti da će potrebne podatke o broju video-konferencijske sobe i PIN kod neophodan za pristup dobiti nakon što se ugovori datum testiranja, 4) naglasiti da se isključivo koristi IP za uspostavljanje videokonferencijskih poziva. Korisno je sa stranim pravosudnim organom dogovoriti i testiranje video-konferencijske veze prije samog suđenja. Na ovaj način moguće je provjeriti kvalitet veze, te se na taj način ostavlja dovoljno vremena za otklanjanje eventualnih poteškoća kako bi se omogućilo pravilno funkcionisanje opreme.

7. Saslušanje svjedoka putem video-konferencije na glavnom pretresu i u istrazi

Prema Drugom dodatnom protokolu, poziv za saslušanje svjedoka upućuju pravosudni organi zamoljene države u skladu sa svojim pravom. Identitet svjedoka utvrđuje pravosudni organ države po čijem zahtjevu se sprovodi saslušanje, a samo saslušanje neposredno sprovodi taj organ. To praktično znači da se, nakon ovog uvodnog dijela, koji obuhvata uspostavljanje video-

[31] Primjera radi, prije saslušanja svjedoka putem video linka pred Okružnim sudom u Banja Luci, svjedok (koji boravi u stranoj zemlji) uputio je sudu dopis u kome je detaljno opisao svoje zdravstveno stanje, priložio medicinsku dokumentaciju, te izrazio volju da svjedoči putem video linka.

[32] Kako je već navedeno, u tu svrhu koriste se standardni obrasci koje je moguće dobiti od IKT odjela Visokog sudskog i tužilačkog savjeta Bosne i Hercegovine.

konferencijske veze, utvrđivanje identiteta, davanje upozorenja svjedoku i polaganje zakletve, saslušanje sprovodi po pravilima direktnog, unakrsnog i dodatnog ispitivanja, na isti način kao i kada je svjedok prisutan na sudu. Drugi dodatni protokol predviđa da se prilikom saslušanja svjedok može pozvati na svoje pravo da ne svjedoči i to bilo na osnovu prava države u kojoj se nalazi, bilo na osnovu prava države koja je uputila zamolnicu. Predviđeno je i da nadležni organi dvije strane mogu dogovoriti i mjere zaštite lica koje se saslušava. Ovo je posebno važno, jer na ovaj način moguće je u potpunosti provesti sve mjere za zaštitu svjedoka, u onim slučajevima gdje je sud donio takvu odluku.

Već smo vidjeli da odredbe procesnih zakona u Bosni i Hercegovini izričito predviđaju mogućnost da se svjedok sasluša putem video linka. Tim odredbama propisano je da se, s obzirom na životnu dob, tjelesno i duševno stanje ili druge opravdane interese, svjedok može saslušati posredstvom tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka tako da mu stranke i branilac mogu postavljati pitanja bez prisustva u prostoriji u kojoj se svjedok nalazi. Ova odredba smještena je u dio zakona koji uređuje saslušanje svjedoka kao radnju dokazivanja koja se preduzima tokom istrage. Iz tog razloga, uzimanje izjave od svjedoka putem video-konferencije tokom istrage treba učiniti na sličan način na koji se takva izjava i inače uzima od svjedoka tokom istrage. Pored toga, za pravilnost takve radnje, treba imati u vidu i odredbe procesnih zakona koje uređuju obavezu sastavljanja zapisnika o preduzetoj radnji, sadržaj i vođenje zapisnika, čitanje i potpisivanje zapisnika, te mogućnost za audio ili audio-vizuelno snimanje preduzetih radnji. Pregled ovih odredbi procesnih zakona dovodi do zaključka da u Bosni i Hercegovini ne postoje odredbe koje bi zabranjivale saslušanje svjedoka putem video-konferencije tokom istrage. S obzirom na to da je davanje iskaza putem video linka (na glavnom pretresu) široko prihvaćeno, a zapisnici o saslušanju svjedoka u istražnoj fazi imaju daleko manju dokaznu vrijednost od iskaza svjedoka na pretresu, iz toga proizlazi da ova odredba sama po sebi uređuje i upotrebu video tehnologije u istražne svrhe.[33]

Kao što je navedeno, saslušanje svjedoka putem video linka tokom istrage moguće je uz primjenu relevantnih odredbi procesnih zakona u Bosni i

[33] OSCE Projekat „Jačanje kapaciteta za procesuiranje predmeta ratnih zločina“, „*Upotreba video-konferencije za saslušanje svjedoka u fazi istrage u Bosni i Hercegovini: Razmatranje zakonskog okvira i okvira politika“* (02.11.2015. godine), str. 4.

Hercegovini o snimanju dokaznih radnji audio ili audio-vizuelnim sredstvima.[34] Prema tome, u praktičnoj realizaciji ovakvih saslušanja, nadležni organ strane države, nakon uspostavljanja video-konferencijske veze, na početku saslušanja prepušta sprovođenje saslušanja tužiocu koji sprovodi tu radnju. U sljedećem koraku, pravi se audio-video zapis cjelokupnog saslušanja, a samo saslušanje sprovodi tužilaštvo iz Bosne i Hercegovine putem video linka, uz primjenu zakonskih odredbi koje se odnose na snimanje dokaznih radnji audio ili audio-vizuelnim sredstvima.

8. Iskustva Okružnog javnog tužilaštva u Banjaluci

Okružno javno tužilaštvo u Banjaluci je, od implementacije video-konferencijskog sistema, u nekoliko predmeta koristilo ovakav način saslušanja svjedoka. Tako, tokom istrage, svjedoci su saslušavani putem video linka, na osnovu zamolnica za međunarodnu pravnu pomoć, u predmetima koji su se odnosili na krivična djela iz grupe krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Saradnja je ostvarena sa pravosudnim organima Sjedinjenih Država, Australije, Danske, Belgije i Norveške. U praktičnom smislu, nakon upućivanja zamolnice, obavljano je rezervisanje video linka kod IKT odjela VSTV BiH na standardnim obrascima i prosljeđivanje tehničkih podataka stranim pravosudnim organima, a samo saslušanje sprovođeno je uz primjenu zakonskih odredbi o snimanju dokaznih radnji audio-vizuelnim sredstvima. Takođe, od predstavnika stranih pravosudnih organa zahtijevano je da se predstave i naznače u kom svojstvu prisustvuju saslušanju,

[34] Čl. 155 ZKP BiH, čl. 66 ZKP RS, čl. 169 ZKP FBiH, te čl. 155 ZKP BD BiH. Ovim odredbama propisano je da se sve preduzete radnje u toku krivičnog postupka, u pravilu, snimaju uređajem za audio ili audio-vizuelno snimanje. Tužilac će o tome prethodno obavijestiti lice koje se ispituje, odnosno saslušava i poučiti ga da ima pravo da zatraži reprodukovanje snimka kako bi provjerilo svoju izjavu. Pri tome, snimak mora sadržavati podatke o nazivu organa pred kojim se obavlja radnja, mjesto gdje se obavlja radnja, dan i čas kad je radnja započeta i završena, imena i prezimena prisutnih lica i u kojem svojstvu radnji prisustvuju, kao i naznačenje krivičnog predmeta po kojem se preduzima radnja. Isto tako, snimak mora sadržavati podatke potrebne za identifikovanje lica čija se izjava snima i podatak u kojem svojstvu to lice daje izjavu. Propisano je i da će se na zahtjev saslušanog lica snimak odmah reprodukovati, a ispravke ili objašnjenja tog lica će se snimiti. Zakonom je predviđeno i da će se u zapisnik o istražnoj radnji unijeti da je izvršeno snimanje, ko je snimanje izvršio, da je lice koje se saslušava prethodno obaviješteno o snimanju, da je snimak reprodukovan i gdje se čuva ako nije priložen spisima predmeta. Pored toga, tužilac može odrediti da se snimak u cjelini ili djelimično prepiše, pri čemu će prepis pregledati, ovjeriti i priključiti zapisniku o preduzimanju istražne radnje

kako bi njihovo prisustvo bilo zabilježeno na snimku, što je učinjeno i od strane predstavnika domaćeg tužilaštva. Uz tužioca i daktilografa, saslušanjima je prisustvovao i IKT službenik u cilju otklanjanja eventualnih tehničkih problema, kao i tumač. Nakon samog saslušanja, uz zapisnik o snimanju procesne radnje, sačinjen je i prepis saslušanja.

Takođe, pred Okružnim sudom u Banjaluci u nekoliko predmeta koji su se takođe odnosili na krivična djela iz grupe krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom saslušanje svjedoka obavljeno je putem video-konferencijske veze. Saradnja je ostvarena sa pravosudnim organima Danske (u više navrata), Švajcarske i Norveške. Sam tok saslušanja obavljen je na način da bi predstavnik nadležnog stranog pravosudnog organa, nakon uspostavljanja video-linka, pozvao svjedoka u sudnicu, te je svjedok potom saslušavan od strane domaćeg suda po pravilima direktnog i unakrsnog ispitivanja, pri čemu je njegov iskaz sniman na isti način na koji se i inače glavni pretres audio-vizuelno snima. Na ovaj način ostvarene su značajne uštede materijalnih troškova, uz efikasno okončanje sudskih postupaka. Takođe, tri svjedoka saslušana su putem video-konferencijske veze i tokom istrage i na glavnom pretresu. U pitanju su svjedoci koji su bili neposredni očevici krivično-pravnih događaja koji su predmet optužnice, a zbog bolesti i životne dobi nisu dolazili, niti su bili u mogućnosti doći na područje Bosne i Hercegovine. U takvim slučajevima, tužilaštvo je prilikom saslušanja u istrazi svjedoke upoznalo sa mogućnošću da na isti način svjedoče i na glavnom pretresu, pri čemu je već na statusnoj konferenciji sudu ukazano na potrebu saslušanja tih svjedoka putem video-konferencijske veze, kako bi se na vrijeme pripremila i uputila zamolnica za međunarodnu pravnu pomoć.

Iz izloženog proizlazi da većina pravosudnih institucija u Bosni i Hercegovini raspolaže sa tehničkim kapacitetima za sprovođenje saslušanja svjedoka putem video-konferencije, pa kako takav način saslušanja ne dovodi do povrede bilo kojih prava optuženog u krivičnom postupku, upotrebi video-konferencije u svrhu saslušanja svjedoka, treba pribjegavati uvijek kada ne postoji druga mogućnost da se obezbijedi lično prisustvo svjedoka prilikom saslušanja tokom istrage, odnosno prilikom svjedočenja na glavnom pretresu.

mr. sc. Mirna Delalić, advokat iz Tuzle
Tatjana Savić, advokat iz Bijeljine

KORIŠTENJE DOKAZA KOJI NISU PREDLOŽENI UZ OPTUŽNICU U KRIVIČNOM POSTUPKU

SAŽETAK

Optužnica kao akt tužilaštva kojim se pokreće krivični postupak pred nadležnim sudom mora sadržavati prijedlog dokaza koje treba izvesti na glavnom pretresu, kao i popis dokaza kojima se potvrđuju navodi optužnice. Postupak optuženja je izuzetno bitan sa aspekata pouka koje se daju osumnjičenom, odnosno optuženom, te korištenja njegovog prava na odbranu, a prvenstveno prava da bude upoznat sa svime što mu se stavlja na teret, što podrazumijeva i dokaze koji ga terete, kao i da ima pravo iznijeti odbranu i pobijati dokaze tužilaštva. Redoslijed izvođenja dokaza u prvostepenom krivičnom postupku je propisan procesnim zakonima, tako da je predviđena glavna faza izvođenja dokaza optužbe, a radi se o dokazima predloženim uz optužnicu, zatim dokaza odbrane, nakon čega je strankama i branitelju omogućeno da dokaze provode u fazi replike i duplike. Ovo pitanje nije detaljno uređeno procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini, iako je praksa ukazala na potrebu njegovog regulisanja. Međutim, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju je već detaljno raspravljao o ovom pitanju, te su utvrđeni jasni standardi za korištenje takvih dokaza. S druge strane, sudska praksa sudova u Bosni i Hercegovini je različita. Ovaj rad će ukazati na probleme do kojih može doći prilikom korištenja dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu, bez jasno utvrđenih kriterijuma, a posebno će ukazati na probleme koji utiču na osiguranje pravičnog suđenja osumnjičenim i optuženim u krivičnom postupku, ali će ponuditi i rješenja takvih problema, rukovodeći se već uspostavljenom sudskom praksom međunarodnih sudova.

Ključne riječi: dokazi, optužnica, pravo na odbranu, pravo na pravično suđenje

SUMMARY

Indictment, as an act initiating a criminal proceeding before a competent court must contain proposal of evidence to be presented at trial and evidence

supporting the charges. Issuing of an indictment is very important phase on the basis of informing the suspect/accused and his/her right to defence. First of all, accused has a right to be informed of all the charges against him including the evidence that incriminate him/her and he/she has a right to make a statement regarding facts and evidence refuting evidence of the prosecutor. Order of presentation of evidence during the first instance criminal proceeding is regulated by the Criminal Procedure Codes providing the following: evidence of the prosecution, which means evidence proposed in the indictment, then evidence of the defence, after which, the parties and the defence counsel are able to propose rebuttal and rejoinder evidence. However, this issue is not regulated by the laws in Bosnia and Herzegovina in detail, even though the practice indicated such a need. Nevertheless, the International Criminal Court for the former Yugoslavia has already discussed this issue in detail and established clear standards for use of such evidence. On the other hand, case-law in Bosnia and Herzegovina is divers. This article intends to address the problems that may occur when using evidence that was not proposed in the indictment without previously established clear criteria. This article is especially going to address the problems that affect fair trial during criminal proceeding and offer solutions to such problems being guided by established case-law of international courts.

Key words: witness, indictment, right to defense, right to fair trial

UVOD

Osnovni aspekt prava na pravično suđenje podrazumijeva da krivični postupak, uključujući i elemente takvog postupka koji se odnose na proceduru, treba da bude akuzatorni i da postoji jednakost u oružju između tužilaštva i odbrane.[1] Ovo je stav Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) zauzet u presudi *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ali i u drugim presudama. O poštovanju ovih načela i osiguranju pravičnosti krivičnog postupka svakako da se mora voditi računa i prilikom ocjene o prihvatanju prijedloga stranaka za izvođenje dokaza.

Sva četiri zakona o krivičnom postupku koji su na snazi u Bosni i Hercegovini na istovjetan način regulišu pitanje izvođenja dokaza. Dokazi se na glavnom pretresu izvode sljedećim redom: a) dokazi optužbe, b) dokazi

[1] ESLJP, *Row i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16.02.2000. godine, stav 60.

odbrane, c) replika, d) duplika, e) dokazi čije je izvođenje naredio sudija, odnosno vijeće, f) svi dokazi relevantni za izricanje krivičnopravne sankcije. Nesporno je da je dozvoljena izmjena ovog redoslijeda, ali samo pod uslovom da sudija, odnosno vijeće (predsjednik vijeća) u interesu pravde odrede drugačiji redoslijed.[2]

Predmet ovog rada je problematka korištenja dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu. Naime, sastavni dijelovi svake optužnice su prijedlog dokaza koje treba izvesti i dokazi koji potkrepljuju navode optužnice.[3] Nije sporna mogućnost izvođenja dokaza predloženih uz optužnicu, uz ispunjenje svih drugih zakonom propisanih uslova u vezi sa zakonitošću takvih dokaza, te izvođenje dokaza odbrane. Problem se javlja prilikom predlaganja drugih dokaza, posebno u glavnoj fazi izvođenja dokaza tužilaštva, a koji nisu predloženi od strane tužilaštva uz optužnicu. S druge strane, u odnosu na dokaze replike i duplike javlja se problem zakonske neuređenosti, odnosno odsustvo zakonskog standarda prihvatljivosti ovih dokaza. Upravo navedena dva problema čine i fokus ovog rada.

Ova pitanja su ključna i sa aspekta pravičnosti suđenja i poštovanja prava na odbranu. Naime, procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini propisuje da se optužnica ne može podići ako osumnjičeni nije bio ispitan.[4] S tim u vezi je neophodno cijeniti činjenicu da je osnovno pravo osumnjičenog, odnosno optuženog da mu se mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete, kao i da iznese sve činjenice i dokazi koji mu idu u korist.[5] Dakle, da bi osumnjičeni, odnosno optuženi uopšte bio upoznat sa svime što mu se stavlja na teret i da bi bio u mogućnosti pripremiti odbranu, on mora biti upoznat i sa svim dokazima koji ga terete i to najkasnije u fazi podizanja optužnice. Svakako se može argumentovati da je to neophodno učiniti i ranije, s obzirom na zakonsku obavezu ispitivanja osumnjičenog prije podizanja optužnice. Kasnije izvođenje dokaza, koji terete optuženog, a nisu bili predloženi uz optužnicu, može dovesti do narušavanja prava na odbranu, kao i pravičnosti samog krivičnog postupka.

[2] Član 261. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP BiH); član 267. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP FBiH); član 276. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu: ZKP RS), član 261. Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP BD BiH).
[3] Član 227. ZKP-a BiH; član 242. ZKP-a FBiH; član 242. ZKP-a RS; član 227. ZKP-a BD BiH.
[4] Član 225. stav 3. ZKP-a BiH; član 240. stav 3. ZKP-a FBiH; član 233. stav 3. ZKP-a RS; član 225. stav 3. ZKP-a BD BiH.
[5] Član 6. ZKP-a BiH; član 6. ZKP-a FBiH; član 6. ZKP-a RS; član 6. ZKP-a BD BiH.

1. Korištenje dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu u glavnoj fazi provođenja dokaza tužilaštva

Kako je uvodno već i navedeno, procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini je propisano da se u krivičnom postupku prvo provode dokazi tužilaštva. Iako zakon ne propisuje tačno koji su to dokazi, cijeneći sve druge odredbe, posebno one koje regulišu sadržaj optužnice, proizlazi da su to dokazi koji su predloženi uz optužnicu sa kojima optuženi mora biti upoznat još u fazi optuženja i na koje ima pravo odgovoriti. Odredbama procesnih zakona koji su na snazi u Bosni i Hercegovini, nije propisano da tužilaštvo ima mogućnost u fazi izvođenja dokaza tužilaštva predlagati nove dokaze, koje nije predložilo uz optužnicu. Postavlja se pitanje šta činiti u situaciji kada tužilaštvo ipak predloži izvođenje dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu u fazi izvođenja dokaza tužilaštva.

Ovu problematiku je neophodno sagledati u kontekstu zahtjeva pravičnog suđenja i osnovnih načela krivičnog postupka.

Prihvatanjem i izvođenjem takvih dokaza omogućava se tužilaštvu da tokom glavnog pretresa i dalje vodi istragu i prikuplja dokaze, te popravlja svoje propuste iz istrage. Takvim postupanjem se može argumentovati da se izigravaju odredbe procesnih zakona koje propisuju da optuženi mora biti upoznat sa svim što mu se stavlja na teret, te da se optužnica ne može podići ukoliko osumnjičeni nije bio ispitan, kao i da optužnica mora sadržavati sve dokaze na kojima se zasniva. Zapravo bi takvim postupanjem i uvođenjem te mogućnosti kroz sudsku praksu došlo do situacija u kojima bi se podizale optužnice po osnovu nekoliko dokaza, dok bi se na glavom pretresu izvodili preostali dokazi.

Posljedično tome bi se izbjegla i kontrola zakonitosti i dokazne vrijednosti tih novih dokaza od strane sudije za prethodno saslušanje prilikom potvrđivanja optužnice. Praktično bi to značilo da bi optužnica bila potvrđena na osnovu dokaza predloženih uz optužnicu, dok bi na glavnom pretresu bili izvođeni drugi dokazi, a što bi dovelo do opasnosti od zloupotrebe procesnih prava, ali i izbjegavanja svestranog i potpunog odlučivanja o optužnici od strane sudije za prethodno saslušanje, bez kojeg optužnica ne bi mogla biti potvrđena.

Prihvatanjem takvog postupanja dovela bi se u pitanje uopšte i svrha odredbi o neophodnosti upoznavanja osumnjičenog, odnosno optuženog sa svim što mu se stavlja na teret, davanja svih prethodnih saopštenja optuženom, zatim mogućnost iznošenja njegove odbrane, mogućnost izjašnjenja na

optužnicu u vidu prethodnih prigovora, kao i mogućnost davanja uvodnog izlaganja.

Pored toga, omogućavanjem izvođenja dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu u fazi izvođenja dokaza tužilaštva bi se ozbiljno dovelo u pitanje pravo na odbranu, posebno pravo na adekvatnu pripremu odbrane, u smislu člana 6. stav 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP). Naime, svrha dokaza odbrane je u osnovi da se njima pobiju dokazi tužilaštva. U tom smislu se i sva istraga odbrane do početka glavnog pretresa i izvođenja dokaza tužilaštva zasniva na dokazima koji su predloženi uz optužnicu , a sve u cilju pobijanja takvih dokaza. U situaciji kada bi se tužilaštvu omogućilo izvođenje drugih dokaza koji nisu bili predloženi uz optužnicu još u fazi izvođenja dokaza tužilaštva, time bi pravo na dovoljno vremena za sprovođenje istrage odbrane u cilju osporavanja dokaza tužilaštva za koje je odbrana saznala npr. tek na glavnom pretresu, bilo ozbiljno ugroženo. Pored toga, došlo bi do ugrožavanja i provođenja „strategije“ odbrane koja se zasniva na analizi dokaza predloženih uz optužnicu i pobijanja istih.

S tim u vezi treba naglasiti da je ESLJP u brojnim presudama naglasio značaj obavještenja optuženog o optužbama koje ga terete, u smislu odredbi člana 6. stav 3. EKLJP, kako o činjenicama koje čine to djelo, tako i o pravnoj kvalifikaciji djela, kao i povezanost prava na obavještenje o optužbama sa pravom na odbranu, u smislu ostvarivanja prava na pravično suđenje. Tako je ESLJP u predmetu *Penev protiv Bugarske* našao *„da odredbe stava 3.(a) člana 6. Konvencije ukazuju na potrebu da se posebna pažnja posveti obavještenju optuženog o 'optužbama'. Pojedinosti djela imaju krucijalnu ulogu u krivičnom postupku, a to je da je optuženi od trenutka uručenja formalno, pismeno obaviješten o činjeničnoj i pravnoj osnovi optužbi protiv njega“*.[6] Sasvim je izvjesno da takvo obavještenje podrazumijeva i obavještenje o dokazima koji ga terete.

Praksa sudova u Bosni i Hercegovini je različita po ovom pitanju. Na nivou Suda Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Sud BiH) je gotovo jedinstvena praksa da se u glavnoj fazi izvođenja dokaza optužbe ne dozvoljava provođenje dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu. Razlozi iz kojih vijeća odbijaju takve prijedloge su, prvenstveno, procesne prirode, s obzirom da se u fazi izvođenja dokaza optužbe izvode upravo oni dokazi koji su predloženi uz optužnicu, a s druge strane i opasnost od povrede prava na odbranu, odnosno omogućavanja optuženom da koristi ta prava. Npr. ukoliko

[6] ESLJP, *Penev protiv Bugarske*, presuda od 07.01.2001. godine, stav 34.

bi došlo do situacije da se tužilaštvo prilikom podizanja optužnice ne pozove na određene dokaze, ne objelodani ih odbrani, a kasnije mu se omogući korištenje tih dokaza tokom izvođenja dokaza optužbe, time bi prethodna obavještenja koje se daju osumnjičenom, odnosno optuženom (pored obavještenja o djelu i dokazima za koje se tereti, omogućavanje dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane, pouka da nije dužan iznositi odbranu, odgovarati na postavljena pitanja, mogućnost izjašnjenja o svim činjenicama i dokazima koji ga terete, iznošenje činjenica i dokaza koji mu idu u korist i sl.) bila nepotpuna, usljed čega optuženom ne bi bilo omogućeno da uživa pravo na odbranu. Ukoliko Tužilaštvo prilikom podizanja optužnice „skriva" određene dokaze i omogući mu se korištenje tih dokaza tokom izvođenja dokaza optužbe, jasno je da navedena prethodna obavještenja nisu potpuna, što znači da nije omogućeno pravo optuženog na odbranu. Upravo iz navedenog razloga Sud Bosne i Hercegovine je u predmetu broj: S1 1 K 019571 16 Kri na glavnom pretresu odbio prijedlog Tužilaštva da se u fazi izvođenja dokaza optužbe izvede dokaz saslušanjem svjedoka koji nisu bili saslušani tokom istrage.

Da prilikom izvođenja dokaza optužbe ne bi trebalo biti dozvoljeno izvođenje dokaza koji nisu sadržani u optužnici, a posebno onih koji su bili dostupni tužilaštvu u vrijeme podizanja optužnice, potvrđuje i stav sudske prakse Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (u daljem tekstu: MKSJ), a koji se odnosi na pitanje dozvoljenosti dodatnih dokaza optužbe. Jedna od osnovnih presuda u kojoj je vijeće MKSJ-a raspravljalo o ovom pitanju jeste tzv. predmet *Čelebići*, u kojem je zauzet stav da dokazi koji su *ab initio* dostupni Tužilaštvu, koji nisu *ex improviso* postali relevantni, a koji ispravljaju neki nedostatak u predmetu Tužilaštva neće uopšteno govoreći biti prihvaćeni. Takav stav je kasnije postao općeprihvaćen u odlukama MKSJ-a. Postoji mnogo životnih situacija, koje nije moguće sve propisati, tako da je moguće i da se pojave neki dokazi za koje tužilaštvo uopšte nije znalo prilikom podizanja optužnice. Međutim, i u tom slučaju je neophodno prvenstveno provesti dokaze koji su predloženi uz optužnicu, a tek kasnije u dodatnim dokazima eventualno dozvoliti provođenje tih dokaza. S druge strane, ukoliko se radi o dokazima koji su bili dostupni tužilaštvu i u vrijeme podizanja optužnice, a nisu predloženi uz optužnicu, tada je izvjesno da bi njihovo provođenje, posebno u fazi provođenja dokaza optužbe, moglo dovesti do narušavanja prava na odbranu. O ovom pitanju će u nastavku rada biti više govora.

Kako odredbama procesnih zakona u Bosni i Hercegovini nije propisano da tužilaštvo ima mogućnost da u fazi izvođenja dokaza tužilaštva predlaže i

izvodi nove dokaze, a koje nije predložilo uz optužnicu, ovo pravo nije izričito propisano ni za odbranu. Međutim, tumačenjem procesnih zakona u duhu osnovnih načela, svih drugih odredbi procesnih zakona, a prvenstveno prava na pravično suđenje i prava na odbranu, nesporno je da odbrana ima pravo pobijati dokaze tužilaštva, sljedstveno čemu ima pravo npr. prilikom saslušanja svjedoka ili vještaka tužilaštva na glavnom pretresu, iste suočavati sa dokazima koji nisu sadržani u optužnici, a do kojih je odbrana došla prilikom provođenja vlastite istrage. Takvi dokazi jasno ne moraju biti predloženi uz optužnicu, nego ih odbrana sasvim sigurno može koristiti kao dokaze odbrane, pod uslovom da su ispunjeni svi drugi zakonom propisani uslovi.

2. Dokazi nakon glavne faze izvođenja dokaza odbrane

Kako je prethodno već i navedeno, nakon izvođenja dokaza tužilaštva, izvode se dokazi odbrane, i nesporno je da ti dokazi nisu, odnosno ne moraju biti predloženi uz optužnicu. Nisu nepoznate situacije da tužilaštvo uz optužnicu predloži dokaze od kojih odustane, pa ih kasnije odbrana izvodi kao svoje. Ipak, po prirodi stvari, dokazi odbrane su oni koji nisu sadržani u optužnici i kojima se, zapravo, pobijaju dokazi optužbe. Takve dokaze odbrana prikuplja sprovođenjem vlastite istrage, koja podrazumijeva i uvid u spise i dokaze tužilaštva, a koje je dužno sve dokaze objelodaniti odbrani nakon podizanja optužnice i omogućiti odbrani uvid u sve spise predmeta.

Procesnim zakonima je predviđena i mogućnost izvođenja dokaza replike i duplike. Međutim, izuzev navoda da se kod replike radi o dokazima optužbe kojima se pobijaju navodi odbrane, a kod dokaza duplike o dokazima koji predstavljaju odgovor na prethodno pobijanje, nije specificirano šta su to dokazi replike i duplike i kada može biti dozvoljeno njihovo izvođenje. Nijedan od procesnih zakona koji su na snazi u Bosni i Hercegovini ovo pitanje detaljnije ne reguliše, na koji način izostaje zakonski standard za prihvatljivost ovih dokaza, što dovodi do situacija da se često kao dokazi replike uvode novi dokazi, ili da se uvode tzv. kumulativni dokazi, kojim se stranama daje za pravo da pojačaju svoje teze, da „isprave“ propuste i greške koje su napravili u toku glavnog izvođenja dokaza (optužbe ili odbrane).[7]

Ipak, analiziraju li se odredbe kojima je dopušteno izvođenje dokaza replike i duplike, može se osnovano zaključiti da su stranke i branilac prilikom predlaganja dokaza replike, odnosno duplike, dužne ukazati na osnovanost

[7] *OKO Reporter o ratnim zločinima*, br. 14, Zima 2011., Odsjek Krivične odbrane, *„Dokazi replike i duplike kroz sudsku praksu“*, str. 21.

svojih prijedloga. Konkretno, prilikom predlaganja dokaza replike tužilaštvo je dužno tačno precizirati koje to navode odbrane takvim dokazima pobija, dok je odbrana prilikom predlaganja dokaza duplike dužna precizirati svoj odgovor na takvo pobijanje. Ovo obrazloženje je nužno kako bi se omogućilo drugoj strani u postupku da se izjasni na takav prijedlog za izvođenje dokaza replike, odnosno duplike, te da bi sud mogao donijeti odluku o prihvatljivosti izvođenja takvih dokaza, vodeći računa kako o svim uslovima za njihovu prihvatljivost, ali i o načelu ekonomičnosti i efikasnosti krivičnog postupka.
S obzirom na to da procesni zakoni u Bosni i Hercegovini ne regulišu detaljnije ovo pitanje, u cilju sveobuhvatne analize ovog pitanja, neophodno je konsultovati druge izvore, a koji mogu pomoći pri razjašnjenju nedoumica vezanih za pitanja izvođenja dokaza replike i duplike.

U pravcu načina i uslova za izvođenje dokaza replike, sasvim sigurno prednjači sudska praksa MKSJ-a, a koja je primjenjiva na procesno uređenje ovog pitanja kako je postavljeno domaćim zakonima. Naime, pravilo 85. Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a na gotovo identičan način propisuje redoslijed izvođenja dokaza u prvostepenom krivičnom postupku, kao i procesni zakoni u Bosni i Hercegovini. S obzirom na to da je i Pravilnik o postupku i dokazima MKSJ-a u tom pravcu bez detaljnijeg regulisanja uslova za izvođenje dokaza replike i duplike, osnovna odluka na kojoj je zasnovana sva buduća sudska praksa MKSJ-a je bila u predmetu *Tužilac protiv Mucića i dr*. (tzv. *predmet Čelebići*), a u kojoj se navodi: *„Pretresno vijeće je smatralo da je 'bit izvođenja dokaza u postupku pobijanja da se pozovu svjedoci koji će opovrgnuti određene dokaze koje je izvela odbrana', i zato su takvi dokazi 'ograničeni na pitanja koja neposredno i konkretno proizlaze iz dokaza odbrane'. [...] Žalbeno vijeće se slaže da je ovaj standard – da se dokazi u sklopu postupka pobijanja moraju odnositi na neko značajno pitanje koje direktno proizilazi iz dokaza odbrane i koje se nije realno moglo očekivati - ispravan. Upravo u tom kontekstu Žalbeno vijeće i shvata dictum Pretresnog vijeća, iznijet kasnije u odluci po zahtjevu za dodatno izvođenje dokaza Tužilaštva, da 'dokazi koji su ab initio dostupni Tužilaštvu, koji nisu ex improviso postali relevantni, a koji ispravljaju neki nedostatak u predmetu Tužilaštva neće uopšteno govoreći biti prihvaćeni'“*.[8]

U nastavku ove odluke Žalbeno vijeće MKSJ-a je zauzelo važan stav u vezi sa prihvatljivošću dokaza replike, potvrđujući stav Pretresnog vijeća koje je odbilo takav prijedlog dokaza, smatrajući da je dokaze u tom konkretnom slučaju bilo pravilnije karakterisati kao nove dokaze. U tom

[8] MKSJ, *Tužilac protiv Mucića i dr.*, presuda Žalbenog vijeća od 20.02.2001. godine, stav 273.

pravcu se u odluci Žalbenog vijeća MKSJ-a navodi: *„Žalbeno vijeće se slaže da je bilo opravdano smatrati da ti dokazi nisu primjereni za postupak pobijanja. Kao prvo, vrijedi zapaziti da je u svom zahtjevu za izvođenje tih dokaza Tužilaštvo te dokaze isprva opisalo kao 'nove dokaze koji ranije nisu bili dostupni Tužilaštvu' i samo ukratko opisalo na koji način ti dokazi pobijaju dokaze odbrane. Rečeno je da će se tim dokazima pobiti svjedočenje svjedoka 'koji su svi izjavili da Zejnil Delalić kao komandant Taktičke grupe 1 nije imao niti vlast de facto, niti ikakvu drugu vlast' nad logorom Čelebići. Dakle, tim se dokazima zaista namjeravalo pokazati da Delalić jeste imao takvu vlast. Stoga se ovdje radi o pitanju koje je ključni element teza koje je optužba trebala dokazati u odnosu na tačke po članu 7(3). Takvi dokazi trebali bi se izvoditi u sklopu glavnog izvođenja dokaza optužbe, a ne u sklopu postupka pobijanja. Kao što je Pretresno vijeće ispravno primijetilo, ako se žele uvesti dokazi koji 'sami po sebi dokazuju krivicu optuženoga, i kad optužba razumno može predvidjeti da postoji praznina u dokazima o krivici koje je ona izvela, a koju treba popuniti', nije primjereno da se uvrštenje tih dokaza dozvoli u sklopu postupka pobijanja, a optužba* ***'ne može da izvodi dodatne dokaze samo zato što su izvedeni dokazi koji opovrgavaju već izvedene dokaze optužbe'*** *“.*[9] Konačno, Žalbeno vijeće je zaključilo da: *„Ako takvi dokazi nisu mogli biti izvedeni u sklopu glavnog izvođenja dokaza optužbe jer u to vrijeme nisu bili u rukama Tužilaštva, to ih ne čini prihvatljivima za postupak pobijanja. Činjenica da je neki dokaz tek pribavljen ne čini taj dokaz prihvatljivim za postupak pobijanja ako on ne zadovoljava standard za prihvatanje dokaza u sklopu postupka pobijanja. To ga naprosto smješta u kategoriju novih dokaza za koje se primjenjuje drugačiji standard prihvatljivosti“*.[10]

Analizom odluke u predmetu *Čelebići*, može se doći do nekoliko stavki koje se moraju uzeti u obzir prilikom odlučivanja o zahtjevu za izvođenje pobijajućih dokaza:

- bit dokaza replike je da se opovrgnu dokazi odbrane i stoga su ograničeni samo na pitanja koja neposredno proizlaze iz dokaza odbrane;
- dokazi u sklopu postupka pobijanja se moraju odnositi na neko značajno pitanje koje direktno proizlazi iz dokaza odbrane i koje se realno nije moglo očekivati;

[9] *Ibid.* stav 275.
[10] *Ibid.* stav 276.

- dokazi koji se odnose na ključne elemente teze koju optužba nastoji dokazati se moraju izvoditi u sklopu glavnog izvođenja dokaza optužbe, a ne u dodatnim dokazima ili dokazima replike;
- ako se žele uvesti dokazi koji *„sami po sebi dokazuju krivicu optuženog, i kad optužba razumno može predvidjeti da postoji praznina u dokazima o krivici koje je ona izvela, a koju treba popuniti“*, nije primjereno da se uvrštenje tih dokaza dozvoli u sklopu postupka pobijanja;
- optužba *„ne može da izvodi dodatne dokaze samo zato što su izvedeni dokazi koji opovrgavaju već izvedene dokaze optužbe“*;
- ako takvi dokazi nisu mogli biti izvedeni u sklopu glavnog izvođenja dokaza optužbe, jer u to vrijeme nisu bili u rukama tužilaštva, to ih ne čini prihvatljivima za postupak pobijanja – činjenica da je neki dokaz tek pribavljen ne čini taj dokaz prihvatljivim za postupak pobijanja, ako on ne zadovoljava standard za prihvatanje dokaza u sklopu postupka pobijanja.[11]

Prethodno navedene stavove u predmetu *Čelebići*, MKSJ je ponovio i prihvatio i u drugim predmetima.

Tako je u predmetu *Tužilac protiv Orić Nasera* pretresno vijeće našlo da se prema Pravilu 85 zahtijeva da, osim kada je to u interesu pravde, dokazi tužilaštva kojim se pobijaju dokazi odbrane, moraju slijediti dokaze odbrane. Prema praksi MKSJ-a, dokazi koji se odnose na pitanja koja su temeljni dio slučaja koji tužilaštvo dokazuje u vezi sa optužbama iz optužnice, bi morali biti izneseni kao dio tužiočevog glavnog izvođenja dokaza, a ne kroz pobijanje dokaza odbrane.[12]

Nadalje, prema sudskoj praksi MKSJ-a, tužilaštvo je u obavezi navesti sve dokaze kojima dokazuje krivicu optuženog i to do kraja svog slučaja, dakle u toku svog glavnog izvođenja, i samo ukoliko se neko novo pitanje pojavi u vezi sa dokazima odbrane, tužilaštvu je dozvoljeno pred MKSJ-om izvesti dokaze pobijanja. Prema standardu dopuštenosti pobijajućih dokaza, takvi dokazi se moraju odnositi na značajna pitanja koja su direktno proizašla iz dokaza odbrane, a koja razumno nije moglo predvidjeti ili obrnuto. Treba naglasiti da tužilaštvo ne može dodati dokaze samo zbog toga što što su izvedeni dokazi odbrane su u suprotnosti sa već izvedenim dokazima optužbe.

[11] *OKO Reporter o ratnim zločinima*, br. 14, Zima 2011., Odsjek Krivične odbrane, *„Dokazi replike i duplike kroz sudsku praksu“*, str. 22.
[12] MKSJ, *Tužilac protiv Orića Nasera*, Pretresno vijeće, *Odluka po zahtjevu tužioca za izvođenje dokaza pobijanja prema Pravilu 85 (A) (iii)* od 09.02.2006. godine, str. 4 – 5.

Pored toga, samo dokazi velike dokazne vrijednosti u vezi sa značajnim pitanjima kao odgovor na dokaze odbrane, a ne samo dokazi koji osnažuju ili popunjavaju rupe tužiočevog slučaja, su dozvoljeni za pobijanje, a dokazi oko perifernih i kontekstualnih pitanja bi bili isključeni.[13]

Prethodno pobrojani standardi su ponovljeni i u drugim predmetima MKSJ-a, npr. *Tužilac protiv Galić Stanislava*,[14] zatim *Tužilac protiv Halilović Sefera*,[15] *Tužilac protiv Kunarac Dragomira i dr.*[16], kao i *Tužilac protiv Blagojević Vidoja*[17].

Što se tiče sudske prakse domaćih sudova, ona je po tom pitanju neujednačena.

U predmetima koji se vode pred Sudom BiH često dolazi do situacija kada se predlaže izvođenje dokaza replike i duplike. Sudska praksa je pokazala raznolikost u pogledu prihvaćanja takvih dokaza. Tako je npr. prvostepeno vijeće Suda BiH u predmetu *Tužilac protiv Kličković Gojka* nakon izvođenja dokaza odbrane odbilo prijedlog tužioca za izvođenje dokaza replike saslušanjem svjedoka, s obzirom na to da odbrana tokom postupka nije ni sporila da su se zločini desili, nego je samo osporavano učešće optuženih, odnosno njihova odgovornost za počinjene zločine. S druge strane, odbilo je izvođenje drugih dokaza sa obrazloženjem da je tužilaštvo u postupku saslušalo veći broj svjedoka na istu okolnost, pa je vijeće zaključilo da saslušanje dodatna dva svjedoka neće u bitnom promijeniti činjenično stanje koje su opisali ranije saslušani svjedoci.[18]

Pravila prihvatljivosti dokaza o kojima je bilo riječ u odnosu na dokaze replike imaju se primijeniti i u odnosu na dokaze duplike, koji predstavljaju dokaze odbrane kao odgovor na pobijanje, odnosno kao odgovor na repliku. Stoga nije sporno da se upravo dokazi duplike vežu za pobijanje kakvo je tužilaštvo iznijelo kroz svoje dokaze replike.

---

[13] *OKO Reporter o ratnim zločinima*, br. 14, Zima 2011., Odsjek Krivične odbrane, *„Dokazi replike i duplike kroz sudsku praksu“*, str. 22.

[14] MKSJ, *Tužilac protiv Galić Stanislava*, Pretresno vijeće Odluka o dokazima u postupku pobijanja od 02.04.2003. godine, str. 3.

[15] MKSJ, *Tužilac protiv Halilović Sefera*, Odluka po zahtjevu Tužilaštva za izvođenje dokaza u postupku pobijanja od 21.07.2005. godine, str. 2 – 3.

[16] MKSJ, *Tužilac protiv Kunarc Dragomira i dr.,* Odluka po zahtjevima odbrane za izvođenje dokaza replike na pobijanje od 31.10.2000. godine, str. 7.

[17] MKSJ, *Tužilac protiv Blagojević Vidoja i dr.,* Odluka po zahtjevu Tužilaštva za prihvatanje dokaza u postupku odbijanja od 13.09.2003. godine, str. 3 – 20.

[18] Sud BiH, *Tužilac protiv Kličković Gojka,* Pretresno vijeće, presuda broj: X-KR-06/213 od 05.11.2010. godine, str. 15.

U sudskoj praksi vrlo često dolazi do situacija da se i dokazi duplike odbijaju od strane sudije, odnosno vijeća, pod obrazloženjem pod kojim se odbijaju i dokazi replike. Tako je prvostepeno vijeće Suda BiH u predmetu *Tužilac protiv Marković Miodraga* odbilo dokaze koje je predložila odbrana pod obrazloženjem da *„okolnosti na koje se predlaže saslušanje navedenog svjedoka nisu relevantne za konkretni događaj iz optužnice jer se odnose na period koji nije obuhvaćen predmetnom optužnicom"*, dok je u odnosu na druge dokaze našlo kako je *„prihvatilo stav Tužilaštva koje je potvrdilo i učinilo nespornim činjenicu da u evidenciji (...) ne postoji evidentiran pregled oštećene (...) iz tih razloga nepotrebno je odugovlačiti postupak traženjem materijalne dokumentacije koja ne postoji"*, te da tužilaštvo nije osporavalo određene činjenice, *„čime je izvođenje i ovog konkretnog dokaza postalo irelevantno"*. S tim u vezi je vijeće naglasilo svoju obavezu staranja za svestrano pretresanje predmeta, ali i otklanjanje svega *„što odugovlači postupak, a ne doprinosi razjašnjenju stvari"*.[19]

Konačno, posebno je pitanje tzv. „dodatnih" dokaza, koji nisu propisani odredbama procesnih zakona u Bosni i Hercegovini. Međutim, opravdano se javlja pitanje, kako postupiti u situaciji ukoliko se pojave dokazi za koje jedna od strana nije znala niti je mogla znati ranije? Odgovor i na ovo pitanje se može pronaći u sudskoj praksi MKSJ-a, posebno imajući u vidu da je Pravilom 85 Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a na gotovo identičan način regulisan redoslijed izvođenja dokaza u prvostepenom krivičnom postupku kao i procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini.

S tim u vezi je Žalbeno vijeće MKSJ-a potvrdilo stav Prvostepenog vijeća u predmetu *Čelebići* da ako određeni dokazi *„nisu mogli biti izvedeni u sklopu glavnog izvođenja dokaza optužbe jer u to vrijeme nisu bili u rukama Tužilaštva, to ih ne čini prihvatljivima za postupak pobijanja. Činjenica da je neki dokaz tek pribavljen ne čini taj dokaz prihvatljivim za postupak pobijanja ako on ne zadovoljava standard za prihvatanje dokaza u sklopu postupka pobijanja. To ga naprosto smješta u kategoriju novih dokaza, za koje se primjenjuje drugačiji standard prihvatljivosti"*.[20] Pretresno vijeće je u predmetu *Čelebići* u svojoj odluci po zahtjevu za dodatno izvođenje dokaza optužbe, a nakon što je razmotrilo osnov po kojem se dokazi mogu uvrstiti u postupku pobijanja uvažilo mogućnost da se optužbi također *„može dozvoliti da dodatno izvođenje dokaza kako bi izvela dokaze koji joj ranije nisu bili*

[19] Sud BiH, *Tužilac protiv Marković Miodraga*, Pretresno vijeće, presuda broj: S1 1 K 003426 10 Krl (X-KR-10/948) od 15.04.2011. godine, str. 7.
[20] MKSJ, *Tužilac protiv Mucića i dr.*, Žalbeno vijeće, presuda od 20.02.2001. godine, stav 275 – 276.

dostupni", pri čemu je cijenilo da takvi *„novi dokazi ispravno se definišu ne naprosto kao dokazi koji de facto nisu bili u posjedu Tužilaštva u vrijeme zaključivanja predmeta, nego kao dokazi koje optužba ni uz svu dužnu marljivost nije mogla da pribavi u tom trenutku. Teret dokazivanja da su dokazi koji se žele izvesti ove vrste u potpunosti leži na optužbi"*. U tom predmetu su identifikovani i faktori za koje je Pretresno vijeće smatralo da su relevantni za vršenje njegova diskrecionog prava da prihvati nove dokaze. Radi se o sljedećim:

- „poodmakla faza suđenja", tj. činjenica da što je suđenje dalje odmaklo u trenutku podnošenja molbe, to je manja vjerovatnoća da će dokazi biti prihvaćeni;
- moguće odugovlačenje zbog dodatnog izvođenja dokaza optužbe, te primjerenost mogućeg odgađanja u ukupnom kontekstu suđenja; i
- dokazna vrijednost dokaza koji se žele izvesti.[21]

Žalbeno vijeće MKSJ-a je u predmetu *Čelebići* naglasilo da se slaže *„da je glavni moment koji treba uzeti u obzir pri rješavanju zahtjeva za dodatno izvođenje dokaza radi uvrštenja novih dokaza pitanje da li su ti dokazi uz dužnu revnost mogli biti identifikovani i izvedeni u sklopu glavnog izvođenja dokaza strane koja je podnijela zahtjev. Ako se pokaže da dokazi ni uz dužnu revnost nisu mogli biti pronađeni prije kraja, Pretresno vijeće će se poslužiti svojim diskrecionim pravom da odluči hoće li prihvatiti dokaze, razmotrivši njihovu dokaznu vrijednost i koliko je prihvatanje dokaza u tako kasnoj fazi postupka pravično prema optuženom. Može se smatrati da ovi potonji faktori potpadaju pod opšte diskreciono pravo vijeća, sadržano u pravilu 89(D) Pravilnika, da isključi dokaze ako potreba da se osigura pravično suđenje uveliko nadmašuje dokaznu vrijednost"*.[22]

ZAKLJUČAK

Analizirajući odredbe procesnih zakona u Bosni i Hercegovini, nesporno je da se njima reguliše redoslijed izvođenja dokaza tokom prvostepenog krivičnog postupka, te se pored glavnog izvođenja dokaza optužbe i odbrane, omogućava i izvođenje dokaza replike i duplike.

Međutim, samim odredbama procesnih zakona nije precizirano da li je i u kojoj fazi dozvoljeno izvođenje dokaza koji nisu predloženi uz optužnicu,

[21] *Ibid*, stav 279 – 280.
[22] *Ibid*, stav 283.

niti je dovoljno precizirano kada i pod kojim uslovima se dozvoljava izvođenje dokaza replike i duplike, odnosno nije zakonom uspostavljen standard prihvatljivosti takvih dokaza. Pored toga, javlja se i problem tzv. „dodatnih" dokaza, odnosno onih dokaza koji se ne mogu smatrati ni dokazima replike ili duplike, ali se radi o dokazima koji pored dužne pažnje nisu mogli biti pribavljeni tokom istrage od strane tužilaštva, odnosno prilikom glavnog izvođenja dokaza optužbe i odbrane.

Kod izvođenja dokaza u krivičnom postupku se radi o izuzetno bitnom pitanju, koje ima direktne posljedice po pravičnost cjelokupnog krivičnog postupka, te ostvarenje prava na odbranu, sa svim pratećim elementima, zatim načela jednakosti strana i dr.

Svaki nedostatak zakonskog uređenja procesnih pitanja ostavlja mogućnost i bojazan od zloupotreba. U cilju izbjegavanja i same mogućnosti zloupotreba u vezi sa predlaganjem i izvođenjem dokaza u krivičnom postupku, ali i osiguranja pravičnog suđenja, može se zaključiti da ovo pitanje zahtijeva detaljnije zakonsko uređenje ili, minimalno, ujednačavanje sudske prakse na području cijele Bosne i Hercegovine, kako bi se osigurala jednaka prava svim osobama u krivičnim postupcima na području cijele Bosne i Hercegovine.

L I T E R A T U R A

1. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslava Krleže, Zagreb, 2007.;
2. *OKO Reporter o ratnim zločinima* br. 14, Zima 2011, Odsjek Krivične odbrane, *„Dokazi replike i duplike kroz sudsku praksu"*, 2011. godine;
3. *Komentari krivičnih / kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini,* Savjet / Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005;
4. *Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine* (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/005, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, 65/18);
5. *Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine* (Službene novine FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 74/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13, 59/14);
6. *Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske* (Službeni glasnik RS, br. 53/12, 91/17, 66/18);

7. *Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* (Službeni glasnik BD BiH, br. 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07, 27/14);
8. ESLJP, *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16.02.2000. godine;
9. ESLJP, *Penev protiv Bugarske*, presuda od 07.01.2001. godine;
10. MKSJ, *Tužilac protiv Mucića i dr.*, Žalbeno vijeće, presuda broj: IT-96-21-A od 20.02.2001. godine
11. MKSJ, *Tužilac protiv Orić Nasera*, Pretresno vijeće, Odluka po zahtjevu tužioca za izvođenje dokaza pobijanja prema Pravilu 85 (A) (iii) od 09.02.2006. godine;
12. MKSJ, *Tužilac protiv Galić Stanislava*, Pretresno vijeće, Odluka o dokazima u postupku pobijanja od 02.04.2003. godine;
13. MKSJ, *Tužilac protiv Halilović Sefera*, Pretresno vijeće, Odluka po zahtjevu Tužilaštva za izvođenje dokaza u postupku pobijanja od 21.07.2005. godine;
14. MKSJ, *Tužilac protiv Kunarac Dragomira i dr.*, Pretresno vijeće, Odluka po zahtjevima odbrane za izvođenje dokaza replike na pobijanje od 31.10.2000. godine;
15. MKSJ, *Tužilac protiv Blagojević Vidoja i dr.*, Pretresno vijeće, Odluka po zahtjevu Tužilaštva za prihvatanje dokaza u postupku odbijanja od 13.09.2003. godine;
16. Sud BiH, *Tužilac protiv Kličković Gojka*, Pretresno vijeće, presuda broj: X-KR-06/2013 od 05.11.2010. godine;
17. Sud BiH, *Tužilac protiv Marković Miodraga*, Pretresno vijeće, presuda broj: S1 1 K 003426 10 Krl (X-KR-10/948) od 15.04.2011. godine.

Nikola Sladoje, Pomoćnik ministra, Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine

NEUSKLAĐENOST ILI NEPOSTOJANJE SUDSKE PRAKSE U POSTUPCIMA PRIZNANJA I IZVRŠENJA STRANIH SUDSKIH PRESUDA U KRIVIČNIM STVARIMA I NOVI IZAZOVI U VEZI DIREKTNOG IZVRŠENJA STRANIH SUDSKIH PRESUDA U BOSNI I HERCEGOVINI

SAŽETAK: Kod činjenice da je za priznanje i izvršenje strane sudske odluke u krivičnim stvarima neophodno postojanje međunarodnog ugovora koji reguliše uslove za priznanje strane presude između Bosne i Hercegovine i druge države i kod činjenice da je nadležnost suda i postupak za priznanja i izvršenja stranih presuda u krivičnim stvarima precizno uređen Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, izveo bi se zaključak da je ovaj postupak pravno uređen. Analizom predmeta iz ove oblasti utvrđeno je da sudovi u Bosni i Hercegovini u ovim postupcima donose različite odluke u istim ili sličnim pravnim situacijama, a ne postoje ni standardi u vezi forme i sadržaja sudskih odluka, pa se rad bavi uzrocima i razlozima koji imaju za posljedicu neujednačena ili u nekim slučajevima potpuno različita postupanja sudova u Bosni i Hercegovini u ovim postupcima.
Ključne riječi: Međunarodna pravna pomoć, transfer osuđenog, država izricanja kazne, država presuđenja, izvršenje kazne.
SUMMARY: Considering the fact that recognition and enforcement of foreign court judgements in criminal matters necessarily require an international agreement regulating the conditions for recognition of foreign judgments between Bosnia and Herzegovina and the other state, as well as the fact that jurisdiction of courts and procedure for recognition and enforcement of foreign judgments in criminal matters is specifically regulated by the Law on International Legal Assistance in Criminal Matters, the conclusion would be that this procedure is legally regulated. However, by analysing cases in this area, it is established that in these procedures the courts in Bosnia and Herzegovina make different decisions in same or similar legal situations and that there are no standards related to the form and content of court judgements, therefore, this paper deals with the causes and reasons leading to uneven or in some cases completely different actions of courts in Bosnia and Herzegovina in these procedures.
Key words: international legal assistance, transfer of the sentenced persons, state imposing the sentence, executing State, execution of sentence.

1. Uvod

Postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka u krivičnim stvarima je i ranije obrađivan kroz razne referate, ali analiza stanja u vezi postupaka u ovoj oblasti u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) nalaže da se ukaže na probleme i na neprihvatljiva postupanja, te ponude moguća rješenja za prevazilaženje identifikovanih problema.

Ako poslije deset godina nakon stupanja na snagu Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (u daljem tekstu: Zakon o MPP),[1] kojim je kroz posebno poglavlje detaljno uređen postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda (Poglavlje VII članovi 62.-78.), određeni nosioci pravosudnih funkcija, koji postupaju u tim predmetima, nisu upoznati o postojanju toga zakona moramo ovom problemu dati značaj.

Isto tako ako je Zakonom o MPP propisano da se strana sudska presuda može izvršiti u Bosni i Hercegovini samo pod uslovom da je to pitanje uređeno međunarodnim ugovorom koji obavezuje BiH i državu izricanja kazne,[2] moramo znati da u ovim postupcima treba primijeniti međunarodni ugovor.

Postavlja se i pitanje da li u ovim postupcima uopšte postoji kontrola nad postupajućim organima i na koji način tu kontrolnu funkciju vrši neposredno nadređeni organ? Ova pitanja će biti obrađena u nastavku teksta kroz naslov „Analiza propisa i sudske prakse“, a zaključak u vezi postupanja u ovim predmetima ne može biti afirmativan za pravosuđe, te ovim postupcima svakako treba posvetiti više pažnje.

Posebnu pažnju ovom institutu treba posvetiti i iz razloga što se isti zasniva na najvećem stepenu povjerenja među državama koje su zaključile posebne ugovore, jer se činjenično stanje utvrđeno pravosnažnom presudom suda države ugovornice koja je izrekla presudu (država izricanja) prihvata

[1] Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (Sl. glasnik BiH br.53/09 i 58/13).

[2] Navedeno ograničenje je utvrđeno članom 62. stav 1. Zakona o MPP , kojim se precizira da će sud izvršiti pravosudnu presudu u odnosu na sankciju koju je izrekao strani sud, na način da presudom izrekne sankciju prema krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Iz prednjeg proizilazi da će strana sudska odluka prvo biti priznata od strane nadležnog suda Bosne i Hercegovine, a potom izvršena, na način kao da ju je taj sud i donio.

utvrđenim i u državi ugovornici koja provodi izvršenje takve presude (država izvršenja).[3]

Ovo je jedini oblik međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima za čije pružanje je neophodno postojanje međunarodnog ugovora između BiH i druge države sa kojom se odvija ovaj oblik pravne pomoći, dok se ostali posebni oblici pravne pomoći (postupak ekstradicije i ustupanje krivičnog gonjenja) mogu pružati i na bazi reciprociteta.

Zakonom o MPP je precizno uređena i nadležnost za ovaj oblik pravne pomoći na način da priznanje strane presude provodi onaj sud koji bi bio stvarno i mjesno nadležan da rješava u toj pravnoj stvari ukoliko bi taj postupak bio vođen u BiH[4].

Kod činjenice da je za pružanje ove međunarodne pravne pomoći neophodno postojanje međunarodnog ugovora koji reguliše uslove za priznanje strane presude i kod činjenice da je postupak priznanja i izvršenja stranih presuda u krivičnim stvarima detaljno uređen Zakonom o MPP, izveo bi se zaključak da je ovaj postupak pravno uređen.

Stanje u praksi je potpuno drugačije, pa se postavlja pitanje ako je sudija (sudije) zbog pogrešne primjene zakona ili međunarodnog ugovora onemogućio državljaninu BiH osuđenom u inostranstvu da izdržava kaznu zatvora u državi svoga državljanstva ko vrši kontrolu takvog postupanja i kako se vrednuje takva odluka kroz izvršenje norme sudije?

2. Analiza propisa i sudske prakse

Analizom propisa u BiH i međunarodnih propisa koji se imaju primijeniti u BiH (međunarodni ugovori) u postupcima priznanja i izvršenja stranih presuda u krivičnim stvarima ocijenjeno je da postojeći propisi pružaju adekvatnu pravnu osnovu za rješavanje ovih predmeta po zahtjevu strane države ili osuđenog u stranoj državi, dok se analizom predmeta iz ove oblasti izvodi zaključak da je sudska praksa u ovoj oblasti veoma različita i neujednačena.

Utvrđeno je da sudovi u BiH u ovim postupcima donose različite odluke u istim ili sličnim pravnim stvarima, a ne postoji ni standardi u vezi forme i sadržaja sudskih odluka, što često za posljedicu ima protivljenje druge države

[3] Ranija shvatanja o obaveznosti izvršenja krivične presude u državi u kojoj je izrečena zmijenjeno je novim naučnim shvatanjem po kom osuđeno lice u cilju resocijalizacije i reintegracije ima pravo da izdržava kaznu u državi svoga državljanstva.

[4] Član 64. Zakona o MPP.

i neudovoljenje molbi za prenos kazne, te u konačnici dovođenje u pitanje dalje provođenje zaključenog ugovora sa državom koja izrazi takvo protivljenje. Ovakvo stanje u većini slučajeva proizilazi iz nepravilne primjene Zakona o MPP ili ugovora po osnovu koga se ostvaruje ova pravna pomoć ili zanemarivanja normi Zakona ili ugovora, koji se ima primijeniti na konkretnu situaciju.

Ako pažljivo analiziramo odredbe svih bilateralnih ugovora koji regulišu ovu oblast, može se izvući zaključak da se ovi postupci provode radi resocijalizacije i približavanja osuđenih svojoj porodici. Iz preambule Evropske konvencije o transferu osuđenih lica može se izvući zaključak da se transfer osuđenih vrši u cilju efikasnijeg pravosuđa i omogućavanja resocijalizacije osuđenih lica na način da im se omogući izdržavanje kazne u sredini iz koje potiču, smatrajući da je se to može postići njihovim transferom u zemlji porijekla, radi daljeg izdržavanja kazne.[5] Isto tako članom 11.stav 1b) Evropske konvencije o transferu osuđenih je jasno precizirano da se kazna zatvora ne može zamijeniti novčanom kaznom, pa nisu jasni stavovi određenih sudova da odluke o priznanju izrečene kazne zatvora u drugoj državi zamjenjuju novčanom kaznom i to u situacijama kada se država izricanja kazne tome izričito protivi.

Nesporno je da se strana sudska presuda koja je priznata u BiH izvršava u skladu sa zakonima BiH, ali samo pod uslovom da takvo izvršenje presude nije u suprotnosti sa međunarodnim ugovorom. Na to upućuje i član 1. Zakona o MPP koji jasno daje primat međunarodnom ugovoru u odnosu na domaće zakone. Cijeneći sam cilj transfera osuđenih u državu svog državljanstva ili

[5] Ova konvencija, kao multilateralni ugovor je najzastupljeniji pravni osnov vezan za priznanje i izvršenje stranih presuda u krivičnim stvarima, pa se u nedostatku drugih ugovora ima primijeniti na sljedeće države: Albanija, Andora, Austrija, Azerbejdžan, Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Gruzija, Holandija, Hrvatska, Island, Italija, Irska, Jermenija, Kipar, Letonija, Litvanija, Lihtenštajn, Luksemburg, Mađarska, Makedonija, Malta, Moldavija, Njemačka, Norveška, Poljska, Portugal, Rumunija, Rusija, Slovačka, Slovenija, Srbija i Crna Gora, Španija, Švajcarska, Švedska, Turska, Ukrajina i Velika Britanija. Od država koje nisu članice Savjeta Evrope ovu konvenciju su ratifikovali Izrael , Australija, Bahami , Bolivija, Čile, Ekvador, Izrael, Japan, Kanada, Koreja, Kostarika, Mauricijus, Panama, Sjedinjene Američke Države, Trinidad i Tobago, Tonga i Venecuela. Konvencija objavljena u «Službenom glasniku BiH» - dodatak, međunarodni ugovori, broj 3/2005.

prebivališta može se izvući zaključak o nedopuštenosti zamjene kazne zatvora novčanom kaznom. Ugovor jeste volja dvaju strana ugovornica, ali i svaki pojedinačni transfer ponovo odražava volju strana ugovornica iz razloga što se država izricanja kazne mora saglasiti sa preuzetom kaznom u državi izvršenja kazne. Dakle, u koliko nema saglasnosti države izricanja kazne, tada se ne može ni prihvatiti valjanim preuzimanje kazne od strane države koja bi trebala izvršiti kaznu, tako da država izricanja kazne i dalje polaže pravo na izvršenje te kazne u svojoj državi.

Dalje se postavlja pitanje kako bez prethodnog dogovora između država ugovornica, kao ugovornih strana, država izvršenja kazne može da ostvari novčanu dobit bez dana izdržane kazne od lica koje je osuđeno u drugoj državi, a da pri tom nije zaključen sporazum sa tom državom o eventualnom udjelu u novčanim sredstvima od zamijenjene kazne zatvora novčanom kaznom.

Ove situacije u kojima se kazna zatvora izrečena stranom sudskom presudom zamjenjuje novčanom kaznom u BiH imaju za posljedicu da država izricanja kazne smatra kaznu nepreuzetom i neizvršenom, te u cilju izvršenja sopstvene kazne u koliko lice nije na njenoj teritoriji raspisuje potjernicu po kojoj se takva lica mogu lišiti slobode i prinudno privesti na izdržavanje kazne. Kao primjer analiziran je predmet u kome je osuđeni po priznatoj presudi u BiH kroz zamjenu kazne zatvora uplatio iznos od 36.500 KM , a nakon toga po međunarodnoj potjernici lišen slobode radi izdržavanja kazne zatvora u državi izricanja kazne. [6] Razlog za lišenje slobode država izricanja kazne je navela to što je preuzimanje izvršenja kazne zatvora kroz zamolnicu koju je proslijedila u BiH uslovila nemogućnošću zamjene te kazne novčanom kaznom, pozivajući se na zaključeni ugovor koji ne predviđa takvu mogućnost. Kod ovakvog stanja stvari država izvršenja kazne smatra da priznata presuda nije izvršena u skladu sa zaključenim ugovorom, tako da i dalje država izricanja kazne polaže pravo na izvršenje izrečene kazne.[7]

U navedenom predmetu (primjeru), Republika Hrvatska je uputila BiH zamolnicu za preuzimanje izvršenja presude, te je u istoj zamolnici navedeno: „Republika Hrvatska kao država presuđenja pristaje na prenos izvršenja kazne zatvora osuđenika uz uslov da se ne vrši zamjena navedene kazne zatvora novčanom kaznom ili probacijskom mjerom“. I pored ovakvog uslovljavanja postupajući sud u BiH je utvrdio kaznu zatvora i istu zamijenio novčanom

[6] Predmet se vodi u Ministarstvu pravde BiH pod brojem: 08-14-3-4016/17

[7] Nota Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske KLASA:720-05/17-01/73 od 16.03.2018.godine

kaznom. Iz Ugovora zaključenog između dvije države proizilazi da se preuzimanje kazne neće ostvariti ukoliko država presuđenja nije saglasna sa visinom kazne utvrđene u državi izvršenja. Kod ovakve pravne situacije Republika Hrvatska je zadržala svoj stav da ne prihvati zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom, te se u odnosu na ovu državu ova kazna ima smatrati ne izvršenom.

Ovo je samo jedan od primjera s tim što posebno Republika Hrvatska u svakoj zamolnici prije preuzimanja izvršenja kazne izričito navede da nije saglasna sa zamjenom kazne zatvora u novčanu kaznu. U vezi sa zamjenom kazne zatvora u novčanu kaznu potpuno su različiti stavovi sudova, pa tako jedan sud priznaje stranu presudu i utvrđuje kaznu zatvora koju je izrekao sud države presuđenja. Drugi sudovi, kao što je navedeno u prethodnom primjeru zamjenjuju takve kazne novčanom kaznom. Isto tako određeni sudovi odbijaju da preuzmu kaznu zatvora , koja bi se po domaćim zakonima mogla zamijeniti novčanom kaznom, tvrdeći da tu presudu nije moguće provesti po zakonima BiH.[8]

Pored navedene pravne situacije, uočene su i druge neusaglašenosti u vezi sa priznanjem stranih presuda u krivičnim stvarima, pa je tako i u pripremi ovoga referata (april 2019.godine) u Ministarstvo pravde BiH zaprimljena odluka vezana za zamolnicu Republike Austrije kojom je od nadležnog organa BiH traženo preuzimanje izvršenja presude kojom je osuđenom izrečena kazna zatvora u trajanju od 18 godina.[9] Kroz analizu ovoga predmeta utvrđeno je sljedeće: Postupajući sud u BiH je u ovom slučaju preuzeo stranu presudu i izrekao kaznu zatvora u trajanju od 6 godina i 2 mjeseca. Ovakva presuda je dostavljena austrijskim vlastima nakon čega je ta država reagovala na način „da povlači svoju molbu za preuzimanje daljeg izdržavanja kazne zatvora na koju je osuđen XY, budući da se prilagođavanje kazne zatvora izrečene u Austriji u trajanju od 18 godina na kaznu zatvora u trajanju od 6 godina i 2 mjeseca uz uzimanje u obzir prethodnog izdržavanja kazne zatvora čini tako nesrazmjerno da bi je austrijske vlasti mogle prihvatiti“.

[8] U premetu koji se vodi u Ministarstvu pravde BiH pod brojem: 08-14-3-10875/15 nadležni sud u BiH je odbio da preuzme izvršenje strane presude iz razloga što je smatrao da uslovljavanje preuzimanja kazne zatvora (da se ne može zamijeniti novčanom kaznom) nije u skladu sa zaključenim ugovorom.

[9] Predmet se vodi u Ministarstvu pravde BiH pod brojem: 08-14-3-2667/17 a poslednji akt (protest) iz Ministarstva pravde Republike Austrije je zaprimljen u Ministarstvo pravde BiH u aprilu 2019.godine.

Poslije ove note austrijskih vlasti svaki komentar bi bio suvišan, s tim što i u ovom slučaju osuđeno lice nije ostvarilo svoje pravo da izdržava kaznu u državi svoga državljanstva, radi „nesrazmjerne kazne“, kako je to naglašeno u noti Republike Austrije. Postavlja se pitanje šta je u ovim postupcima „mjera“ ili „srazmjera“ u pogledu visine kazne. Ako analiziramo preambulu svakog bilateralnog ugovora koji reguliše ovo pitanje ili preambulu Evropske konvencije o transferu osuđenih lica, ustanovit ćemo da je cilj ovih ugovora nastavak izdržavanja kazne u državi svoga državljanstva ili državi prebivališta, resocijalizacija i dr. Pod nastavkom izdržavanja kazne podrazumijevalo bi kaznu u granicama koja je izrečena u državi izricanja kazne ili prilagođena domaćim propisima, ukoliko ta kazna u državi izvršenja prelazi zakonski maksimum kazne izrečene u državi izricanja kazne. Dakle, cilj prenosa kazne u državu državljanstva osuđenog nije smanjenje kazne, što se u većini slučajeva dešava prilikom preuzimanja stranih presuda od strane sudova u BiH.

Kod prethodne konstatacije može se otvoriti i pitanje koje bi glasilo: da li je kaznena politika u BiH blaža u odnosu na kaznenu politiku država sa kojima BiH ima zaključene ugovore o priznanju i izvršenju stranih sudskih presuda u krivičnim stvarima i u odnosu na države članice Evropske konvencije o transferu osuđenih? Odgovor na ovo pitanje nije tema ovoga referata, ali sama činjenica da se većina kazni u priznatim presudama u BiH smanji u odnosu na kazne izrečene u drugim državama (državama izricanja kazne) govori i o kaznenoj politici.

Kroz prethodni primjer analizirani su i drugi segmenti presude, koja je priznata od strane suda u BiH, pa je uočeno da se kazna smanjuje i odmjerava radi olakšavajućih okolnosti koje je taj sud našao na strani osuđenog u postupku priznanja presude. Ove okolnosti je morao da cijeni sud izricanja kazne, te kod preuzimanja ove presude sud države izvršenja nije ovlašten da ponovo cijeni činjenično stanje i okolnosti koje su prilikom donošenja presude uticale na visinu kazne. U ovom pogledu svi ugovori koji regulišu ove postupke su veoma jasni i treba ih samo dosljedno primijeniti. Dosljedna primjena ugovora ide i u korist osuđenog, jer se samo u tom slučaju sa kaznom izrečenom u državi izvršenja može saglasiti država izricanja kazne.

Kroz analizu više predmeta uočeno je da države izricanja kazne tolerišu određena smanjenja kazne, pa tako postoje saglasnosti za smanjenje kazne sa 15 na 14 godina zatvora, sa 10 na 8 godina zatvora, sa 3,5 na 3 godine zatvora i tako obrazloženo smanjenje se prihvata kao dopušteno, te u tim slučajevima su države izricanja kazne dale svoju saglasnost na preuzete presude u BiH, dok

je u analiziranom primjeru istaknuta nesrazmjernost između kazne zatvora u državi izricanja kazne (18 godina) i kazne po priznatoj presudi u BiH (6 godina i 2 mjeseca).

Isto tako je uočeno da je analizirani predmet u postupku i u 2019. godini, pa je neprihvatljivo da i poslije 10 godina stupanja na snagu Zakona o MPP, taj zakon uopšte nije spomenut u ukupnom tekstu preuzete presude, već je presuda donesena pozivajući se na Zakon o krivičnom postupku. Analizirani predmet je novijeg datuma, a izneseni komentari u odnosu na postupanja u ovom predmetu se mogu na isti način potkrijepiti i analizom nekih drugih predmeta koji su takođe razmatrani u pripremi ovoga referata.

Nepozivanje na Zakon o MPP je namjerno istaknuto jer se kroz analizu nekih zamolnica iz BiH u kojima sudovi iz BiH traže izvršenje svoje presude u inostranstvu stiče utisak da podnosioci tih zamolnica nisu uopšte informisani o postojanju toga zakona, pa je tako analiziran predmet gdje se sud iz BiH obratio običnim dopisom drugoj državi da izvrši kaznu toga suda.[10] Na kraju kratkog dopisa upućenog putem Ministarstva pravde BiH drugoj državi sud je naveo: „O mjestu i vremenu upućivanja osuđenog na izdržavanje kazne potrebno je da izvijestite na spis broj gornji“.

Cijeneći odredbu člana 5. stav 2. Zakona o MPP prema kojoj je Ministarstvo pravde BiH ovlašteno da vrati zamolnicu domaćem organu ako ista nije sačinjena u skladu sa međunarodnim ugovorom i da je očito da bi je strani organ odbio, u prethodnom primjeru je ovo ministarstvo vratilo zamolnicu (dopis) podnosiocu iste uz upute za postupanje saglasno ugovoru.

Upute u ovom predmetu i sličnim predmetima date od Ministarstva pravde BiH odnose se uglavnom na sačinjavanje zamolnice saglasno zaključenom ugovoru uz obrazloženje razloga za ustupanje kazne zatvora i prevod na jezik zamoljene države. Određeni sudovi ne ispoštuju ni ovakve upute, jer za njih Ministarstvo pravde BiH nije autoritet po čijim uputama bi postupali uz navođenje da su oni samostalni i nezavisni u odlučivanju. Postavlja se pitanje ako Ministarstvo pravde BiH kao centralni organ veze u ovim postupcima nema kontrolnu funkciju, ko tu funkciju uopšte ima? Tako npr. u situacijama kada sud iz BiH prizna stranu sudsku odluku na koju nije uložena žalba, ne postoji nikakva kontrola takve odluke niti se mogu vidjeti eventualni

[10] U predmetu koji se vodi i ministarstvu pravde BiH pod brojem: 08-15-3-8972/17 sud iz BiH se obratio stranoj državi običnim dopisom iz koga proizilazi da postupajući sudija nije uopšte upoznat o postojanju međunarodnog ugovora iz ove oblasti po kome bi se u propisanom postupku moglo preuzeti izvršenje kazne.

nedostaci, pa ni protesti drugih država, jer svi akti u vezi sa tim predmetom dolaze samo sudiji koji je odlučivao u tom postupku.

Dalje se postavlja pitanje obaveznosti stavova nadređenog suda u pogledu primjene određene norme međunarodnog ugovora? Ako je ova obaveznost upitna u domaćim postupcima ona ne bi trebala da bude upitna u postupcima sa inostranim elementom, jer strana država zasniva svoje odnose sa Bosnom i Hercegovinom, a ne sa postupajućim sudom.

Postavlja se pitanje drugih razloga za neujednačenost i različitost sudske prakse. Kod organizacije sudova u kojoj svaki sudija može da postupa u predmetima međunarodne pravne pomoći, pa i u postupcima priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda u krivičnim stvarima nije realno očekivati da svaki postupajući sudija bude upoznat sa propisima i praksom uspostavljenoj u ovoj oblasti. Kroz istraživanja u vezi sa ovim radom, ocjena je da bi za posebne postupke pružanja međunarodne pravne pomoći, uključujući i postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda morali postojati posebni (ili pridodati) referati, da bi se nosioci tih referata posebno edukovali iz tih oblasti.

Zanimljivo je i da kroz kompletne edukacije sudija nije registrovana niti jedna edukacija sa ciljanom temom „Priznanje i izvršenja stranih sudskih odluka u krivičnim stvarima“ , osim kao sporedna tema u sklopu ukupne međunarodne pravne pomoći, dok je provedeno više seminara na temu vezanu za ravnopravnost polova i ako u BiH više od 60% nosilaca pravosudnih funkcija predstavljaju žene ili na temu Evropskog naloga za hapšenje koji nije u primjeni u pravnom sistemu u BiH. Edukacije iz ove oblasti trebaju da ukažu na pravne izvore i probleme u ovoj oblasti, te načine prevazilaženja ovih problema i načine rješavanja ovih predmeta.

3. Novi izazovi za koje ne postoje odgovarajuća rješenja u zakonima Bosne i Hercegovine

Postavlja se pitanje kako ćemo postupati u novijim i mnogo kompleksnijim oblicima izvršenja stranih presuda u krivičnim stvarima gdje ne postoje ni odgovarajuća zakonska rješenja za postupanje, ako nismo savladali jednostavnije postupke sa preciznim zakonskim rješenjima.

Pod novim rješenjima, a i obavezom BiH se posebno misli na Konvenciju Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju

prihoda stečenih kaznenim djelom financiranja terorizma (CEST br.198)[11], iz razloga što ova Konvencija dopušta međusobno izvršenje strane sudske presude kroz oduzimanje imovinske koristi proistekle iz kaznenog djela, bez prethodnog priznanja takve presude u državi izvršenja.

Navedena Konvencija je predmet mnogih analiza radnih grupa, naučnih skupova i projekata, jer daje potpuno novi pristup ovoj materiji, ali nijedan takav skup ili projekat nije ponudio cjelokupna rješenja za provođenje ove Konvencije. Naime, ova Konvencija predviđa i podjelu imovinske dobiti između države izricanja kazne (države presuđenja) i države izvršenja, a u BiH nije jasna ni nadležnost za postupanje po stranim presudama zasnovanim na Konvenciji, pa samim tim nije jasno ni u koji budžet bi se knjižila sredstva od te dobiti.

Iako već postoje zahtjevi država potpisnica ove konvencije za oduzimanje imovine u BiH stečene krivičnim djelom, na osnovu presuda sudova tih država, ovim pitanjem se još uvijek u BiH niko ozbiljno ne bavi. Očito je da su takvi predmeti samo briga sudova kojim su upućeni, jer ni ti sudovi nisu riješili ni jedan predmet vezan za navedenu konvenciju.[12]

Posljednji primjer je vezan za zahtjev Švajcarske Konfederacije, koja zahtijeva provođenje presude suda te države na imovini osuđenog (lokali i poslovni prostori) u Brčkom. Dakle, traži se oduzimanje imovine i istovremeno nudi podjela imovinske dobiti između te države i BiH. Po ovom zahtjevu je nadležnost zasnovao Osnovni sud Brčko Distrikta BiH, jer je već preduzeo radnje po ovoj zamolnici prema državi moliteljici. Isto tako nadležnost u ovom postupku je mogao da zasnuje i Sud BiH koji bi bio stvarno nadležan da se ovaj postupak vodio u BiH, pod uslovom da se radi o priznanju i izvršenju strane presude. Problem je što se u konkretnom predmetu radi o direktnom izvršenju strane presude za koju navedena konvencija ne predviđa postupak priznanja.

[11] Konvencija Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih kaznenim djelom i financiranjem terorizma / *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on Financing of Terrorism*/, Varšava 16.05.2005., stupila na snagu 01.05.2008., u odnosu na BiH stupila na snagu 01.05.2008., objava Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori 14/2007.

[12] U Ministarstvo pravde BiH je sa danom 25.04.2019.godine zaprimilo šest takvih zahtjeva i uputilo ih nadležnim sudovima na rješavanje. Konačna odluka nije donesena ni po jednom zahtjevu i ako su neki upućeni prije više od dvije godine.

U vezi sa mogućim rješenjima vezanim za provođenje navedene Konvencije ne postoji koordinacija organa uključenih u njeno provođenje ni koordinacija između projekata i organa koja se bave ovom temom, pa su i dalje otvorena mnoga pitanja od definisanja precizne nadležnosti suda koji postupa u ovim predmetima, načina diobe imovinske dobiti između država, u koji budžet u BiH se usmjeravaju sredstva od oduzete dobiti po osnovu strane presude i slično.

Dosadašnje aktivnosti raznih stručnih i naučnih timova u BiH su u pravilu svedene na afirmativni prikaz cilja Konvencije i analize njenih odredbi, a niko se nije bavio njenom provedbom u BiH i problemima u provedbi koji su skopčani i sa specifičnom ustavnom strukturom BiH. Na ove se postupke ne mogu preuzeti iskustva ni iz R. Slovenije, ni iz R.Hrvatske (države članice EU), kao ni iz R.Srbije, jer te države imaju drugačiju nadležnost sudova, a i jedan budžet u koji bi bila usmjerena sredstva iz osnova ove Konvencije, pa bi se u projekte koji se bave ovom temom u BiH trebali uključiti i predstavnici organa zaduženih za provedbu Konvencije.

4. Zaključak

Ovaj referat je ciljano usmjeren da ukaže na probleme u postupcima priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda u krivičnim stvarima, kojom se neprincipijelno veoma malo bavimo, te da ukaže i na druge probleme koji su posljedica uočenih problema.[13] Usputno se postavlja i pitanje kako se vrednuje (normira) odluka sudije koji je nepravilnom primjenom Zakona ili međunarodnog ugovora onemogućio državljaninu BiH koji je osuđen u inostranstvu da izvršava kaznu zatvora u državi svoga državljanstva? Referat otvara i pitanje kontrole u samostalnom odlučivanju sudije, kao i pitanje da li je ta kontrola dozvoljena ili obezbijeđena u svim slučajevima nepravilne primjene zakona ili međunarodnog ugovora u ovim postupcima.

Ako je sudija (sudije) zbog pogrešne primjene zakona ili međunarodnog ugovora onemogućio državljaninu BiH osuđenom u inostranstvu da izdržava kaznu zatvora u državi svoga državljanstva i predmet vrednovan kao riješen, sigurno je upitan i sistem vrednovanja i sistem edukacija iz ove oblasti i rasporeda referata.

[13] Riječ „neprincipijelnost“ je namjerno spomenuta, jar deklarativno svi želimo u EU a standarde kroz primjere iz ovoga rada određujemo sami sebi.

Konačni zaključak ovoga referata je da ukaže da u rješavanje iznesenih problema u ovoj oblasti, kao i u ukupnoj međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, kroz projekte vezane za unapređenje ove pravne pomoći i ukupnog pravosuđa, su zaobiđena istraživanja i lica koja imaju uvid u predmete i praktično se bave rješavanjem problema, pa se projekti svode na afirmativni prikaz i analizu određenih propisa, a ne i stanjem u toj oblasti. Faktičko stanje u istraživanoj oblasti, koja je tema referata, je mnogo lošije od pravnog uređenja ove oblasti, pa se ovim referatom želi ukazati da projekti za unapređenje ove oblasti za osnovu moraju imati istraživanja, a ne samo statistiku, jer sama statistika često može da bude „tačan zbir netačnih podataka“.

Dr.sc. Mladen Milosavljević, doktor bioloških nauka Federalno ministarstvo unutarnjih poslova, Federalna uprava policije

(NE)POSTOJANJE ZAKONSKIH I PODZAKONSKIH AKATA I (NE)ADEKVATNO KONCIPIRANJE I POSTUPANJE PO NAREDBAMA ZA VJEŠTAČENJE KAO IZVOR MOGUĆIH PROBLEMA U PRAVOSUĐU BiH (FBiH)

S A Ž E T A K

Forenzičko kriminalističke istrage uveliko zavise od primjene i postojanja odgovarajućih zakona i podzakonskih akata. Slijedom toga, iz navedenog je jasno da sve to direktno utječe i na uspješnost razjašnjenja krivičnih djela, odnosno na cjelokupan tok i ishod pravosudnog postupka. Jasno je da (ne)postojanje adekvatnih zakonskih i podzakonskih rješenja umnogome otežava procese samih postupaka, posebno u odnosu na forenzički segment (posebno DNA analiza). Opet, upravo forenzički segment, odnosno (ne)postojanje odgovarajućeg materijalnog traga ima nedvosmislenu i krucijalnu vezu sa tokom i okončanjem istrage, ali i samog suđenja. S druge strane, šta nam vrijedi materijalni trag, ako je njegovo tretiranje (u bilo kom dijelu procesa) bilo u suprotnosti sa odgovarajućim propisima i standardima. Dodatni segment navedenom jesu nepravilno koncipirane naredbe za određene radnje, uključujući i vještačenje, a još veći problem jeste postupanje po takvim naredbama. Iz takvih postupaka, u konačnici je moguće dobiti samo problem, koji nosi obilježja nezakonitosti postupka vještačenja.

Ključne riječi: Zakon, istraga, naredba, vještačenje, problem, pravosuđe.

SUMMARY

Forensic crime investigations largely depend on the application and the existence of appropriate laws and subordinate acts. Consequently, it is clear that all this directly affects the efficiency of the clarification of criminal offenses, ie the entire course and outcome of the judicial process. It is undoubtedly clear that the existing (non) existence of adequate legal and by-law solutions greatly complicates the processes of the procedures themselves, especially in relation to the forensic segment (in particular DNA analysis). Again, precisely the forensic segment, or (non) the existence of an appropriate material trace, has a clear and lingering connection to the course and to end the investigation, but also the trial itself. On the other hand, what is a material trace if its treatment (in any part of the process) was in contravention of the

relevant regulations and standards. An additional segment mentioned is incorrectly designed commands for certain actions, including expert judgment, and an even greater problem is the handling of such commands. From such proceedings, it is only possible to obtain a problem, which has the characteristics of the illegality of the expert procedure.
Keywords: Law, Investigation, Order, Expertise, Problem, Judiciary.

ANALIZA

Zakon o krivičnom postupku BiH (početna verzija – 2003.g.) je propisao:

- Analizu dezoksiribonukleinske kiseline (u daljem tekstu) DNK *može vršiti isključivo ustanova specijalizirana za ovu vrstu vještačenja (član 112.) (ostalo neizmijenjeno u ZKP-u FBiH, član 127.)*
- Analiza DNK može se vršiti, ukoliko je neophodno, za određivanje identiteta ili činjenice da li otkriveni tragovi materija potiču od osumnjičenog, odnosno optuženog ili oštećenog (član 113).
- Zanimljivo je da je u ekvivalentnom članu ZKP-u RS (član 178, dodan stav 2.)"Uzorci pljuvačke radi vršenja DNK analize mogu se uzimati uvijek i za to nije potreban pristanak lica, niti se ta radnja može smatrati povredom tjelesnog integriteta".
- U cilju utvrđivanja identiteta osumnjičenog, odnosno *optuženog s njegovog tijela mogu se uzeti ćelije radi analize DNK*. Podaci dobijeni na ovaj način mogu se koristiti i u drugim krivičnim postupcima protiv iste osobe (član 114.).
- Sve izvršene analize DNK *vode se u posebnom registru pri nadležnom ministarstvu u Bosni i Hercegovini (član 115.) i*
- *Zaštita podataka dobijenih analizama iz stava 1. ovog člana uređuje se posebnim zakonom (član 115.)*
- Skoro identičan sadržaj naveden je i u entitetskim Zakonima o krivičnom postupku. Identični su i sadržaji stava 2. (člana 115.), jedina izmjena je u stavu 1. gdje je kao nadležno ministarstvo za vođenje registara DNK analiza označeno – ministarstvo zdravstva u entitetima.
- U ekvivalentnom članu ZKP-a RS[1] dodan je (kasnije) stav 2: (član 180.) „Evidenciju DNK profila osumnjičenih i osuđenih lica, nestalih i neidentifikovanih lica i DNK profile dobijene iz spornih bioloških tragova pronađenih u vezi sa krivičnim djelom vodi Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske".

[1] Službeni glasnik Republike Srpske broj 53/2012.

PRIMJEDBE NA OVA ZAKONSKA RJEŠENJA

1. *Zakonodavac nije osjetio gdje je najbolje mjesto za pozicioniranje oblasti vještačenja DNK analiza* pa ih je pozicionirao odmah iza – vještačenja poslovnih knjiga sa kojim ova oblast nema nikakve veze. Primjerenije ih je bilo postaviti negdje sa vještačenjima tjelesnih povreda, tjelesnim pregledom i slično.
2. *Kao odrednica se navode specijalizirane ustanove, a nigdje se ne navodi, koje su to specijalizirane ustanove, po kojim kriterijumima se postaje specijalizirana ustanova, ko daje certifikat o takvom statusu (specijalistička) itd.*
3. Formulacija da je sa tijela osobe moguće uzeti ćelije radi analize DNK, u *najmanju ruku je višestruko problematična*. Naime, prvo je problematičan sam sadržaj eventualne naredbe – eventualni primjer „Naređuje se tom i tom da od toga i toga izuzme ćelije (koje ?) radi vještačenja DNK“. S druge strane, važno je napomenuti da postoje u ljudskom tijelu ćelije iz kojih nije moguće izvršiti DNK analizu (npr. eritrociti krvi).
4. Prethodne odrednice definišu da se izvršene analize DNK vode u posebnom registru, *ali niko, čak ni površno, ne definiše izgled takvog registra*. On mora biti jednoobrazan sa svim neophodnim podacima. Različitost u izgledu registara stvorila bi dodatne probleme i nemogućnost vođenja zajedničkih baza podataka i slično.
5. Takođe je definisano da se navedeni registri vode pri nadležnom ministarstvu (ZKP BiH), a prelaznim odredbama ZKP-a BiH, za to ministarstvo je određeno ministarstvo pravosuđa, koje je tada bilo u začetku, nedovoljno ekipirano i koncipirano da bi moglo preuzeti ovu ulogu.
6. Da stvar bude interesantnija entitetski zakoni o krivičnom postupku određuju da se ovi registri vode pri ministarstvima zdravlja. Svakako je nejasna ovakva razlika – da na državnom nivou za jednu istu stvar bude nadležno ministarstvo pravde, a na entitetskom nivou ministarstvo zdravstva. S druge strane, postavlja se realno pitanje, zašto bi se uopće DNK analize dobijene za potrebe različitih krivičnih istraga vodile u registru pri ministarstvima zdravstva?!
7. Stav 2. istog Zakona navodi da će se zaštita podataka dobijenih analizama iz stava 1. urediti posebnim zakonom, što do danas nije urađeno (BiH/FBiH).

U odnosu na navedeno, postavlja se pitanje da li je prilikom konceptualizacije odrednica vezanih za DNA analize trebalo pristupiti na drugačiji, kvalitetniji, sveobuhvatniji i jasniji način, kako bi se izbjegle sve problemske situacije ili nejasnoće. Navedeno je bilo lako moguće samo da su konsultovani forenzički eksperti ovog usmjerenja, cijeneći činjenicu da su nam DNA analize bile više nego potrebne.

Da stvar bude interesantnija dodatno se pobrinuo zakonodavac jer je ispustio predvidjeti još neke veoma bitne parametre. Tako, na primjer, nije: *a) predvidio i situacije u kojima će se u toku postupka dokazati da su nevine pa se postavlja pitanje kako i na koji način izvršiti njihovo brisanje iz baze DNK uzoraka/analiza; b) predvidio mogućnost upotrebe DNK analiza u slučajevima njenog ispitivanja kod životinja i biljaka i c) predvidio način kako da rezultate iz registra DNK analiza koje bi bile smještene u entitetskim ministarstvima zdravstva koriste agencije za provođenje zakona!*

Izmjene i dopune Zakona o kaznenom postupku BiH su odredile:

- U članu 112. (Analiza dezoksiribonukleinske kiseline), riječi; „ustanova specijalizirana“ zamjenjuju se riječima: „institucija koja posjeduje potrebnu stručnost, u smislu osoblja i opreme, za obavljanje forenzičke DNK analize“.
- U članu 115. (Registar izvršenih DNK analiza i zaštita podataka), u stavu 1., riječi „u posebnom registru pri nadležnom ministarstvu u Bosni i Hercegovini“ zamjenjuju se riječima „u posebnom registru pri Ministarstvu sigurnosti Bosne i Hercegovine“.
- Na stav 1., dodaje se novi stav 2., koji glasi:
- (2) Ministar pravde BiH donosi Pravilnik o načinu prikupljanja i uzimanja uzoraka biološkog materijala za potrebe DNK analize u krivičnom postupku, o načinu pakiranja prikupljenog biološkog materijala, čuvanja, obrade, pohrane uzoraka i dobivenih rezultata DNK analize u Bosni i Hercegovini“.

Napomena: U ZKP-u FBiH (član 129., dodan je stav 2. u kome je navedeno: *„Federalni ministar pravde donosi Pravilnik o načinu prikupljanja i uzimanju uzoraka biološkog materijala za potrebe DNK analize u krivičnom postupku, o načinu pakiranja prikupljenog biološkog materijala, čuvanja, obrade i pohrane uzoraka i dobivenih rezultata DNK analize u Federaciji“.*

Ovaj pravilnik (za FBiH) nikada nije donesen, pa se postavlja pitanje kako tretirati ovu problematiku, cijeneći da postoji takav (sličan) pravilnik, ali na nivou BiH (odnosno RS-a).

PRIMJEDBE NA OVE IZMJENE I DOPUNE ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU BiH

1. Iako je po izvornom Zakonu o krivičnom postupku BiH (stupio na snagu 01.03.2003. godine) zakonodavac preuzeo obavezu da u roku od 90 dana donese sve podzakonske akte, evidentno je da to nije uradio nikako, ili je neke manje, kozmetičke promjene uradio sa više od dvije godine zakašnjenja?!
2. Svojom izmjenom formulacije gdje umjesto „specijalizirana ustanova“ propisuje „institucija koja posjeduje potrebnu stručnost, u smislu osoblja i opreme za obavljanje forenzičke DNK analize“ *zakonodavac nije napravio neki bitan kvalitativni pomak naprijed jer je opet ostavio otvoreno pitanje šta znači potrebna stručnost – ko određuje taj stepen, na osnovu kojih kriterija, na koji način itd.*
3. Novom izmjenom kojom sada određuje Ministarstvo sigurnosti BiH kao ono u kojem će se voditi registri DNK analiza, takođe, zakonodavac, ništa bitno ne mijenja jer i to Ministarstvo niti (je) ima/lo ljudi, niti adekvatne druge uslove da bi moglo ispuniti zadatu zadaću (odnosi se na momenat donošenja). Uspostava Agencije za forenzička ispitivanja i vještačenja mogla bi na neki način riješiti ovaj problem.

Čini se važnim napomenuti da su u Komentarima ZKP-a BiH (i entitetskim varijantama) na neki način objašnjena neka od istaknutih pitanja, ali isto tako, su sa druge strane i otvorene dodatne nedoumice i nejasnoće.

PRIMJEDBE NA PRAVILNIK O NAČINU PRIKUPLJANJA I UZIMANJA UZORAKA BIOLOŠKOG MATERIJALA ZA POTREBE ANALIZE DEZOKSIRIBONUKLEINSKE KISELINE U KAZNENOM/KRIVIČNOM POSTUPKU[2]

1. U odnosu na Izmjene i dopune Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *ovaj Pravilnik ima drugačiji naziv od onoga koji je najavljen u Izmjenama i dopunama ZKP-a BiH*;
2. U članu 1. koji tretira predmet djelokruga ovog Pravilnika navodi se da se njime utvrđuje način prikupljanja i uzimanja uzoraka biološkog materijala ljudi i drugih živih bića, te ostalih tragova... *(navedene odrednice uopće*

[2] „Službeni glasnik BiH“ broj 35 od 14.05.2007. godine.

nisu predviđene ZKP-om BiH, te se postavlja pitanje njihove validnosti jer se Pravilnikom proširuje mogući izvor uzoraka za DNK analize; njihovu mogućnost nagovještavaju i u komentarima ZKP-a BiH, ali je nema u samom ZKP-u BiH).

3. U članu 3. koji određuje način uzimanja uzoraka nabrajaju se krv, sjemena tekućina i druge tjelesne tekućine, urin, stidne dlake, te bris uzet iz drugih tjelesnih otvora osim usta, kao i otisak zuba... *Nije jasno zašto zakonodavac nabraja sve ove stavke, kad je jednostavno mogao dozvoliti/odrediti uzimanje brisa bukalne sluznice usta, što je i najjednostavniji i najbrži način uzimanja uzoraka za DNK analizu.* S druge strane navodi uzimanje sjemene tekućine što je bespotrebno i komplicirano kad je to jednostavnije dobiti iz brisa pljuvačke ili bukalne sluznice usta. Također je nejasno zašto zakonodavac isključuje uzimanje brisa usta? *Pošto zakonodavac navodi uzimanje stidnih dlaka, ali ne i kose i dlaka s drugih dijelova tijela, da li to znači da se ostale dlake ne mogu uzimati?* Ostaje i nejasna formulacija „... kao i otisak zuba...“ koja se nikako ne uklapa u koncept sadržaja odrednica.
4. U istom članu je navedeno *da navedene uzorke uzima doktor medicine odgovarajućeg specijalizacijskog usmjerenja, ali bez ikakve konkretizacije „odgovarajućeg specijalizacijskog usmjerenja“,* pa sve to otvara mogućnost za različite nesporazume i tumačenja, moguća osporavanja, traženje - davanje dodatnih pojašnjenja itd..
5. U istom članu, ali stavu 2. navodi da *ostale tragove može uzeti i „stručna osoba“, ali ne određuje pobliže šta znači „stručna osoba“, što, također može izazvati nedoumice, osporavanja, nesporazume, davanje dodatnih objašnjenja*. U nastavku istog člana istog stava navodi da to može uraditi „...ili *zaposlenik medicinske struke odgovarajućeg specijalizacijskog usmjerenja*...“, gdje opet ne navodi nikakvu konkretizaciju, pa kao i u prethodnim slučajevima otvara mogućnost za osporavanja, nesporazume, traženje - davanje dodatnih objašnjenja i slično.
6. U članu 5. koji određuje pravila uzimanja uzoraka *navodi se da se prikupljanje bioloških tragova vrši sukladno pravilima uzimanja, rukovanja i transporta materijala za forenzičku DNK analizu. Koliko je nama poznato takva pravila još zvanično nisu donesena.*
7. U istom članu, ali stavu 2. navodi se sastavljanje zapisnika, ali bez ikakvih posebnih detalja o jednoobraznosti, obaveznim rubrikama i slično.
8. U istom članu i istom stavu navodi se popunjavanje kartica, ali, također, bez definiranja obrasca (npr. karton, papir, određeni detalji i slično).
9. U oba slučaja nije navedeno ko popunjava zapisnik i karticu.

10. U članu 6. stavu 1. navodi se „uzorci dokaznog materijala i biološkog materijala...“, *pa zar može biti dokazni materijal za DNK analize a da nije biološkog porijekla* (ista terminologija se navodi i članu 8, stavu 1., kao i članu 12, stavu 1.)?!
11. Isti član i isti stav, propisuje da se uzorci označavaju pomoću bar – koda ili odgovarajuće šifre, što se ne radi niti je poznato kako izgleda i ko određuje šifre.
12. U istom članu i istom stavu navodi se da se uzorci dostavljaju *„...u forenzički DNK laboratorij“. Postavlja se pitanje šta ako se dostavi u laboratorij koji nije forenzički, i ko to i po kojim kriterijumima određuje forenzičke laboratorije (koliko i da li, u stvari ovakva determinacija opterećuje dalji postupak)? Od početka primjene DNA analiza na teritoriji BiH to se ne radi u (forenzičkim) laboratorijama,* već u laboratoriju pri Kliničkom centru u Sarajevu, odnosno Institutu za genetički inženjering i biotehnologiju u Sarajevu (čija laboratorija je u jednom momentu, kroz njihov akt o unutrašnjoj organizaciji dobila ime laboratorija za forenzičku genetiku). Kao i što se već nekoliko godina ove analize rade u sklopu Zavoda za sudsku medicinu Republike Srpske u Banja Luci. Svakako, navedene analize se već više od deset godina iznimno uspješno rade i u DNA laboratoriji, Centra za forenzička ispitivanja, vještačenja i istraživanja - Federalne uprave policije.
13. Isti član, ali stav 3. navodi da se uzorci biološkog materijala mrtvog tijela osobe označavaju sukladno utvrđenim pravilima kriminalistike, ali se postavlja pitanje koja su to zaista utvrđena pravila kriminalistike?
14. Isti član, ali stav 4. navodi da se uzorci stavljaju u paket koji se označava bar – kodom ili odgovarajućom šifrom, što se ne radi niti se zna ko i na koji način određuje šifru?
15. Isti član, ali stav 6. navodi da se „istovremeno sa karticom, bar – kodom ili šifrom uzorka to dostavlja u odvojenu bazu podataka pri Ministarstvu sigurnosti BiH, što se ne radi, jer to Ministarstvo za to nema niti uslove, niti kadrove, niti razrađene procedure!
16. U članu 7. koji određuje čuvanje uzoraka navodi se da se uzorci materijala iz člana 6. ovog Pravilnika pohranjuju u Ministarstvu sigurnosti BiH, a što se ne radi jer navedeno Ministarstvo nema niti ljudi, niti prostora niti predviđenih procedura niti prostorija, niti adekvatnih materijalno tehničkih uslova za njihovo držanje! Možda bi se dio ovih problema mogao prevazići kroz Agenciju za forenzička ispitivanja i vještačenja BiH?

17. *Isti član, ali stav 2. određuje da će Ministarstvo sigurnosti BiH odrediti rok čuvanja uzoraka biološkog materijala, ali se ne navodi kada će se to desiti (možda za pet – deset godina). Isto tako ne određuje se šta će se raditi dok se taj rok ne definiše?!*
18. U članu 9., stavu 3. navodi se da *se rezultati dobiveni forenzičkom DNK analizom iz biološkog materijala mrtve osobe pohranjuju u evidenciji forenzičkog DNK laboratorija koji je analizu obavio. Međutim, zakonodavac ne daje objašnjenje zašto tako postupiti, te previđa mogućnost da je ta osoba možda kriminalac i da bi unosom njegovog DNK profila u odgovarajuću bazu i određenim uspoređivanjem možda mogli riješiti neka druga krivična djela.*
19. U istom članu, ali stavu 5. određuje se *da se materijal i rezultat dobiven forenzičkom DNK analizom koji se ne koristi u svrhu utvrđivanja identiteta mora uništiti, ali ne precizira niti rokove, niti načine, niti kontrolu radnje.*
20. U članu 10, koji definira postupak analize u stavu 1. navodi se da se forenzička DNK analiza vrši „*...sukladno molekularno biološkim postupcima koji su utvrđeni međunarodnim standardima prihvaćenim u Bosni Hercegovini...*“. *Međutim, koliko je poznato takve standarde BiH još nije usvojila!?*
21. Isti član, ali stav 2. opet *navodi da će se analize vršiti u institucijama koje posjeduju stručnost, u smislu osoblja i opreme, ali se ne precizira po kojim se to kriterijumima vrši, na koji način i od strane koje institucije.*
22. U članu 12. (koji određuje prijem materijala za DNK analizu) stavu 1. *navodi se da standarde i kvalitetu rada u forenzičkom DNK laboratoriju i izdavanje rezultata uređuje institucija koja ih vrši svojim propisima. To znači da svaka institucija može to raditi na različite načine, što može imati vrlo ozbiljne (negativne) posljedice! Uvođenje obavezujuće akreditacije (za laboratorije koje vrše DNA analize) riješilo bi ovaj poroblem u potpunosti.*
23. Isti član, ali stav 2. navodi da će Ministarstvo sigurnosti BiH urediti način korištenja baze podataka, ali ne navodi do kog roka, i šta će se dešavati do tada?!

Jasno je da se za neke prethodno navedene problemske odrednice (kako iz ZKP-a, tako i iz navedenog pravilnika) mogu davati odgovarajuća (alternativna) objašnjenja (od strane odgovarajućih forenzičkih eksperata), na osnovu kojih sudovi mogu prihvatati (i prihvataju) nalaze provedenih vještačenja, ali se ipak time otvaraju mogućnosti za usporavanje postupka, povećanje troškova, a sam sud (ponekad) dovodi u situaciju da odlučuje (prihvata ili eventulno ne prihvata) objašnjenja iz određene oblasti za koju

možda nema adekvatan nivo znanja. S druge strane, otvorene su mogućnosti za osporavanja po različitim osnovama.

SPECIFIČNE PROBLEMSKE SITUACIJE

Zašto je pala presuda specijalcima MUP-a Republike Srpske?!

Rješenjem Vrhovnog suda Republike Srpske ponovno je ukinuta presuda specijalcima MUP-a RS-a, te je Vrhovni sud vratio predmet Okružnom sudu u Banja Luci na suđenje, ali sada pred potpuno izmijenjenim sudskim vijećem. *Vrhovni sud, između ostalog, zaključuje da je odbrana optuženih bila u pravu kada je iznijela zamjerku na to što plave koverte sa dokazima, odnosno DNK tragovima, nisu bile zaštićene ni evidens trakom, niti heftaricom.*

Naime, na fotodokumentaciji koja je dostavljena sa beogradskog Biološkog fakulteta, gdje su dokazi vještačeni, advokati su primijetili da je žuta vreća, u kojoj su dostavljeni biološki uzorci, raskinuta. Osim toga, u toj vreći su bile plave koverte sa uzorcima i *nijedna nije bila zaštićena ni evidens trakom ni heft mašinom*. Prigovore odbrane Okružni sud je oba puta ignorisao (bez osvrta).

Da pojasnim, Pravilnik o načinu prikupljanja, pakovanja i transportovanja DNK uzoraka („Sl. glasnik RS-a“, broj 61/2013) u članu 32., stav 2., izričito određuje da: „Ambalaža u koju su uzorci upakovani mora biti osigurana naljepnicom koja mora ostati intaktna do prijema uzorka na analizu“. *U konkretnom slučaju nije se tako postupalo pa je i donesena presuda u skladu sa tim.*

Dodatna moguća dilema koja se generalno mogla pojaviti jeste, npr. šta da je sličnu naredbu za DNA vještačenja izdalo Tužilaštvo BiH i povjerilo vještačenje Zavodu za sudsku medicinu u Republici Srpskoj? Ovdje sve upućuje da bi se cijenio Pravilnik sa državnog nivoa. Generalno problematika postaje specifičnija upravo zbog znatne razlike u navedenim pravilnicima. S druge strane moglo se desiti da je ovo vještačenje povjereno npr. Centru za forenzička ispitivanja, vještačenja i istraživanja Federalne uprave policije (uz napomenu da na nivou FBiH nije donesen ovakav pravilnik). Slijedom vertikalne hijerarhije i ovdje (kao i u gornjem slučaju) bi se moglo prihvatiti rješenje o primjeni pravilnika sa državnog nivoa. Svakako i ovdje bi se moglo „tragati“ i za dodatnim pojašnjenjima koja bi sudu eventulno mogla pomoći kod donošenja konačne odluke. U skladu sa navedenim, postavlja se i pitanje, da li bi se npr. neko tužilaštvo u FBiH, moglo pozvati na (navedeni) Pravilnik sa državnog nivoa i odrediti određene radnje (vezujući ih baš za taj pravilnik)

nekoj instituciji na nivou FBiH? Ovdje bi odgovor nekako bio više okrenut ka odričnoj mogućnosti.

Naredba za pretresanje i vještačenje mobilnih telefonskih uređaja

U posljednje vrijeme povećan je broj zahtjeva za pretresanje mobilnih telefonskih uređaja u skladu sa odredbama ZKP-a (F)BiH. Ono što je zanimljivo jeste podatak da se dosta često pojavljuje jedna jedinstvena naredba kojom *se istovremeno određuje i pretresanje i vještačenje mobilnih telefonskih uređaja.* Vještaci mobilne telefonije se tada „pokrivaju" takvom naredbom i rade isključivo radnju vještačenja i u skladu sa tim daju i nalaz provedenog vještačenja. Mišljenja sam da takvo postupanje nije u skladu sa zakonom (i pravilima struke), jer je naredba jasno odredila dvije radnje: 1) pretresanje (glava VIII – Radnje dokazivanja; odjeljak 1 – Pretresanje stana, prostorija i osoba – članovi 65. do 78.; u isključivoj je nadležnosti suda i prvenstveno je provode ovlaštena službena lica uz moguću asistenciju stručnog lica) i 2) vještačenje (Odjeljak 7 u ZKP-u FBiH, članovi 109. do 116.; u nadležnosti je tužilaštva ili suda i provode ga vještaci - eksperti). Smatram da se ne može radnja pretresanje jednostavno preskočiti kao da nije određena, već odmah pristupiti radnji vještačenja. Pretres sa sobom povlači drugačiju dokumentaciju i pravila postupanja u odnosu na samo vještačenje. S druge strane, upitno je mogu li se dvije različite radnje konceptualno stavljati u jedan akt. I da sve bude zanimljivije pobrinule su se naredbe u kojima se u isto vrijeme naređuje: vještačenja, pregled, pretres i analiza... U ovom segmentu zabilježen je nevjerovatan broj različitih kombinacija, odnosno konceptualnih konstrukcija. *Mišljenja sam da bi ovakvi nalazi mogli biti proglašen nezakonitim dokazom, upravo zbog navedenih činjenica.*

Član 236. Zakona o kaznenom postupku FBiH

Uviđaj i vještačenje

Interesantna je i odredba člana 236. ZKP-a FBiH, koja glasi: „Ovlaštena službena osoba, nakon obavještavanja tužitelja, dužna je izvršiti uviđaj i *odrediti potrebna vještačenja*, osim obdukcije i ekshumacije leša..." Navedena odredba otvorila je mogućnosti za različita tumačenje i postupanja u praksi. Tako imamo slučajeve da nam iz različitih MUP-ova stižu akti koje potpisuje neki policijski službenik (nerijetko nižih činova) u kojoj se na početku poziva na ovaj član ZKP-a FBiH i naslovljava ga kao Naredbu kojom se određuje vještačenje u toj i toj oblasti, potrebno je uraditi to i to itd. Po navedenim aktima se postupalo, kao da su regularne naredbe i provodila ispitivanja, i

pravili nalazi vještačenja. Lično je mišljenje da takvi nalazi nisu validni za sudske postupke, posebno imajući u vidu odredbu člana 110. ZKP-a FBiH koji decidno određuje (stav 1.) da *:"Pisanu naredbu za vještačenje izdaje tužitelj ili sud*"! *Dakle, nikakav policijski službenik ne može izdati akt koji može zamijeniti naredbu za vještačenje, niti postupanje po njoj može imati utjecaj ili biti uspješno korišteno u sudskom postupku.*

Potvrda ispravnosti ovakvog ličnog stava nalazi se i u Komentaru ZKP-a (F)BiH, u kojem je naglašeno da je „*ovlaštena službena osoba dužna odrediti i sva potrebna vještačenja, za kojima se ukaže potreba na licu mjesta, kao i zbog okolnosti i saznanja koja proisteknu iz vršenja uviđaja*". Dalje se pojašnjava da je bitno pravilno razlikovati „određivanje potrebnih vještačenja", kako je to sadržano odredbom ovog člana (236.), od vještačenja kao radnje dokazivanja u smislu odredbi člana 95. do 115. (ZKP BiH). U nastavku se pojašnjava da temeljem odredbi člana 94., stav 1. i 2. ZKP BiH, ovlaštene službene osobe mogu angažovati stručnu osobu ili vještaka, kada su im potrebna dodatna stručna objašnjenja u vezi sa vršenjem uviđaja, odnosno, kada im je stručna pomoć potrebna radi pravilnog usmjeravanja daljih aktivnosti na prikupljanju potrebnih dokaza.

ZAKLJUČCI

1. Nezamislivo je da ni nakon 16 godina od donošenja Zakona o krivičnom postupku BiH i FBiH, nadležne institucije i tijela nisu donijele odgovarajuće prateće zakone (uključujući i predviđene pravilnike), bez obzira što je donošenje istih upravo i predviđeno prethodno navedenim zakonima.
2. Postojeće odredbe Zakona o krivičnom postupku BiH, odnosno FBiH (uključujući i Pravilnik o načinu prikupljanja uzoraka biološkog materijala za potrebe analize dezoksiribonukleinske kiseline u kaznenom/krivičnom postupku - na nivou BiH), otvara niz različitih mogućnosti za osporavanja pred sudovima (svakako i u različitim segmentima).
3. Postojeća zakonska rješenja na nivou FBiH (prvenstveno vezano za bazu DNA podataka, odnosno na njeno /ne/uspostavljanje), onemogućavaju rasvjetljavanje (rješenje) mnogih krivičnih djela.
4. Smatram da bi buduća konceptualna rješenja i izmjene u ovoj oblasti zahtijevala i angažman eksperata iz oblasti forenzike (prvenstveno DNA analiza), kako bi se izbjegla ovakva, ponekad nedorečena, konceptualno pogrešna, naučno neprimjerena, nedovoljno jasna rješenja. Da su forenzički eksperti bili uključeni od samog početka, vjerovatno sada ne bi bilo ni ovog

rada, ni prezentacije, ne bi bilo nejasnoća, ne bi se moralo tragati za alternativnim rješenjima i dodatnim pojašnjenjima i sve bi bilo drugačije.

5. Zanimljivo je da je u segmentu DNA analiza Republika Srpska napravila mnogo veći iskorak od Federacije BiH, i to prvenstveno kroz donošenje Zakona o bazi podataka rezultata analiza dezoksiribonukleinske kiseline (Objavljen u "Sl. glasniku RS", br. 121 od 25. decembra 2012)
6. Kada su u pitanju pravilnici iz ove oblasti u Republici Srpskoj su donesena dva pravilnika: a) Pravilnik o načinu prikupljanja, pakovanja i transportovanja DNK uzoraka i b) Pravilnik o načinu održavanja baze podataka, vrsti podataka, načinu prikupljanja, obradi i čuvanju podataka u bazi podataka rezultata analiza dezoksiribonukleinske kiseline. Navedenim pravilnicima je ova oblast dovedena u nivo jasno određenih radnji i postupaka, gdje su bilo kakve improvizacije isključene (kao što je to slučaj tamo gdje ovakvih pravilnika nema). S druge strane, postojanje ovakvih pravilnika, a (ne)pridržavanje njihovih odredbi od strane svih organa u postupku, otvara dodatne mogućnosti za osporavanja različitog tipa, koja uključuju i nezakonitosti po određenim stavkama (što je praksa i potvrdila).
7. Osim navedene problematike, različita determinacija, tumačenje, primjena, odnosno postupanje po nekim drugim odredbama Zakona o krivičnom postupku (prvenstveno se misli na naredbe o pretresu i/ili vještačenju mobilnih telefonskih uređaja; odnosno mogućnosti da ovlaštena službena osoba – policijski službenik odredi/naredi određena vještačenja, a čije određivanje se podvodi pod formu naredbe za vještačenje), odnosno neadekvatna konceptualizacija naredbi za vještačenje, otvara mogućnosti i za osporavanja u ovim slučajevima (što može podrazumijevati i moguću krajnju nezakonitost provedenih radnji).
8. Jasno je i da ponašanje pripadnika policijskih agencija, prvenstveno iz oblasti kriminalističke tehnike (uključujući i kriminalističke tehničare), ali i drugih učesnika u postupcima, u kojima se ne pridržavaju zadatih odrednica u zakonskim i podzakonskim aktima stvara pretpostavku za osporavanje zakonitosti takvih postupaka u toku sudskih postupaka. Važno je istaći da takva ponašanja trajno određuju konkretnu radnju – situaciju kao nestručnu, nepravilnu u krajnjem slučaju nezakonitu, pa čak i u slučajevima ponovnih suđenja (iz bilo kog razloga) nije više moguće izmijeniti stanje traga – dokaza.

Napomena: Ovu (djelomično retrospektivnu) analizu je obradio ekspert forenzičkog usmjerenja, dominantno iz oblasti prirodnih nauka, a ne pravnik, ekspert krivično pravne oblasti. Upravo zbog toga mogući su i drugačiji

pogledi na navedene zakonske i podzakonske akte koji reguliraju navedenu oblast. Istovremeno, ograničenost obima rada uslovila je ovakvu konceptualizaciju zbog čega, rad nije sveobuhvatan i ponegdje primjereno objašnjen.

LITERATURA

1. Jurković K., Juričić I., Mršić G. (2004): Vrednovanje analize DNA u predmetima vještačenim prije uvođenja tehnologije DNA, Policija i sigurnost, br.1-2, MUP RH, Zagreb.
2. Marjanović D., Dobrača I., Drobnič K.: Prikupljanje, prezervacija i transport uzoraka za DNK analizu, INGEB, Sarajevo, 2005.
3. Milosavljević M. (2002): Značaj DNA analiza u forenzičkoj i kriminalističkoj praksi, Perjanik br. 1, MUP RCG, Danilovgrad.
4. Milosavljević M. (2003): DNK analize i neke druge odrednice u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, Zbornik radova: Reforma krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj, MUP RS, Banja Luka.
5. Milosavljević M., Milosavljević D.(2005): DNA analize, Interpolov standard, baze podataka, aktuelna situacija u BiH, Bezbjednost, policija, građani, br. 1/05, MUP RS, Banja Luka.
6. Milosavljević M., Milosavljević D.(2005): DNA analize, Interpolov standard, baze podataka, aktuelna situacija u BiH, Bezbjednost, policija, građani, br. 2/05, MUP RS, Banja Luka.
7. Milosavljević M.(2012): Forenzička biologija, Sarajevo.
8. Primorac, D. i saradnici (2001): Primjena analize DNA u sudskoj medicini i pravosuđu, NZMH, Zagreb.
9. Simonović B. (2004): Kriminalistika, Pravni fakultet, Kragujevac.

Zakonski i podzakonski akti

- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (sa izmjenama i dopunama),
- Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH (sa izmjenama i dopunama),
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (sa izmjenama i dopunama),
- Zakona o bazi podataka rezultata analiza dezoksiribonukleinske kiseline (RS).

- Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini,
- Zakon o izmjenama i dopunama zakona o kaznenom/krivičnom postupku Bosne i Hercegovine,
- Pravilnik o načinu prikupljanja uzoraka biološkog materijala za potrebe analize dezoksiribonukleinske kiseline u kaznenom/krivičnom postupku.
- Pravilnik o načinu prikupljanja, pakovanja i transportovanja DNK uzoraka u Republici Srpskoj,
- Pravilnik o načinu održavanja baze podataka, vrsti podataka, načinu prikupljanja, obradi i čuvanju podataka u bazi podataka rezultata analiza dezoksiribonukleinske kiseline u Republici Srpskoj.

Nina Kisić, advokat, Advokatska komora Federacije Bosne i Hercegovine

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA GEOLOKATORE

Sažetak:

Ključne riječi: posebne istražne radnje; zakonitost; sudska praksa Ustavnog suda BiH i ESLJP-geolokatori; Special investigative measures-legality-jurisprudence of the Constitutional Court of BiH and ECHR-GPS

Ovaj rad analizira posebne istražne radnje i njihovu zakonitost u svjetlu zakonskih odredbi u BiH, u vezi sudske prakse Ustavnog suda BiH i ESLJP, a sve sa posebnim osvrtom na geolokatore. This article is an analysis of the special investigative measures and their legality in context of legal provisions in BiH, and jurisprudence of the Constitutional Court of BiH and ECHR, with special focus on GPS.

Stanje u cijelom svijetu do kojeg je došlo u zadnjih 20 godina, sa velikim brojem terorističkih napada, a tokom kojeg je istovremeno došlo i do jedinstvenog napretka tehnologije,[1] je stavilo u prvi plan pitanje nadzora, kontrole, čuvanja i prikupljanja podataka građana od strane državnih tijela.[2] Odmah nakon događaja od 11.septembra 2001.godine, prikupljanje elektronski dostupnih podataka građana se činilo prihvatljivim, imajući u vidu veće dobro-borbu protiv terorizma. Kakogod, nakon 2013.godine i podataka koje je o razmjerama nadzora objavio Edward Snowden, akademici i sudovi su u cijelom svijetu sve više posvećeni ograničenju u zakonske okvire nadzora nad elektronskim i tehnološkim podacima građana. Upravo je ovo razlog zašto je tema ovog članka GPS, odnosno geolokatori, kao jedan od načina prikupljanja podataka o lokaciji neke osobe.

[1] Sa ovim je u uskoj vezi i razvoj društvenih mreža, poput Facebooka, Twittera i Instagrama, koji su također podvrgnuti kritici: uključujući istraživanje koje je pokazalo da Facebook prikuplja podatke iz drugih aplikacija korisnika pametnih telefona; prikupljaju se podaci sa ciljem ciljanog reklamiranja, na način prikupljanja podataka putem App Eventa (uključujući ekstremno privatne podatke koji se tiču zdravstvenog stanja korisnika, pitanja plodnosti, potencijalnu zainteresiranost za kupovinu nekretnina i sl.);
[2] Kao i čuvanje i razmjenu ovih podataka, što nije tema ovog članka;

Kada je riječ o BiH, posebne istražne radnje su ZKP BiH propisane u prvoj verziji iz 2003.godine, te su nakon toga odredbe koje uređuju ove istražne radnje dorađivane u izmjenama i dopunama. Posljednje izmjene i dopune koje se tiču posebnih istražnih radnji u ZKP BiH su usvojene 2018.godine, kao rezultat odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 5/16. Iako ove izmjene donekle prilagođavaju odredbe ZKP BiH standardima ljudskih prava, kako su isti konkretizovani u odluci Ustavnog suda BiH U 5/16, postoji prostor za ozbiljna poboljšanja.

Posebne istražne radnje predstavljaju posebnu vrstu metoda istrage, koji su od potencijalno velikog uticaja na razne aspekte ljudskih prava garantovanih Ustavom BiH i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Cilj ovog članka je predstaviti stručnoj javnosti, sa posebnim naglaskom na zakonodavca, samo jednu od brojnih primijećenih praznina u procesnim zakonima u BiH, koja može poslužiti kao ilustrativan primjer načina kako zakonodavstvo ne prati razvoj tehnike, metode istrage, a što može imati posljedice kako po lica direktno uključena u ove postupke, tako i po sve građane i građanke BiH.

U vezi sa ovim, mora se naglasiti i da zakoni o krivičnom postupku u BiH na bilo koji način ne tretiraju prava trećih lica ili "slučajnih žrtava" (čak i) zakonitih posebnih istražnih radnji. Lica protiv kojih posebne istražne radnje nisu određene, lica koja se ne mogu dovesti u vezu sa eventualnim razlogom određenih posebnih istražnih radnji, su u situaciji da je njihova privatnost narušena.[3] Ovo je samo još jedan aspekt u kojem bi zakoni o krivičnom postupku u BiH morali biti dorađeni.

Zakonski okvir

U BiH ovu oblast uređuju članovi 116 - 122 ZKP BiH (130.-136. ZKP FBIH i 234 - 240 ZKP RS). ZKP BiH je izmijenjen 2018.godine, nakon odluke Ustavnog suda BiH U 5/16 od 01.06.2017.godine i Odluke o primjeni Odluke U 5/16 od 31.05.2018.godine. U vezi sa ovim, vrijedi primijetiti da su odredbe ZKP FBiH i ZKP RS u principu identične odredbama ZKP BiH prije izmjena iz 2018.godine[4] (uprkos, u principu, kozmetičkim izmjenama ZKP RS iz 2018.godine).

Kada je riječ o Ustavu BiH, u ovom kontekstu se mogu razmatrati članovi II.3.e) i II.3.f), odnosno, odgovarajući članovi EKLJP, član 6. I član

[3] Čak i da neke komunikacije ne budu od interesa za krivični postupak, ovlaštena službena lica imaju pristup istima; nadalje, nisu uređeni mehanizmi (ni rokovi) uništavanja određenih prikupljenih podataka, načini čuvanja itd.
[4] br. 65/18 br. 65/18

8.[5]Iako prvi instinkt upućuje na analizu člana II.3.e) Ustava BiH, odnosno, člana 6. EKLJP, u sudskoj praksi se odluke u principu vežu sa članom II.3.f) Ustava BiH, odnosno, člana 8. EKLJP.

Iako sam tekst članova 6. i 8. EKLJP nudi značajnu zaštitu ljudskih prava, ESLJP je značajno razvio prava garantovana samim tekstom Konvencije.

U vezi člana 8. EKLJP, neophodno je uzeti u obzir da je opseg zaštite koji isti nudi značajno proširen i razvijen u sudskoj praksi ESLJP u zadnjih 15 godina.

Mjerodavni dio Preporuke Rec(2005)10 Odbora ministara državama članicama o „posebnim istražnim metodama" u odnosu na teška krivična djela, uključujući terorizam od 10. aprila 2005. godine glasi:

„Poglavlje I. Definicije i opseg - za potrebe ove Preporuke izraz „posebne istražne metode" podrazumijeva metode koje primjenjuju nadležna tijela u kontekstu krivičnih istraga u svrhu otkrivanja i istrage teških krivičnih djela i osumnjičenika s ciljem prikupljanja informacija na način koji o tome neće obavijestiti ciljane osobe. Za potrebe ove Preporuke izraz „nadležna tijela" podrazumijeva pravosudna, istražna i tijela krivičnog progona koja su uključena u odlučivanje, nadziranje ili uporabu posebnih istražnih metoda u skladu s nacionalnim zakonodavstvom.

Poglavlje II. Upotreba posebnih istražnih metoda na nacionalnoj razini a. Opšta načela 1. Države članice trebaju, u skladu sa zahtjevima Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (ETS br. 5), u svojim nacionalnim zakonodavstvima definisati okolnosti i uslove pod kojima nadležna tijela imaju ovlasti posegnuti za upotrebom posebnih istražnih metoda. 2. Države članice trebaju poduzeti odgovarajuće zakonske mjere kako bi, u skladu sa stavom 1., dopustile upotrebu posebnih istražnih metoda s ciljem da ih učine dostupnima svojim nadležnim tijelima u onoj mjeri u kojoj je to nužno u demokratskom društvu, te se smatra prikladnim za učinkovito provođenje krivične istrage i krivičnog progona. 3. Države članice trebaju poduzeti odgovarajuće zakonodavne mjere kako bi osigurale odgovarajuću kontrolu nad provođenjem posebnih istražnih metoda od strane pravosudnih tijela ili

[5] Pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života 1. Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javna vlast se ne miješa u uživanje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom, i ako je to nužna mjera u demokratskom društvu, u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti i ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala, ili zaštite prava i sloboda drugih

drugih nezavisnih tijela pomoću prethodnog ovlaštenja, nadzora za vrijeme istrage ili ex post facto pregleda.

Sudska praksa Ustavnog suda BiH i ESLJP

Općenito

Kako je već naglašeno, sami tekstovi Ustava BiH i Konvencije se moraju analizirati i primjenjivati u skladu sa sudskom praksom Ustavnog suda BiH i ESLJP. Imajući u vidu fokus ovog članka, a to je primjena geolokatora u kontekstu posebnih istražnih radnji u BiH, u nastavku ćemo se koncentrisati na sudsku praksu Ustavnog suda BiH i ESLJP koja se tiče člana II.3.f) Ustava BiH, odnosno, člana 8.EKLJP, a koja može biti od pomoći pri svestranoj analizi ove posebne metode istrage.

ESLJP nije nikada ponudio jasnu i preciznu definiciju pojma privatnog života: to je po njegovom mišljenju širok pojam, koji nije moguće iscrpno definisati.[6]

Cilj prava na poštovanje prepiske je zaštita tajnosti privatnih komunikacija građanina, i ono je tumačeno tako da garantuje pravo na neprekidnu i necenzurisanu komunikaciju sa drugim licima. Prag zaštite je visok, budući da ne postoji nikakvo de minimis načelo da bi došlo do ometanja: otvaranje jednog pisma je dovoljno.[7]

ESLJP je redovno uzimao u obzir tehnološki napredak u oblasti komunikacija (za razliku od zakonodavaca BiH), i usvojio razvojno tumačenje riječi prepiska. Pored klasične prepiske na papiru (pisama), sljedeći su identifikovani, te se imaju smatrati „prepiskom“ za svrhe člana 8 EKLJP:

Pored klasične prepiske na papiru, „prepiskom“ za svrhe člana 8 se smatraju:

a) stariji oblici elektronske komunikacije kao što su teleksi;[8]
b) telefonski razgovori,[9] uključujući informacije koje se odnose na njih, kao što su njihov datum i trajanje, i brojevi koji su birani;[10]
c) poruke na papiru;[11]

[6] Presuda **Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva** od 25. marta 1993.godine;
[7] Narinen protiv Finske, br. 45027/98, st. 36., od 1. juna 2004.;
[8] Christie protiv Ujedinjenog Kraljevstva
[9] Malove protiv UK, Op.Com.Serija B, vol.67, par.121., p.48; Margareta i Roger Anderson protiv Švedske, presuda od 25.februara 1992.godine, Serija A, vol.226, par.75;
[10] P.G. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25.septembar 2001.godine;
[11] Taylor-Sabori protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Aplikacija broj 47114/99, presuda od 22.oktobra 2002.godine;

d) elektronske poruke (e-mejlovi), kao i podaci koji potiču iz praćenja ličnog korišćenja interneta;[12]
e) privatne radijske komunikacije,[13] ali ne kada su obavljane na javnim talasnim dužinama pa druga lica mogu da im pristupaju;[14]
f) prepiska presretnuta tokom poslovnih aktivnosti ili iz poslovnih prostorija;[15]
g) elektronski podaci oduzeti tokom pretrage advokatske kancelarije;[16]
h) paketi oduzeti od strane carinskih službenika. ″[17]

ESLJP je u određivanju primjenljivosti člana 8.EKLJP činjenicu da je za presretnute komunikacije korišćen kancelarijski telefon proglasio irelevantnom.[18]

Sadržaj prepiske nije od značaja za pitanje ometanja:[19] ono što član 8 štiti je sredstvo ili metod, a ne predmet komunikacije. ESLJP redovno u svojoj sudskoj praksi odbacuje argumente država da je na primjer telefonski razgovor u vezi sa kriminalnim radnjama pa kao takav ne može biti zaštićen članom 8, mada bi takvi mogli da budu relevantni kada se primjenjuje klauzula o derogaciji.

Derogacija

Kada je ustanovljeno da je došlo do ometanja od strane javnih vlasti, zadatak ESLJP je da odluči da li je to ometanje opravdano po stavu 2. Budući da su klauzulom o derogaciji omogućena ograničenja prava zajamčenih EKLJP, njena oblast primjene mora da bude strogo definisana. ESLJP primjenjuje uzak pristup: izuzeci su taksativno pobrojani, a njihovo tumačenje

[12] Copland protiv Ujedinjenog Kraljevstva, aplikacija broj 62617/00, presuda od 03.04.2007.godine;
[13] Camenzind protiv Švajcarske, 16.decembar 1997.godine;
[14] B.C. v. Švicarske (odl.), br. 21353/93, Odluka Komisije od 27. februara 1995 (odluka). Slično tome, u predmetu Muscio protiv Italije (odluka), Sud je objasnio da mada se primanje „spam'' neželjenih poruka elektronskom poštom svodi na ometanje prava na poštovanje privatnog života, korisnici elektronske pošte koji su spojeni s internetom se svesno izlažu opasnosti da primaju takve poruke
[15] Kopp protiv Švajcarske, 25.mart 1998.godine, pars.66-75; Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25.06.1997.godine;
[16] Wieser i Bicos Beteiligungen GmbH protiv Austrije, 16.oktobar 2007.godine, no. 74336/01, § 65, ECHR 2007-XI;
[17] X protiv Ujedinjenog Kraljevstva (odluka), 12. oktobra 1978. godine
[18] Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25.06.1997.godine;
[19] Frérot protiv Francuske, 70204/01, čl. 47.-48., 12. juna 2007.

mora da bude strogo. U skladu sa opštim načelom koje je jednoglasno potvrđeno u praksi ESLJP, bilo kakvo ograničenje zaštite omogućene EKLJP mora da bude izričito dozvoljeno ili opravdano samom EKLJP. Prema članu 18 EKLJP, ograničenja mogu da budu primijenjena jedno za svrhu za koja su propisana.

Veza sa predvidljivošću zakonske odredbe

ESLJP mora da razmotri tekst zakona, oblast koju pokriva i broj i status onih na koje se odnosi, kako bi procijenio jasnost i preciznost zakona. Ovaj uslov se može definisati kao „pristupačnost“ zakona

- U predmetu **Hewitson protiv Ujedinjenog Kraljevstva**[20], policija je postavila tajni prislušni uređaj u garažu podnosioca predstavke i sve što je na taj način snimljeno, bilo je korišćeno kao dokazni materijal protiv podnosioca predstavke u krivičnom postupku. ESLJP je istakao da nije postojao nikakav zakonski sistem kojim bi se regulisala upotreba takve opreme. Shodno tome, ovo miješanje nije bilo "u skladu sa zakonom", te je predstavljalo kršenje člana 8.
- U predmetu **Ivež protiv Francuske**[21] **(1990)**[22] , Sud je smatrao da prisluškivanje i drugi oblici nadziranja telefonskih razgovora predstavljaju veoma ozbiljno miješanje u privatni život i prepisku. Shodno tome, ESLJP je zaključio da zakoni kojima se takvo miješanje reguliše moraju biti "posebno precizni"; od suštinskog je značaja imati jasna, detaljna pravila u vezi sa ovom temom, posebno, s obzirom na to, da tehnologija koja se u te svrhe može koristiti neprestano postaje sve naprednija. ESLJP je istakao da domaći sudovi smatraju da Zakon o krivičnom postupku predstavlja statutarnu osnovu za prisluškivanje; u tom kontekstu ESLJP je smatrao da ne treba prenebregnuti postojeću sudsku praksu, čak ni pred sudovima kontinentalnih sistema. Međutim, Sud je utvrdio da Zakon o krivičnom postupku ne sadrži nikakve mjere zaštite; prije bi se moglo reći da su one formulisane svaka ponaosob, u presudama izricanim tokom godina, tek pošto su se podnosioci predstavki žalili na presretanje razgovora. Neke od tih mjera zaštite još nisu izričito razmatrane u sudskoj praksi. Tužena država ih je izvodila iz opštih propisa, ili načela, ili na osnovu analognog tumačenja zakonodavnih odredaba i sudskih odluka koje su se odnosile na pretrese i zapljenu imovine. ESLJP je smatrao da takva

[20] (No. 500151/99) 27.maja 2003.godine;
[21] Huvig v. France (1990), (No. 11105/84) 24.aprila 1990.godine;
[22] Videti takođe Krislen protiv Francuske (Kruslin), presuda od 24. aprila 1990.

ekstrapolacija ne pruža dovoljnu pravnu sigurnost; iz tih razloga, nije bilo "u skladu sa zakonom".

- U predmetu **Valensuela Kontreras protiv Španije (1998)**, prisluškivanje telefona koji je pripadao licu M. naložio je istražni sudija i ono se temeljilo na ustavnoj odredbi u kojoj je navedeno da su "komunikacije, posebno poštanske, telegrafske i telefonske povjerljive, sem ukoliko sud ne odluči drugačije". Redovni sud je istakao da je istražni sudija pokušao da obezbijedi maksimalnu zaštitu i da je uložio napore kako bi se poštovao član 8. Međutim, ESLJP je saopštio da je nalog istražnog sudije izveden iz jedne široke konstrukcije zakonskih odredaba i sudskih odluka, a nije neposredno slijedio iz formulacije sadržane u ustavnoj odredbi, niti iz zakonskih odredaba koje je sudija razmatrao kada je donosio odluku o izdavanju naloga. Iz tih razloga, ESLJP je zaključio da ova mera nije bila u skladu sa zakonom.

Članak 23. Krivičnopravne konvencije o korupciji Vijeća Europe (ETS br. 173, 27. Januara 1999.) propisuje da svaka država potpisnica mora usvojiti zakonske i druge mjere, uključujući one koje dopuštaju uporabu posebnih istražnih tehnika, koje su nužne kako bi se olakšalo prikupljanje dokaza u ovom području.

Geolokatori

Ovaj konkretni rad se bavi vrlo uskim segmentom posebnih istražnih radnji, koji se redovno koristi u istragama u BiH, a to su popularno poznati GPS, odnosno, geolokatori.

Globalni položajni sistem (akronim GPS) je satelitski radionavigacijski sistem za određivanje položaja na Zemlji ili u njezinoj blizini. Sistem omogućuje korisniku određivanje svih 3 koordinata njegova trenutačnog položaja u jedinstvenom svjetskom (globalnom) koordinatnom sistemu. Globalni položajni sistem čine: skupina umjetnih satelita u orbitama oko Zemlje koji stalno (kontinuirano) odašilju kodirane radiosignale s podacima o svom trenutačnom položaju i vremenu odašiljanja (satelitski segment sistema), zemaljske stanice koje preciznim mjerenjima utvrđuju položaj satelita i prate njihov rad (kontrolni segment) te prijamnici korisnika koji, najčešće u kompaktnom kućištu, sadržavaju antenu, radioprijemnik i kompjuter (korisnički segment).

Druga faza strukturiranog pristupa ESLJP u pogledu opravdanja ometanja podrazumijeva otkrivanje pravnog osnova kojim je ograničenje

ozakonjeno. Ukoliko je ometanje u skladu sa zakonom, ponašanje na koje se podnosilac žali je saglasno sa članom 8 (ali se u kasnijoj fazi ne mora smatrati neophodnim ili srazmjernim).

ESLJP procjenjuje sljedeće:

-postojanje domaćih propisa,
-razumljivost i preciznost formulacije propisa, i
-cilj kome teže.

U BiH, sam član 2. stav 2. ZKP BiH propisuje da osoba može biti ograničena u svojim slobodama i pravima samo u skladu sa zakonom. Svi zakoni, drugi propisi, kao i postupci nosilaca vlasti moraju biti zasnovani na zakonu, odnosno na zakonu zasnovanom propisu. Dodatno, zakonodavac u članu 10 ZKPBiH (zakonitost dokaza) propisuje zabranu zasnivanja sudske odluke na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanim Ustavom i međunarodnim ugovorima, kao i na dokazima koji su pribavljeni povredama ovog zakona.

Ustavni sud BiH je u par.55 Odluke U 5/16 zaključio: Dakle, prema standardima Evropskog suda, domaći zakon mora biti dovoljno jasan i posebno precizan kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima tijela javne vlasti mogu odrediti posebne istražne radnje. Budući da se radi o tajnim mjerama koje nisu podložne preispitivanju od strane lica na koja se one odnose ili šire javnosti, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija, dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji, očituje u obliku neograničenih ovlaštenja, tako da zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jamči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

Izraz „u skladu sa zakonom“ na temelju člana 8. stava 2. u načelu zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni temelj u domaćem propisu; također se odnosi i na kvalitetu predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava te dostupan osobi na koju se odnosi koja mora, štoviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava (vidi, primjerice, Kruslin protiv Francuske, 24. aprila 1990., stav 27., Serija A br. 176-A). Domaći zakon mora biti dovoljno jasan u svom izričaju kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima tijela javne vlasti imaju ovlasti posegnuti za takvim mjerama (vidi, primjerice, Malone, citirano gore, stav 67.; Huvig protiv Francuske, 24. aprila 1990., stav 29., Serija A br. 176-B; Valenzuela Contreras protiv Španjolske, 30. jula 1998., stav 46., Izvještaji o presudama i odlukama 1998-V; Weber i

Saravia protiv Njemačke (odluka), br. 54934/00, stav 93., ECHR 2006 XI; i Bykov protiv Rusije [VV], br. 4378/02, stav 76., 10. marta 2009.).

Konkretno, budući da provođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi nije podložno preispitivanju od strane osoba na koje se ono odnosi ili šire javnosti, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sucu očituje u obliku neograničenih ovlasti. Posljedično, zakon mora dovoljno jasno propisivati opseg takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima te način njena ostvarivanja koji pojedincu jamči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja (vidi Bykov, citirano gore, stav 78., i Blaj, citirano gore, stav 128.).

ESLJP je 2010. godine donio svoju prvu presudu koja se ticala nadzora uz pomoć GPS sistema u kontekstu krivičnih istraga.[23] U predmetu Uzun[24] je ESLJP naglasio, da osim uobičajenih kriterija, zakonitosti i legitimnog cilja, miješanje u prava iz člana 8. može biti opravdano samo u kratkim periodima (3 mjeseca) ukoliko su usmjereni samo na osobu od interesa. U tom je predmetu ESLJP bio zadovoljan time što su uspostavljene adekvatne mjere zaštite kako bi se spriječila proizvoljna uporaba takvih metoda.

Ključni predmet u kojem je ESLJP donio odluku prošle godine, a koji se tiče geolokatora je Ben Faiza protiv Francuske.[25]U konkretnom predmetu se radilo o naredbi suda za ugradnju geolokatora tokom istrage predmeta organizovanog kriminala koji se ticao međunarodne trgovine drogom. ESLJP je u konkretnom predmetu našao da je došlo do povrede člana 8. iz razloga što nacionalno pravo nije sadržavalo propise koji bi uređivali ovu konkretnu posebnu istražnu radnju.[26]

ESLJP je u predmetu Ben Faiza ustanovio da u relevantno vrijeme (odnosno, prije usvajanja novog zakona od 28.03.2014.godine) francuski zakon nije propisivao sa dovoljnom jasnoćom predmetnu tematiku. ESLJP je primijetio da je GPS (geolokator) omogućio vlastima da prate kretanje g.Ben Faize u stvarnom vremenu. Ova mjera je bila praćena instaliranjem i dodatnog uređaja, koji je omogućavao i primanje i snimanje razgovora lica u vozilu. Donoseći ovu odluku, ESLJP je ponovio svoj stav iz predmeta Kruslin protiv

[23] Uzun protiv Nemačke, Aplikacija broj 35623/05;
[24] Predmet Uzun se ticao nadzora sumnjivih terorista (Terorizam, Vijeće Evrope, ESLJP, 2016.) (https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Terr_Talk_HRV.PDF)
[25] Aplikacija broj 31446/12;
[26] U istom predmetu je odbijena apelacija u dijelu koji se tiče naredbe suda izdane operateru telekomunikacija radi dostave baznih stanica na kojima je registrovan telefon g.Ben Faiza sa ciljem naknadnog utvrđivanja njegovog kretanja;

Francuske[27] i Huvig protiv Francuske[28], a koji se oba tiču nedovoljne predvidljivosti. ESLJP je primijetio i da je, nakon ovog predmeta, Francuska usvojila zakon od 28.03.2014.godine, kojim je propisala upotrebu geolokatora i jačanje prava na privatnost.

Prilikom presuđivanja ESLJP je ukazao na razlike između osporene mjere i drugih, manje nametljivih, vizuelnih i slušnih načina vršenja nadzora, na koje se primjenjuju manje strogi zaštitni mehanizmi. U cjelini gledano, praksa ESLJP naglašava hitnu potrebu da se izbjegnu proizvoljna ometanja. Iz toga slijedi da svaka domaća odredba o tom pitanju mora da bude dovoljno jasna da pojedincima dâ odgovarajuću naznaku o okolnostima u kojima javne vlasti imaju pravo da primijene takve mjere. Pored ovog zajedničkog zahtjeva, ESLJP je naveo i druge minimalne zaštitne mehanizme. Domaći režimi moraju da navedu krivična djela koja mogu da opravdaju nalog za presretanje, subjektivna ograničenja na određene kategorije ljudi, hronološka ograničenja vršenja nadzora, postupak koji će se koristiti u ispitivanju, korišćenju, dijeljenju i skladištenju prikupljenih podataka, mjere bezbjednosti koje će se primjenjivati prilikom davanja tih podataka trećim strankama, okolnosti u kojima se podaci mogu brisati ili uništavati,[29] i uvođenje prethodnih ili ex post facto preispitivanja od strane sudije ili drugog stvarno (objektivno i subjektivno) nepristrasnog organa, činjenično i hijararhijski nezavisnog od tijela koje je zaduženo za nametanje mjera, ovlašćenog da potvrdi da su snimci vjerodostojni i pouzdani. Ukoliko bi iz domaćeg prava nedostajali neki od pomenutih elemenata, ESLJP će svoju procjenu proširiti na praksu domaćih sudova koja bi mogla da bude relevantna za zaštitu pojedinaca. Međutim, u svim okolnostima je pristup ESLJP prilično krut, budući da heterointegracija nacionalnog prava ne može da ispuni sve odlučujuće praznine u relevantnim zakonskim propisima.[30]

Što se tiče „kriminalnog" sastavnog dijela cilja, mora se napomenuti da postoji značajna razlika između sprečavanja i otkrivanja kriminala. Mjere koje preduzima država mogu da budu opravdane samo u mjeri u kojoj teže da izbjegnu izvršenje krivičnog djela. Nakon što je djelo izvršeno, država mora da se osloni na druga opravdanja. Međutim, u praksi razlika može da bude mala. Na primjer, u predmetu S. i Marper je ESLJP zauzeo stav da je sistem

[27] Kruslin protiv Francuske, 24. april 1990, §§ 34-36, Series A no. 176-A;
[28] Huvig protiv Francuske, 24. April 1990, §§ 33-34, Series A no. 176-B;
[29] Weber i Saravia protiv Nemačke (odluka); Association for European Integration i Human Rights i Ekimdzhiev protiv Bugarske; Liberty and other organisations protiv Ujedinjenog Kraljevstva.
[30] P.G. i J.H.

prikupljanja uzoraka DNK i otisaka prstiju služio cilju sprječavanja kriminala, mada nesrazmjeran u poređenju s ciljem kome je težio.

Ključna zabrinutost koja se mora istaći u ovom kontekstu je zabrinutost da neki sudski nalog predstavlja tek odobrenje za traženje informacija naslijepo (engl. fishing expedition), odnosno, da ne postoji osnov sumnje da je neka osoba počinila neko krivično djelo.

U konačnici, a u vezi sa analizom sudske prakse ESLJP u vezi sa članom 8. EKLJP generalno, te sudske prakse u vezi sa geolokatorima konkretno, čini se da je ovo još jedno polje u kojem je neophodna intervencija zakonodavca, kako bi se izbjegla nezakonita narušavanja privatnosti državljana s jedne strane, te odgovornost BiH za ista sa druge strane.

OSTALI ČLANCI

Prof. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine

UDRUŽENI ZLOČINAČKI PODUHVAT – MOGUĆNOSTI I OGRANIČENJA

Sažetak
Udruženi zločinački poduhvat je i dio krivičnopravnog sistema BiH i primjenjuje se od strane Suda BiH u suđenjima za tačno određena krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Međutim, sam način na koji je postao dio krivičnopravnog sistema BiH, zatim njegova pravna priroda i sama primjena - u mnogome odstupaju od dosadašnje pravne tradicije na ovim prostorima. Nesumnjivo je da čitav koncept udruženog zločinačkog poduhvata, a naročito njegov treći oblik, sa elementima koji su prihvaćeni i primjenjuju se u praksi Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Suda BiH, predstavlja značajno olakšanje rada tužilaca i sudija. Takvo stanje naročito pogoduje procesnoj ulozi tužilaca čije se diskreciono pravo u određivanju zahvata optužnica proširuje. S druge strane, postavlja se pitanje koliko je snižavanje standarda potrebnih za dokazivanje krivice po osnovu udruženog zločinačkog poduhvata (kroz koje se individualna i subjektivna krivica konvertuje u objektivnu i kolektivnu) u skladu sa duhom i svrhom načela individualne krivice. Zbog toga se, kroz primjenu ovog poduhvata, može dovesti u pitanje legitimitet međunarodnog krivičnog prava kao poštenog, nepristrasnog i efektnog sistema pravde.
Ključne riječi: udruženi zločinački poduhvat, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, Sud BiH, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, pretresno vijeće.

1. Uvodne napomene

Doktrina udruženog zločinačkog poduhvata je doživjela impresivnu primjenu u praksi Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju[1]. Međutim, početni entuzijazam je donekle izblijedio, s obzirom na to da se u kritičkom preispitivanju nalaze sumnje u pogledu široke primjenjivosti ove doktrine. Konstruisanje udruženog zločinačkog poduhvata, kao oblika individualne krivice, izazvalo je brojne reakcije stručne pravne javnosti, prije svega zastupnika evropskog kontinentalnog pravnog sistema, jer ni jedno nacionalno krivično zakonodavstvo u Evropi nije poznavalo ovaj oblik krivice.

[1] U daljem tekstu: ICTY.

Većina autora smatra da ne bi trebalo osuđivati djelimično napuštanje ove doktrine. Jednostavna istina je da se ova doktrina ne slaže u potpunosti sa sumornom realnošću modernih birokratija koje se bave sistemskim kriminalom.

Ipak, i pored negativnih reakcija i kontroverzi koje ova pravna konstrukcija nosi u sebi, ona je potvrđena u brojnim presudama ICTY koje se nisu odnosile samo na visokopozicionirana lica (Summers, 2011: 171-193; Ambos, 2007: 159). Prvo lice koja je pred ICTY osuđeno po osnovu udruženog zločinačkog poduhvata bio je Duško Tadić[2]. U drugostepenoj presudi u tom predmetu Žalbeno vijeće ovog tribunala je ustanovilo tri oblika krivice na osnovu ove doktrine ili teorije i odredilo njihove objektivne i subjektivne elemente koji su se kroz daljnju praksu Tribunala dodatno dopunjavali i objašnjavali (Piacente, 2004: 446; Gibson, 2008: 521-548). Prvi oblik udruženog zločinačkog poduhvata predstavlja „osnovni oblik" i obuhvata slučajeve u kojima više lica dijeli istu zločinačku namjeru koju ostvaruju postupajući po zajedničkom planu. Drugi oblik je poznat i kao „sistemski" oblik udruženog zločinačkog poduhvata i obuhvata slučajeve sistemskog vršenja međunarodnih krivičnih djela u okviru organizovanog sistema nasilja kakvi su, na primjer, bili koncentracioni logori u Drugom svjetskom ratu. Treći oblik poznat je i pod nazivom „proširenі" oblik udruženog zločinačkog poduhvata koji se javlja u slučajevima kada više lica napravi plan za vršenje određenih krivičnih djela radi postizanja nekog zajedničkog cilja, a zatim prilikom realizacije tog plana, jedno od tih lica počini krivično djelo koje nije planirano, ali predstavlja prirodnu i predvidljivu posljedicu realizacije zajedničkog plana, odnosno cilja (Schabas, 2003: 886; Womack, 2003: 168; Ohlin, Three, 2007: 69-90).

Postupak protiv Tadića je okončan donošenjem presude kojom je optuženi oglašen krivim, između ostalog, i za ubistvo pet muškaraca Bošnjaka na području sela Jaskići u opštini Prijedor, iako nije postojao ni jedan dokaz da je on lično usmrtio bilo koga od njih, niti je takav ishod namjeravao. Podloga za donošenje ovakve presude pronađena je u do tada nepoznatoj pravnoj konstrukciji o krivici za koju će se kasnije ustaliti naziv udruženi zločinački poduhvat[3] (engl. JCE - joint criminal enterprise)[4]. Ta pravna konstrukcija je

[2] Predmet je pred ICTY vođen pod brojem IT-94-1-A.
[3] U daljem tekstu: UZP.
[4] Vidi Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction - *Joint Criminal Enterprise*" 21 May 2003, Appeals Chamber (Judges Shahabudden [Presiding], Pocar, Jorda, Hunt and Gunawardana (*http://www.icty. org/x/file/ Legal%20Library/jud_supplement/supp41-e/milutinovic-a.htm*).

utemeljena na drugačijoj normativnoj strukturi: ona kao oblik počinjenja krivičnog djela predviđa činjenje, ne implicira postojanje hijerarhije između učesnika zločinačkog poduhvata, a pitanje krivice povezuje s postojanjem njihovog prethodnog "zločinačkog plana" tako da svaki od njih odgovara ne samo za vlastito sudjelovanje u krivičnim djelima nego i za radnje drugih učesnika koje nisu bile obuhvaćene njegovom namjerom ili nehatom, ali ih je na temelju tog plana mogao predvidjeti (Bojanić et al, 2007: 45; Darcy, 2004: 153-191).

Žalbeno vijeće ICTY koje je donijelo ovakvu presudu nije bilo stava da je UZP do tada bio nepoznat i da predstavlja novinu u međunarodnom krivičnom pravu. Prema tumačenju tog vijeća, iznijetom u presudi, UZP je kao oblik individualne krivice bio primjenjivan od strane vojnih sudova pobjedničkih sila u suđenjima pripadnicima nacističkog režima koja su održana poslije Drugog svjetskog rata, kao i od strane pojedinih nacionalnih sudova iz poslijeratnog perioda, što je po stavu tog žalbenog vijeća bilo dokaz postojanja UZP-a u međunarodnom običajnom pravu. Tu tvrdnju ono je dodatno potkrijepilo pozivanjem na odredbe pojedinih međunarodnopravnih ugovora u kojima je, po stavu Vijeća, također sadržan UZP. Pored toga, iako nije naveden u članu 7(1) Statuta ICTY, primjenu UZP-a Žalbeno vijeće je pravdalo tvrdnjom da je on prećutno, odnosno implicitno uključen u tekst te odredbe u okviru počinjenja koje je u njoj eksplicitno navedeno. Na osnovu analize suđenja održanih po završetku Drugog svjetskog rata, Žalbeno vijeće je ustanovilo da se krivica po osnovu UZP-a može podijeliti u tri zasebne kategorije ili oblika UZP-a: UZP I, UZP II i UZP III.

UZP I, kome je dat naziv „osnovni oblik", obuhvata slučajeve u kojima više lica dijeli istu zločinačku namjeru koju ostvaruju postupajući po zajedničkom planu. UZP II nazvan je „sistemski oblik" i obuhvata slučajeve vršenja međunarodnih krivičnih djela u okviru organizovanog sistema nasilja kakvi su na primjer bili koncentracioni logori u Drugom svjetskom ratu. Treća kategorija dobila je naziv „proširени oblik" i po osnovu njega individualna krivica se uspostavlja u slučajevima kada više lica napravi plan za vršenje određenih krivičnih djela radi postizanja nekog cilja, a zatim prilikom realizacije tog plana, jedno od tih lica ili neko drugi počini krivično djelo koje nije predviđeno zajedničkim planom i koje se ne uklapa u zajednički cilj, ali predstavlja prirodnu i predvidljivu posljedicu realizacije zajedničkog plana, odnosno postizanja zajedničkog cilja.

Na osnovu svoje analize Žalbeno vijeće je postavilo i elemente svake od navedenih kategorija, odnosno oblika UZP-a čije postojanje je potrebno dokazati da bi se zasnovala krivica po osnovu UZP-a. Pri tome, ti elementi su

podijeljeni na elemente objektivnog i subjektivnog karaktera. Objektivni elementi su zajednički za sve kategorije i tu spadaju: više učesnika, postojanje zajedničkog plana, zamisli ili namjere koja predstavlja ili uključuje počinjenje nekog od krivičnih djela koja su predviđena Statutom ICTY i učestvovanje u takvom zajedničkom planu, zamisli ili namjeri od strane određenog lica (optuženog). S druge strane, kada su u pitanju subjektivni elementi, odnosno stanja svijesti i volje kod učesnika UZP-a u pogledu krivičnih djela koja su izvršena, Žalbeno vijeće je utvrdilo da su ti elementi kod svakog oblika različiti i u zavisnosti od načina na koji se odredi ovaj element - zavisi i koji oblik UZP-a postoji, naravno ako je prethodno dokazano postojanje objektivnih elemenata[5].

Ovaj oblik individualne krivice, određen od strane Žalbenog vijeća ICTY na navedeni način, izazvao je brojne reakcije stručne javnosti, prije svega zastupnika evropskog kontinentalnog pravnog sistema, jer ga ni jedno nacionalno krivično zakonodavstvo u Evropi nije poznavalo (Danner-Martinez, 2005: 156). Ipak, i pored svih tih negativnih reakcija i kontroverzi koje ova pravna konstrukcija nosi u sebi, ona je u potpunosti zaživjela u praksi ICTY, koja je kasnije, u pojedinim presudama, dodatno razrađivala njene elemente, uglavnom na način koji je tužiocima i sudijama u konkretnim slučajevima omogućavao da obezbijede osude pojedinih lica (O'Reilly, 2004–5: 154).

2. Osnovne postavke udruženog zločinačkog poduhvata

Statut Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, kao i kasnija presuda koju je donio ovaj tribunal, bili su od velikog značaja za međunarodno krivično pravo jer su njima utvrđena određena načela koja će Rezolucijom broj 95(1) od 11. decembra 1946. godine od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija biti potvrđena kao opštevažeća načela međunarodnog prava. Prvo od sedam tih načela, koja će kasnije postati poznata u teoriji i kao „nirnberški principi“, bilo je načelo individualne krivice prema kome „svako lice koje učini djelo koje predstavlja krivično djelo po međunarodnom pravu, odgovorno je za njega i za to djelo se kažnjava“. Ovo načelo, u suštini, sadrži u sebi dva važna principa, a to su princip individualne krivice i princip subjektivne krivice (Harmen van der Wilt, 2007: 91–108).

[5] Član 20 stav 3 Statuta Specijalnog suda za Sierra Leone (ustanovljen sporazumom između UN i vlade Sierra Leonea od 16. februara 2002. godine na osnovu rezolucije Savjeta bezbjednosti UN 1315 od 14. avgusta 2000. godine) propisuje da se sudije tog suda moraju rukovoditi odlukama drugostepenog vijeća ICTY.

Načelo individualne krivice prihvaćeno je i u Statutu ICTY, i to kroz odredbe čl. 6 i 7. Odredba člana 7 sadrži pet vrsta odgovornosti, a one se mogu podijeliti na glavne i dopunske. U grupu glavnih oblika odgovornosti spadaju počinjenje (izvršenje) krivičnog djela i njegovo planiranje, dok se dopunskim ili izvedenim oblicima smatraju podsticanje, naređivanje i pomaganje ili podržavanje krivičnog djela na drugi način.

U članu 7 st. 2 i 4 Statuta ICTY nije predviđen više ni jedan oblik individualne krivice za zločine iz nadležnosti ovog tribunala, pa se postavlja pitanje gdje je mjesto UZP-a? Odgovor na to pitanje Žalbeno vijeće tribunala je dalo u svojoj presudi od 15. juna 1999. godine u predmetu „Tužilac protiv Duška Tadića". Naime, uprkos činjenici da UZP očigledno nije direktno propisan Statutom, ovo vijeće je ipak stalo na stanovište da je on sadržan u Statutu, ali na indirektan način. Kao objašnjenje za takvu svoju tvrdnju Žalbeno vijeće je navelo da Statut samo uopšteno postavlja okvir nadležnosti unutar kojih Tribunal ima mandat da djeluje, te da on nije predviđen da bude toliko precizan da bi obuhvatio svaki mogući scenario i svako rješenje. Nadalje, iz činjenice da sve osobe koje su učestvovale u planiranju, pripremanju ili izvršenju teških kršenja međunarodnog humanitarnog prava daju svoj doprinos činjenju nasilja, zbog čega su individualno krive, i primjena UZP-a kao oblika individualne krivice je, prema stavu Žalbenog vijeća, u skladu sa članom 7 Statuta. Pri tome, Žalbeno vijeće smatra da UZP ne predstavlja oblik saučesništva u vršenju međunarodnih krivičnih djela, već jedan oblik izvršenja tih krivičnih djela i da je indirektno sadržan u Statutu pod tim oblikom krivice koji je propisan članom 7 (1). Pored navedenog, kao drugi argument u prilog primjene UZP-a, Žalbeno vijeće je navelo da je UZP u vrijeme sukoba u bivšoj Jugoslaviji postojao u međunarodnom običajnom pravu, koju tvrdnju je opravdavalo pozivajući se na praksu međunarodnih sudova koji su poslije Drugog svjetskog rata sudili pojedincima za zločine nacističkog režima, kao i na praksu pojedinih nacionalnih sudova iz tog perioda (Gibson, 2008: 523 i 524).

Podršku tvrdnji da je UZP indirektno sadržan u članu 7 Statuta ICTY Žalbeno vijeće je dalo i kada je odlučivalo po prigovoru optuženog Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost ovog tribunala i UZP koji je izjavljen u predmetu „Tužilac protiv Milana Milutinovića i drugih".

Terminološki, UZP se u različitim aktima Tužilaštva i ICTY različito označava: zajednički cilj, zločinački poduhvat, zajednički poduhvat, zločinački cilj, zajednička namjera, zajednički zločinački plan, zajednički kriminalni plan, doktrina zajedničkog cilja, zajednička kriminalna nakana i zajednički zločinački poduhvat. Motiv za rezonovanje da se radi o sinonimima mogao bi da leži u želji da se održi konstrukcija UZP-a u obliku kakav je

definisan u drugostepenoj presudi u predmetu „Tužilac protiv Duška Tadića“, što nije bilo moguće uraditi pod nazivom doktrine o zajedničkom cilju, koji termin je izvorno korišćen od strane Žalbenog vijeća u navedenom predmetu.

ICTY se prvi put dotakao doktrine UZP-a u predmetu „Tužilac protiv Ante Furundžije“[6], ali ova doktrina nije bila u potpunosti razvijena do donošenja odluke Žalbenog vijeća u predmetu „Tužilac protiv Duška Tadića”. Pri tome, Žalbeno vijeće je utvrdilo postojanje tri oblika individualne krivice u slučajevima izvršenja krivičnih djela iz Statuta ICTY prilikom realizacije zajedničkog plana ili cilja, dajući im nazive *joint criminal enterprise* I, II i III. Tom prilikom Žalbeno vijeće je odredilo i *actus reus* i *mens rea* elemente svakog od ovih oblika UZP-a. Žalbeno vijeće je utvrdilo da je Duško Tadić odgovoran po osnovu „proširenog“ UZP-a.

U nastavku rada biće dat prikaz utvrđivanja krivice po osnovu UZP-a u tri konkretna predmeta ICTY u kojima se pojavljuju elementi sva tri njegova oblika.

3. Tužilac protiv Momčila Krajišnika

Prva optužnica protiv Momčila Krajišnika pred ICTY podignuta je 21. marta 2000. godine, da bi kasnije u nekoliko navrata bila mijenjana i dopunjavana - do konačnog teksta utvrđenog u Izmijenjenoj konsolidovanoj optužnici od 7. marta 2002. godine. Prvostepena presuda u ovom predmetu donesena je 27. septembra 2006. godine. Krivica optuženog razmatrana je u šestom dijelu Presude. Nakon ovoga, a prije prelaska na diskusiju o činjenicama iz ovog predmeta, Pretresno vijeće je dalo objašnjenje oblika UZP-a kako su oni određeni u predmetu Tadić, a zatim je napravilo rezime elemenata prvog i trećeg oblika u kome je objasnilo kako će ono posmatrati te elemente u kontekstu ovog predmeta. U vezi sa elementom „više osoba“, Vijeće je navelo da UZP postoji tamo gdje više osoba učestvuje u ostvarenju zajedničkog zločinačkog cilja, pri čemu one ne moraju biti organizovane u neku vojnu, političku ili administrativnu strukturu. Kada je u pitanju element „zajednički cilj“, Vijeće je zauzelo stav da kada zajednički cilj predstavlja ili obuhvata činjenje zločina sankcionisanog Statutom - radi se o prvom obliku UZP-a, pri čemu svi učesnici UZP-a, uključujući optuženog, moraju imati isto stanje svijesti, odnosno da zločin sankcionisan Statutom treba izvršiti.

Nadalje, Pretresno vijeće je u vezi sa trećim oblikom UZP-a zauzelo stav da nije potrebno da zajednički cilj bude prethodno dogovoren ili formulisan, te da UZP može da postoji čak i u situacijama kada nijedan od neposrednih

[6] Predmet broj IT-95-17/1-T, prvostepena presuda od 10. decembra 1998. godine.

izvršilaca zločina nije učesnik poduhvata, ali su ih učesnici poduhvata naveli da počine zločine kojima se ostvaruje cilj poduhvata. Na kraju izlaganja o elementima UZP-a Pretresno vijeće je istaklo da je zajednički cilj ono što više osoba pretvara u poduhvat, ali da je, pored njega, da bi se radilo o UZP-u, potrebno i njihovo zajedničko djelovanje, odnosno „mora se dokazati da su te osobe u zločinačkom poduhvatu na ostvarenju zajedničkog cilja djelovale zajedno ili u međusobnom dogovoru".

Nakon što je na prethodno opisani način zauzelo svoj opšti stav u vezi sa elementima UZP-a, Pretresno vijeće je u tač. 6.17 Presude iznijelo svoje zaključke u vezi sa UZP-om u kojem je učestvovao optuženi Momčilo Krajišnik. U vezi sa prvim elementom Vijeće je, nakon razmatranja stavova Tužilaštva i pojedinih dokaza, utvrdilo da nije moguće u potpunosti precizno odrediti sve osobe pojedinačno koje su učestvovale u tom UZP-u zajedno sa optuženim, ali da čak i kad bi to bilo moguće, to nije ni poželjno ni neophodno, već je samo neophodno uvjeriti se da je optuženi bio u dovoljnoj mjeri povezan ili upleten sa osobama koje su izvršile zločine radi ostvarenja zajedničkog cilja ili sa osobama koje su angažovale neposredne izvršioce da izvrše zločine koji su neophodni za ostvarenje cilja poduhvata. Na kraju, Vijeće je donijelo zaključak da su UZP u ovom predmetu činile dvije grupe lica - rukovodeća grupa koja se nalazila na Palama i obični učesnici koji su se nalazili u regijama i opštinama republike bosanskih Srba i koji su održavali tijesne veze sa rukovodećom grupom na Palama.

Pretresno vijeće je zaključilo da su učesnici UZP-a, uključujući i Krajišnika, imali namjeru za počinjenje i tih drugih djela, pored prvobitnih, kako bi se ostvario cilj poduhvata. Dakle, sva djela čije je izvršenje dokazano, predstavljala su dio zajedničkog cilja poduhvata, neka u samom njegovom početku (deportacija i prinudno premještanje), dok su druga to postala kasnije. To znači da je Pretresno vijeće, s obzirom na to kako je ono odredilo oblike UZP-a prilikom razmatranja njegovih elemenata, utvrdilo odgovornost optuženog Krajišnika po prvom obliku UZP-a.

Kada je u pitanju *mens rea* kod prvog oblika UZP-a, odnosno namjera za izvršenje zločina, Pretresno vijeće je zaključilo on je posjedovao *mens rea* potrebnu za činjenje zločina za koje je Vijeće u dijelu pet ove presude konstatovalo da su počinjeni".

U vezi sa žalbenim podosnovom 3(A), Žalbeno vijeće je konstatovalo da je Pretresno vijeće zaista pogriješilo zato što je propustilo konkretno navesti da li su svi ili samo neki od lokalnih političara, vojnika, policijskih komandanata i paravojnih vođa bili članovi UZP-a, te je iz tog razloga usvojilo ovaj žalbeni podosnov.

U okviru žalbenog podosnova 3(B), Žalbeno vijeće je konstatovalo da je Pretresno vijeće, da bi odgovornost za proširena krivična djela moglo pripisati Krajišniku, trebalo da donese zaključke u vezi sa sljedećim pitanjima: da li su vodeći učesnici UZP-a bili obaviješteni o tim krivičnim djelima, da li je tačno da nisu preduzeli ništa da bi spriječili njihovo ponavljanje i da su ustrajali u realizaciji tog proširenja zajedničkog cilja i kada su proširena krivična djela postala dio zajedničkog cilja. Žalbeno vijeće je dalje konstatovalo da je Pretresno vijeće iznijelo nedovoljno zaključaka u vezi sa svakim od ovih pitanja i da zbog toga ono nije u mogućnosti da s neophodnom preciznošću konstatuje kako i u kom trenutku je zajednički cilj UZP- a proširen tako da obuhvati druga krivična djela koja prvobitno nisu bila obuhvaćena njime i, shodno tome, po kojoj osnovi je Pretresno vijeće ta proširena krivična djela pripisalo Krajišniku.

U okviru žalbenog osnova 7 i žalbenog podosnova 3(E), Žalbeno vijeće je konstatovalo da Pretresno vijeće nije donijelo neophodne zaključke o *mens rea* učesnika UZP-a u vezi s proširenim krivičnim djelima, već je samo navelo da su ta krivična djela postala obuhvaćena zajedničkim ciljem onda kada su vodeći učesnici UZP-a bili obaviješteni o njima, a nisu preduzeli svrsishodne mjere da spriječe njihovo ponavljanje, već su ustrajali u realizaciji zajedničkog cilja UZP-a. Ono, međutim, nije konstatovalo u kojem trenutku su vodeći učesnici UZP-a postali svjesni svakog od raznih proširenih krivičnih djela.

U okviru žalbenog podosnova 3(G), Žalbeno vijeće je zaključilo i to da je u mnogo navrata Pretresno vijeće propustilo donijeti zaključke o vezi između glavnih izvršilaca prvobitnih zločina deportacije, prinudnog premještanja i progona (odnosno djela koja se nalaze u njegovoj osnovi) i članova UZP-a.

4. Tužilac protiv Miroslava Kvočke i drugih

Svih pet optuženih su za učešće u zločinima terećeni individualnom krivicom u skladu sa članom 7(1) Statuta Tribunala, odnosno za planiranje, podsticanje, naređivanje, počinjenje ili na drugi način pomaganje i podržavanje u planiranju, pripremi ili izvršenju zločina. UZP nije eksplicitno pomenut ni na jednom mjestu u Izmijenjenoj optužnici[7].

[7] Detaljnije o svim navedenim optužbama u: Izmijenjena optužnica Tužilaštva ICTY u predmetu „Miroslav Kvočka i drugi“, broj IT-98-30/1 od 26. oktobra 2000. godine.

Prvostepena presuda u ovom predmetu donesena je 2. novembra 2001. godine. Pretresno vijeće je istaklo da ono prihvata da može postojati pomaganje i podržavanje UZP-a, kao i saizvršilaštvo u UZP-u. U vezi s tim, istaknuto je da saizvršilac UZP-a dijeli namjeru za izvršenje UZP-a i preduzima neku radnju ili čini propust u korist tog poduhvata, dok pomagač i podržavalac UZP-a treba samo da ima svijest da svojim radnjama ili propustima pomaže ili pridonosi zločinu koji se čini UZP-om, odnosno pomagač i podržavalac ne moraju da dijele zločinačku namjeru UZP-a. Zaključak o zajedničkoj namjeri potrebnoj za saizvršilaštvo u UZP-u može biti izveden iz znanja optuženog o zločinačkom poduhvatu i njegovog nastavljanja učestvovanja u njemu i pored tog znanja. Takođe, pomagači i podržavaoci UZP-a mogu prerasti u saizvršioce čak iako fizički ne počine zločine, ako njihovo učešće u poduhvatu traje duže ili ako počnu direktnije da učestvuju u nastavku funkcionisanja poduhvata. Pored toga, da bi se utvrdilo da li je neko saizvršilac ili samo pomagač i podržavalac UZP-a, potrebno je odrediti način njegovog učešća u UZP-u, odnosno nivo i značaj njegovog učešća u UZP-u - da bi mu se mogla pripisati krivica.

Pretresno vijeće je u nastavku napravilo njegovu razradu. Ono je istaklo da osobe koje rade na svom radnom mjestu ili učestvuju u sistemu u kome se čine zločini širokih razmjera i na sistematskoj osnovi - snose individualnu krivicu ako su svjesno učestvovali u tome, a njihova djela ili propusti značajno pomažu ili olakšavaju činjenje zločina, ali da to ne znači da svako ko je zaposlen u logoru - automatski postaje odgovoran kao učesnik u UZP-u.

U skladu sa svim navedenim argumentima, kao i na osnovu dokaza koji su izvedeni pred njim, Pretresno vijeće je donijelo zaključak da je logor Omarska funkcionisao kao UZP u kome su od strane mnogih pojedinaca sa različitim ulogama i funkcijama vršeni brojni zločini nad zatočenim nesrpske nacionalnosti sa namjerom da se oni progone i podjarme. Ti progoni vršeni su činjenjem zločina kao što su ubistvo, mučenje i silovanje, te raznim sredstvima kao što su duševno i fizičko nasilje i nehumani uslovi zatočenja. Za logore Keraterm i Trnopolje, Pretresno vijeće se nije uvjerilo da predstavljaju UZP-e.

5. Tužilac protiv Ante Gotovine i drugih

Izmijenjena spojena optužnica protiv Ante Gotovine, Ivana Čermaka i Mladena Markača podignuta je 21. februara 2008. godine. Oni su se teretili na osnovu člana 7(1) Statuta ICTY za planiranje, podsticanje i naređivanje svih ovih djela ili za pomaganje i podržavanje njihovog planiranja, pripreme ili

izvršenja, kao i za njihovo činjenje po osnovu učešća u UZP-u, pri čemu se pod činjenjem ne podrazumijeva nužno da je svaki od optuženih lično izvršio bilo koji od tih zločina. Prema navodima Optužnice, učesnici UZP-a koristili su druge ili sarađivali s njima kako bi omogućili ili izvršili zločine koji su bili dio zajedničke namjere.

Žalbeno vijeće ICTY se bavilo i pitanjem da li je bez zaključka da su artiljerijski napadi bili protivpravni, Pretresno vijeće moglo razumno zaključiti da su posredni dokazi u spisu dovoljni da se dokaže postojanje UZP-a. U vezi s tim, ono je najprije primijetilo da se zaključak Pretresnog vijeća o tome da je zajednički cilj UZP-a bio da se prisilno uklone srpski civili iz Krajine - utemeljen prvenstveno na postojanju protivpravnih artiljerijskih napada na civile i civilne objekte u navedena četiri grada. S obzirom na to da je poništilo zaključak o protivpravnosti tih napada, Žalbeno vijeće je istaklo da ne može potvrditi zaključak Pretresnog vijeća da je jedino razumno tumačenje posrednih dokaza u spisu - to da je postojao UZP sa ciljem da se trajno ukloni srpsko civilno stanovništvo iz Krajine, i to silom ili prijetnjom silom. Takođe, Žalbeno vijeće je istaklo da bez zaključka o protivpravnosti artiljerijskih napada i raseljavanju kao posljedici tih napada, ne može se održati ni zaključak Pretresnog vijeća o tome da su krivična djela deportacija, prinudno premještanje i s tim povezan progon - počinjena u okviru zajedničkog cilja.

Iz tog razloga, Žalbeno vijeće je poništilo osuđujuće presude koje su Gotovini i Markaču izrečene za ta djela po osnovu prvog oblika UZP-a. S obzirom na to da je na ovaj način poništilo zaključak o postojanju UZP-a, Žalbeno vijeće je poništilo i osuđujuće presude koje su Gotovini i Markaču izrečene po osnovu trećeg oblika UZP-a za ostala krivična djela, tj. djela izvan okvira cilja UZP-a, jer s obzirom na to da nije postojao UZP - ta djela nisu mogla biti prirodna i predvidljiva posljedica sprovođenja zajedničkog cilja UZP-a.[8]

6. Udruženi zločinački poduhvat u praksi Suda BiH

Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZBiH), u okviru glave 17 Posebnog dijela, koja propisuje krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, sadrži i član 180 koji nosi naziv „Individualna i komandna odgovornost“[9]. Već na prvi pogled je uočljivo „da

[8] Drugostepena presuda ICTY u predmetu „Tužilac protiv Ante Gotovine i Mladena Markača“, broj IT-06-90-A od 16. novembra 2012. godine.

[9] Do izmjena i dopuna Krivičnog zakona BiH koje su objavljene u „Službenom glasniku BiH“ broj 8/10, ovaj član je nosio naziv „Individualna krivična odgovornost“.

je član 180 stav 1 KZ BiH izveden iz člana 7 stav 1 Statuta ICTY, te da mu je identičan. Očigledno je da se zakonodavac, prilikom donošenja ove odredbe, rukovodio temeljnim načelima krivice u međunarodnom krivičnom pravu i odredbama Statuta ICTY, jer je znatno šire odredio moguće radnje počinjenja, odnosno učestvovanja u izvršenju krivičnih djela koja su pobrojana u predmetnoj odredbi.

U predmetima pred Sudom BiH, u kojima se razmatra UZP, on se postavlja na identičan način kao što je određen u presudama ICTY, odnosno svi njegovi subjektivni i objektivni elementi, kao i njihova sadržina, u potpunosti se određuju pozivanjem na praksu ICTY o tim pitanjima. UZP je kao takav po prvi put pred Sudom BiH opisan u prvostepenoj presudi u predmetu Vuković Ranko i Vuković Rajko[10] gdje je navedeno sljedeće: „Sud smatra da su optuženi Vuković Ranko i Vuković Rajko, prilikom izvršenja predmetnog krivičnog djela, individualno odgovorni kao pripadnici UZP-a, budući da su kritičnog dana zajedno sa ... imali zajednički cilj, a to je lišavanje drugih osoba života, te da su zajedno učestvovali sa drugima u ostvarivanju ovog cilja. U konkretnom slučaju Sud smatra da su optuženi učestvovali kao saizvršioci u počinjenju zločina do kojih dolazi kada više osoba sa zajedničkom namjerom preduzimaju zločinačku aktivnost koju onda izvode svi zajedno.[...] Čak i ako zločin za koji se osoba tereti izlazi van okvira predmeta UZP-a, učesnik postaje odgovoran za prirodna i predvidljiva krivična djela ostalih učesnika, optuženi je kriv ukoliko je razumno mogao predvidjeti da bi drugi učesnici u zajedničkom planu mogli uzeti učešća u ovim zločinačkim radnjama“.

Iako je Apelaciono vijeće Suda BiH u navedenom predmetu ukinulo osuđujuću presudu[11], počevši od njega UZP je postajao sve zastupljeniji u praksi Suda BiH koji je nakon toga formirao i sopstvenu praksu koja je proizvela nekoliko pravnosnažnih osuđujućih presuda po osnovu UZP-a, kao što su presude u predmetima Radić Marko i drugi[12], Rašević Mitar i drugi[13], Savić Krsto[14], Trbić Milorad[15], Mejakić Željko i drugi[16] i Jević Duško i drugi[17]. Svi navedeni i ostali pravnosnažno okončani predmeti u vezi sa UZP-om

[10] Prvostepena presuda Suda BiH, broj X- KR/07/405 od 4. februara 2008. godine.
[11] Vidi Drugostepena presuda Suda BiH u predmetu „Vuković Ranko i drugi“ broj KRŽ-07/405 od 2. septembra 2008. godine.
[12] Broj H-KRŽ-05/139.
[13] H-KRŽ-06/275.
[14] H-KRŽ-07/400.
[15] H-KRŽ-07/386.
[16] H-KRŽ-06/200.
[17] S1 1 K 003417 10 KRŽ.

odnose se ili na osnovni ili na sistemski oblik UZP-a. U Sudu BiH nije prihvaćen prošireni oblik UZP-a, iako je bilo optužnica koje su se odnosile na njega.

Prvi predmet pred Sudom BiH u kome su optužena lica pravnosnažno osuđena na osnovu UZP-a (sistemskog) predstavlja predmet Rašević Mitar i drugi, u kom su od strane Pretresnog i Apelacionog vijeća zauzeti neki od najvažnijih stavova o pitanju opravdanosti primjene ovog oblika krivice pred Sudom BiH, koji su kasnije uglavnom prihvaćeni i u drugim predmetima od strane drugih vijeća, naročito u predmetima u kojima su donesene pravnosnažne osuđujuće presude. U tom predmetu prvostepeno vijeće je utvrdilo da je član 180 stav 1 KZBiH identičan članu 7 stav 1 Statuta ICTY i da je on postao dio KZBiH nakon stupanja na snagu člana 7 stav 1 Statuta ICTY i tumačenja da taj član Statuta obuhvata i UZP. Nadalje, to vijeće je istaklo da Statut ICTY predstavlja međunarodni propis, a da je u međunarodnom pravu opšteprihvaćen princip da kada je međunarodno pravo ugrađeno u domaće zakone - domaći sudovi moraju uzimati u obzir izvorne norme međunarodnog prava i njihova međunarodna sudska tumačenja i definicije, te da kada je član 7 stav 1 Statuta ICTY prepisan u KZ BiH (kroz odredbu člana 180 stav 1), on je u taj zakon došao zajedno sa svojim međunarodnim izvorima i međunarodnim sudskim tumačenjima i definicijama. Prvostepeno vijeće na kraju zaključuje da „međunarodno sudsko tumačenje termina „počinjenje“ iz člana 7.1 (Statuta ICTY), koji je ugrađen u domaći zakon kao član 180 stav 1, konkretno propisuje: 1) da je UZP oblik saizvršilaštva koji utvrđuje ličnu krivičnu odgovornost; 2) da „počinjenje“ u smislu iz člana 7.1 Statuta ICTY (a samim tim i člana 180 stav 1 KZ BiH) uključuje svjesno učešće u UZP-u i 3) da su elementi UZP-a utvrđeni u međunarodnom pravu i da su prepoznatljivi. U primjeni termina „počinjenje“ iz člana 180 stav 1 ovo vijeće mora u obzir uzeti definiciju tog termina u značenju koje je imala kada je prepisana iz međunarodnog prava u KZ BiH“.[18] U petom dijelu drugostepene presude u predmetu „Tužilaštvo BiH protiv Krste Savića“[19] (pod nazivom „Individualna krivična odgovornost optuženog“) Vijeće Apelacionog odjeljenja Odjela I za ratne zločine Suda BiH je ukazalo na to koji su *actus reus* i *mens rea* elementi UZP-a kao oblika individualne krivice, pri čemu je u potpunosti prihvatilo tumačenje tih elemenata koje je dalo Žalbeno vijeće ICTY u predmetu „Tužilac protiv Duška Tadića“. S

[18] Prvostepena presuda Suda BiH u predmetu „Rašević Mitar i drugi“, broj H-KR/06/275 od 28. februara 2008. godine, str. 113-115.
[19] Broj H-KRŽ-07/400 od 11. aprila 2011. godine.

obzirom na to da u optužnici Tužilaštvo BiH nije navelo za koji oblik UZP-a (od tri oblika koji su utvrđeni u presudi Žalbenog vijeća ICTY u predmetu „Tužilac protiv Duška Tadića“) se tereti optuženi Savić, Apelaciono vijeće je nakon što je izložilo elemente ovog oblika krivice konstatovalo da se radi o prvom ili osnovnom obliku, nakon čega je prešlo na pojedinačnu analizu elemenata u konkretnom predmetu.

Kada je u pitanju prvi element (objektivne prirode), koji je zajednički za sva tri oblika UZP-a, Apelaciono vijeće je utvrdilo da je zajedno sa optuženim u UZP-u učestvovalo više lica. U kontekstu elementa zajedničkog cilja, Vijeće se pozvalo na Prvostepenu presudu Suda BiH u predmetu „Tužilac protiv Milorada Trbića“ gdje je ustanovljeno da je za osnovni oblik UZP-a neophodno postojanje zajedničkog cilja koji predstavlja ili uključuje izvršenje krivičnog djela propisanog KZBiH, pri čemu on ne mora biti unaprijed dogovoren ili formulisan, već se zaključak o njegovom postojanju može izvući iz činjenice da više lica djeluje zajedno. Polazeći od takvog stava, te na osnovu dokaza u ovom predmetu, utvrđeno je da je postojao plan ili cilj da se značajan dio nesrpskog stanovništva trajno iseli sa njihove teritorije. U pogledu trećeg *actus reus* elementa, učešća optuženog, Apelaciono vijeće je na osnovu standarda koji su za ovaj element postavljeni u Prvostepenoj presudi Suda BiH u predmetu „Tužilac protiv Milorada Trbića“ i u Drugostepenoj presudi ICTY u predmetu „Vasiljević“ - donijelo zaključak o 11 oblika učešća optuženog Savića u konkretnom UZP-u.

Nakon što je na navedeni način odredilo *actus reus* elemente UZP-a u ovom predmetu, Apelaciono vijeće je prešlo na određivanje *mens rea* elementa kojom prilikom se ponovo pozvalo na Prvostepenu presudu Suda BiH u predmetu „Tužilac protiv Milorada Trbića“ u kojoj je konstatovano, između ostalog, da optuženi za krivicu po osnovu prvog oblika UZP-a mora imati namjeru za izvršenje krivičnog djela koja je zajednička i dijeljena sa svim ostalim njegovim saizvršiocima u UZP-u, a pored toga mora imati namjeru i da učestvuje u zajedničkom cilju poduhvata u svrhu njegove realizacije. Kod onih krivičnih djela za čije postojanje je neophodna specifična, posebna namjera, kao što je kod krivičnog djela progona - optuženi zajedno sa svim ostalim učesnicima mora imati takvu namjeru. Nadalje, Apelaciono vijeće je, pozivajući se na Prvostepenu presudu ICTY u predmetu „Krajišnik“ - ukazalo da se namjera optuženog može izvesti iz njegovog ponašanja.

7. Zaključak

Da bi pojedinci mogli biti osuđeni i kažnjeni za svoje radnje koje predstavljaju krivična djela po međunarodnom krivičnom pravu, mora se dokazati njihovo učešće u izvršenju tih krivičnih djela na jedan od načina koji su propisani odredbama člana 7 (1) Statuta ICTY i člana 180 stav 1 KZBiH. Pri tome se zahtjeva da su ta lica imala određeni subjektivni, psihički odnos prema svojim radnjama koje čine obilježja tih krivičnih djela, odnosno da su postupala sa određenim oblikom krivice (vinosti). Taj oblik krivice, kod svih oblika učešća u izvršenju međunarodnih krivičnih djela koji su eksplicitno predviđenim navedenim odredbama Statuta ICTY i KZ BiH, jeste umišljaj, i to najčešće direktni (namjera). Kako je zbog specifičnosti uslova u kojima se vrše međunarodna krivična djela pribavljanje dokaza o namjeri izvršilaca otežano brojnim faktorima, tužioci i sudije su pribjegli primjeni UZP-a koji se naročito kroz njegov drugi i treći oblik nametnuo kao najbolje rješenje. Kod tih oblika UZP-a namjera izvršilaca krivičnih djela dokazuje se posrednim zaključivanjem iz okolnosti u kojima je pojedinac postupao i samih njegovih postupaka. To, u krajnjoj liniji, može dovesti do osude pojedinaca ne samo za svoje postupke, već i za svaku posljedicu koju je prouzrokovao neki drugi učesnik u događaju. Kod trećeg oblika UZP-a za osudu je dovoljna i samo pretpostavka da je po osnovu zajedničkog zločinačkog plana neko lice moglo predvidjeti neželjene i neplanirane radnje nekog drugog učesnika koje predstavljaju krivično djelo.

LITERATURA

-Ambos, K. (2007). *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility.* 5 Journal of International Criminal Justice.
-Badinter, R. (2002). *International Criminal Justice: From Darkness to Light*, in A. Cassese, P. Gaeta, and J. R. W. D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary.
-Bojanić, I., Derenčinović, D., Horvatić, Ž., Krapac, D., Seršić, M. (2007). *Teorija zajedničkog zločinačkog poduhvata i međunarodno kazneno pravo, izazovi i kontroverze*. Zagreb: Akademija pravnih znanosti Hrvatske.
-Broomhall, Bruce, 2003. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford. Oxford University Press.
-Cassese, Antonio, Gaeta, Paola & Jones, John R.W.D. (eds.), 2002. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1*. Oxford University Press.
-Danner**,** A. M., Martinez, J. S**.** (2005). *Guilty Associations**:** Joint Criminal Enterprise**,** Command Responsibility and the Development of International Criminal Law* **.** 93 California Law Review **75.**
-Darcy, S. (2004). *An effective measure of bringing justice? The joint criminal enterprise doctrine of the international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. American University international law review, no. 20.
-Gibson, H. C. (2008). *Testing the legitimacy of the joint criminal enterprise doctrine in the ICTY: a comparison of individual liability for group conduction in international and domestic law.* Duke Journal of comparative and international law, vol.18.
-Harmen van der Wilt (2007). *Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations*. Journal of International Criminal Justice, Volume 5, Issue 1, March.
-Laughland, J. (2011). *Conspiracy, joint criminal responsibility in international criminal law.* Chicago: Journal of international law, vol. 11, no. 2, dostupno na *http://scholarship law.Cor nell.edu/ facpub/169.*
-Marković, D. (2013). *Zajednički zločinački poduhvat*. Beograd: Zadužbina Andrejević,
-Piacente, N. (2004). *Importance of the Joint Criminal Enterprise Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy*. 2 Journal of International Criminal Justice.
Schabas, W. (2004). *An Introduction to the International Criminal Court* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
-Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.

Werle, G. (2005). *Principles of International Criminal Law.* T.M.C. Asser Press.
-Marston, D.A, Martinez, J. (2005). *Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility and development of international criminal law*. California Law Rewiev, 93, dostupno na *http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawrewiev/vol93/iss1/2*.
-Ohlin, J., Three, D. (2007). *Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, 5 J. Int'l Crim. Just, no. 3.
-O'Reilly, A.T. (2004–5). *Command Responsibility: A Call to Realign the Doctrine with Principles of Individual Accountability and Retributive Justice*. 40 *Gonzaga Law Review* 127.
-Schabas, W. (2003). *Interpreting the Statutes of the Ad Hoc Tribunals*. in L. C. Vohrah et al. (eds.), Man's Inhumanity to Man.
-Summers, A.M. (2011). *Attribution of criminal liability: a critical comparison of the U.S. doctrine of conspiracy and the ICTY doctrine of the joint criminal enterprise from an American perspective*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 18, broj 1.
-Sunga, L. S. (1998). *The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court* (Part II, Articles 5–10). European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, no. 4.
-Womack, W. (2003). *The Development and Recent Application of the Doctrine of Command Responsibility, with Particular Reference to the Mens Rea Requirement'*, in S. Yee (ed.), International Criminal Law and Punishment.

Zakoni i drugi propisi

1. Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15).
2 .Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda (ICC), dostupno na: *http://www.un.org/law /icc/ statute/romefra.htm*.

Vladimir M. Simović, Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina

JOINT CRIMINAL ENTERPRISE, POSIBILITIES AND LIMITATIONS

Abstract

Joint criminal enterprise is a part of criminal justice system of BH and is applied by the Court of BH in trial for particular criminal offenses against humanity and values protected under international law. However, the very manner in which it became a part of criminal justice system of BH, its legal nature and its application – in many ways differ from previous legal tradition that had existed in this area. It is indisputable that the whole concept of joint criminal enterprise, especially its third form, with elements that are accepted and applied in the case-law of International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and the Court of BH, provides a significant relief for the work of prosecutors and judges. Such situation particularly favors the procedural role of the prosecutors whose discretion right is expanded when determining the indictment. On the other hand, the question arises as to how much the lowering of standards required to prove guilt on the basis of a joint criminal enterprise (through which individual and subjective guilt is converted into objective and collective) in accordance with the spirit and the purpose of the principle of individual guilt. Therefore, through the application of this enterprise, the legitimacy of international criminal law can be called into question as a fair, impartial and effective system of justice.

Key words: joint criminal enterprise, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the Court of BH, Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Trial Chamber.

Saša Sarajlić, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine
Tanja Matović, stručni saradnik Tužilaštva Bosne i Hercegovine

OTVARANJE I PREGLED PRIVREMENO ODUZETIH PREDMETA I DOKUMENTACIJE

U V O D

Krivični postupak u Bosni i Hercegovini, koji je regulisan Zakonima, i to Zakonom o krivičnom postupku BiH, Zakonom o krivičnom postupku Federacije BiH, Zakonom o krivičnom postupku Republike Srpske i Zakonom o krivičnom postupku Brčko Distrikta (u daljem tekstu: krivično-procesni zakoni BiH), obiluju raznim institutima, koji prevashodno imaju zadatak da uz pojednostavljenje postupka, istovremeno zaštite osnovna ljudska prava koja su proklamovana Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavom BiH, Ustavima entiteta i Statutom Brčko Distrikta i drugim međunarodnim i domaćim pravnim aktima.
Koncepcija krivično-procesnih zakona BiH postavljena je tako da se u svakom momentu trajanja postupka ostvaruje načelo pravičnog suđenja, u kojem će odluka biti donesena na bazi utvrđenih činjenica i dokaza koji su pribavljeni na zakonit način. Pomenuti krivično- procesni zakoni sadrže uređene institute, kao radnje dokazivanja, čije poduzimanje je striktno propisano, u smislu vremena, mjesta i načina poduzimanja. Jedno od načela krivičnog postupka u BiH je da se odluka u krivičnom postupku ne smije zasnivati na povredi ljudskih prava i nezakonito pribavljenim dokazima. O opravdanosti ovakvog nastojanja suvišno je govoriti i svaka dalja izmjena ovih zakona treba da sadrži još djelotvornije i efikasnije instrumente za zaštitu ljudskih prava i garancije na pravično suđenje.
Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, dovela je do suštinskih promjena krivičnog postupka koje odražavaju priznate međunarodne standarde i principe u ovoj oblasti, a u svrhu povećanja efikasnosti postupka i jačanja zaštite prava i sloboda lica koja učestvuju u postupku, a naročito prava i sloboda lica protiv kojih se vodi krivični postupak. Među značajnijim rješenjima koje je reforma iznjedrila su mjere u svrhu oduzimanja predmeta i nezakonito stečene imovine. Upravo zbog značaja navedenog instituta, ovdje će biti nešto više govora o tome, sa prvenstvenim osvrtom na postupak otvaranja privremeno oduzetih predmeta i situacija kada navedeni postupak možda i ne bi bio toliko potreban iz razloga

što dolazi u koliziju sa načelom efikasnosti postupanja u krivičnom postupku, a koje načelo je upravo i krajnji cilj ove radnje dokazivanja.

Ključne riječi: krivično-procesno zakonodavstvo; krivični postupak; pravično suđenje; privremeno oduzimanje predmeta; zakonitost dokaza;

I n t r o d u c t i o n

Criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina, regulated by the Laws, the Criminal Procedure Code of BiH, the Criminal Procedure Code of the Federation of BiH, the Criminal Procedure Code of the Republic of Srpska and the Criminal Procedure Code of the Brčko District (hereinafter: BiH Criminal Procedures) are abundant in various institutions, which primarily have the task, in addition to simplifying the procedure, to protect basic human rights proclaimed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Constitution of BiH, the Entity Constitutions and the Statute of Brčko District and other international and domestic legal acts.

The concept of BiH criminal law procedures is set up so that at all times the duration of the proceedings is achieved the principle of fair trial, in which the decision will be made on the basis of established facts and evidence obtained in a lawful manner. The aforementioned procedural laws contain regulated institutes, as proofs of action, whose undertaking is strictly prescribed, in terms of time, place and manner of takeover. One of the principles of criminal proceedings in BiH is that the decision in the criminal proceedings must not be based on human rights violations and illicitly obtained evidence. The justification of such an effort is superfluous, and any further amendment to these laws should include more effective and effective instruments for the protection of human rights and guarantees for a fair trial.

The reform of the criminal procedural legislation in Bosnia and Herzegovina has led to substantial changes in the criminal procedure that reflect recognized international standards and principles in this area in order to increase the efficiency of the proceedings and to strengthen the protection of the rights and freedoms of the persons participating in the proceedings, in particular the rights and freedoms of persons against whom criminal proceedings are being conducted. Among the more important solutions that the reform has produced are measures for the purpose of taking away the objects and illegally acquired property. It is precisely because of the importance of the mentioned institute that there will be more talk about this, with a primary focus on the process of

opening temporarily seized cases and situations where the said procedure might not be so necessary because it comes into conflict with the principle of efficiency of criminal procedure, which principle is precisely the ultimate goal of this act of proof.

Keywords: criminal procedural legislation; criminal proceedings; fair trial; temporary seizure of objects; legality of evidence;

1. Otvaranje i pregled privremeno odzetih predmeta i dokumentacije, njegovo mjesto u teoriji, krivično-procesnim zakonima i praksi

U našoj stručnoj literaturi koja obrađuje krivični postupak u Bosni i Hercegovini, vrlo malo je dato prostora definisanju pojedinih instituta krivičnog postupka, što daje osnova za razmišljanje da li su pojedini instituti prijeko potrebni i da li se zaista sa njima može postići svrha, a naročito u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Svi naši krivično-procesni zakoni insistiraju na zakonitosti dokaza i zakonitosti njihovog pribavljanja, što je svakako jedna od garancija ostvarivanja ljudskih prava proklamovanih Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda (u daljem tekstu EKLJP). U krivično-procesnim zakonima Bosne i Hercegovine sadržana je identična odredba o zakonitosti dokaza i ista predstavlja jedno od osnovnih načela krivičnog postupka.

U svakom slučaju ova odredba je neprikosnovena i univerzalna, te svaki profesionalac, bilo da se radi o sudiji, o tužiocu, o braniocu ili o policijskom službeniku, treba svojim postupanjem insistirati na primjeni ove odredbe, kako bi se dostigla pravda kao ideal do kojeg je nemoguće dostići bez ustanovljenih naprednih standarda zaštite i poštivanja ljudskih prava i sloboda. Uostalom Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je inkorporirana u sve Ustave u BiH i koja kao međunarodni akt ima primat u primjeni u odnosu na domaće propise, posebno insistira na pravičnom suđenju. Ista sadrži odredbu o pretpostavci nevinosti, koja proklamuje zakonito suđenje prije nego se utvrdi nečija krivica za krivično djelo koje je propisano zakonom. Pravično suđenje svakako podrazumjeva da se u postupku koriste dokazi koji su zakoniti i koji su pribavljeni na zakonit način.

Međutim, cilj našeg izlaganja je da se osvrnemo na krivično-procesne institute koji u pojedinim situacijama po našem mišljenju ne ostavruju svoju krajnju svrhu koja se odnosi na efikasnost u postupanju tokom krivičnog postupka.

Jedan od tih krivično-procesnih instituta u određenoj mjeri mogla bi biti i procesna radnja otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije, koja je regulisana imperativnim zakonskim odredbama.

Praksa primjene predmetnog krivično-procesnog instituta od stupanja na snagu novih Zakona o krivičnom postupku u BiH, bila je šarolika i neujednačena. Kretala se od njegove striktne primjene, pa do njegovog ignorisanja, kako od strane tužilaštava, tako i od strane sudova.

2. Pojam i pravna priroda otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije

Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta predstavlja procesnu dužnost tužioca ustanovljenu imperativnim zakonskim odredbama, koja ima za cilj da se utvrdi istovjetnost predmeta koji su privremeno oduzeti, i koji će biti korišteni u postupku dokazivanja.

Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije je logičan slijed koji se po zakonskoj regulativi provodi nakon privremenog oduzimanja predmeta, kojepredstavlja jednu od radnji dokazivanja u krivičnom postupku, kojom se pribavljaju predmeti koji služe pri utvrđivanju činjenica odnosno dokazivanja izvršenja krivičnog djela od strane počinioca.

Stava smo da otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta koja po svojoj pravnoj prirodi predstavlja mjeru procesne prinude nije dovoljno zakonski razrađena, u smislu da je potrebno precizirati situacije u kojima je ova procesna mjera potrebna, da bi zaista i imala svrhu zbog koje i jeste ustanovljena, a to je zakonitost dokaza i efikasnost krivičnog postupka. Konačno, zakonska odredba krivično-procesnog instituta o kojem govorimo je nedorečena u smislu da li njegovo ne poduzimanje zaista treba da utiče na zakonitost pribavljenih dokaza.

Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta u praksi se poduzima najčešće u predistražnom postupku i u istrazi, uz napomenu da ne postoje formalne prepreke za njegovo poduzimanje u bilo kojoj fazi krivičnog postupka.Ovlaštenje i obaveza njegovog poduzimanja leže isključivo na tužiocu i niko ko je po zakonu ovlašten da u ime tužioca poduzima procesne radnje, nije ovlašten da to može učiniti kada je konkretna krivično-procesna radnja u pitanju.

3. Privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije u krivično-procesnim zakonima BiH

Privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije je jedna od osnovnih radnji dokazivanja u krivičnom postupku, koja se preduzima na osnovu naredbe suda, koju sud izdaje na prijedlog tužioca ili ovlaštenog službenog lica koje je dobilo odobrenje od tužioca.

Radi se o radnji dokazivanja koja je specifična za istragu, ali je njeno preduzimanje moguće i prije početka istrage, kao hitne procesne mjere u cilju obezbjeđenja dokaza. Ova radnja, kao što i njen sam naziv kaže sastoji se u privremenom oduzimanju predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku (corpus delicti) ili predmeta koji se po Krivičnom zakonu imaju oduzeti.[1]

Privremeno oduzimanje predmeta i imovine se označava kao mjera procesne prinude sa višestruko različitom prirodom, koja ima nekoliko ciljeva. Prvenstveno, cilj je obezbjediti dokaze koji će biti korišteni u krivičnom postuku za dokazivanje učinjenja krivičnog djela od strane počinioca, zatim osiguranje bezbjednosti ljudi i imovine sprečavanjem vršenja krivičnih djela, kada postoji opasnost da će takvi predmeti ponovo biti upotrebljeni za izvršenje krivičnog djela ili kada se u cilju zaštite opšte bezbjednosti ili razloga morala oduzimanje čini neophodim i efikasnost kao krajnji cilj ove mjere, s obzirom da privremeno oduzimanje predmeta, a naročito imovine, doprinosi efikasnijem odvijanju krivičnog postupka i uspješnijem suzbijanju kriminaliteta, naročito njegovih složenijih oblika.

S obzirom da ova radnja dokazivanja predstavlja ograničenje određenih ljudskih prava predviđenih ustavnim ili međunarodnim pravom, ona se mora preduzeti pod zakonom propisanim uslovima i u zakonom propisanom postupku, kako bi sama radnja pa i dokazi koji su njom pribavljeni bili zakoniti. U tom smislu materijalni uslov za preduzimanje ove radnje je taj da se alternativno radi o dvije grupe predmeta, o čemu je već naprijed bilo riječi,

[1]Prema članu 74. stav 1. KZ BiH to su predmeti koji su na bilo koji način, u cjelini ili djelimično, upotrijebljeni ili su bili namijenjeni da budu upotrijebljeni za počinjenje krivičnog djela ili koji su nastali počinjenjem krivičnogdjela. Takođezakonodavac je predvidio mogućniost propisivanja obaveznog oduzimanje predmeta kod pojedinih krivičnih djela, pa je tako u posebnom djelu KZ BiH oduzimanje predmeta propisano kod krivičnih djela Neovlaštenog prometa opojnim drogama (član 195.), Falsifikovanja novca (član 205.), Falsifikovanje hartija od vrijednosti (član 206.), Falsifikovanja znakova za vrijednost (član 207.), Nedopuštena proizvodnja (član 213.), djela Krijumčarenja (član 214.) i dr.

dok ispunjenost formalnog uslova podrazumjeva postojanje Naredbe suda za privremeno oduzimanje predmeta ili Naredbe za pretres, koja se donosi na prijedlog tužioca ili ovlaštenog službenog lica koje je dobilo odobrenje od tužioca. Ukoliko se prilikom pretresanja stana, prostorije odnosno lica nađu predmeti koji nemaju veze sa krivičnim djelom zbog kojeg je izdata naredba, ali upućuju na drugo krivično djelo takvi predmeti se takođe privremeno oduzimaju, ali će se takvi predmeti odmah vratiti licu od kojeg su oduzeti ako tužilac ustanovi da nema osnova za preduzimanje krivičnog gonjenja, a ne postoji neki drugi zakonski osnov po kojem bi se ti predmeti imali oduzeti.

Izuzetno, shodno zakonskoj regulativi moguće je pristupiti oduzimanju predmeta bez naredbe suda za privremeno oduzimanje predmeta i najčešće su to situacije u kojima postoji opasnost od odlaganja, ali u ovakvim slučajevima ukoliko se osoba koja se pretresa izričito usprotivi oduzimanju predmeta, tužilac ja dužan da u roku od 72 sata od izvršenog pretresanja podnese zahtjev sudu za naknadno odobrenje oduzimanja predmeta. U slučaju da sud odbije zahtjev tužioca, ovako oduzeti predmeti se ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, i imaju se odmah vratiti licu od kojeg su oduzeti.

Nadalje, ne treba zanemariti ni činjenicu da iako to zakonom nije striktno regulisano predmeti koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku mogu biti i dobrovoljno predati od strane određenog lica, ali je takve predmete, kao i one koji se oduzimaju prinudno uz naredbu ili bez nje potrebno detaljno evidentirati kako u zapisniku, tako i u potvrdi o privremenom oduzimanju predmeta, koju će ovlašteno službeno lice uručiti licu od kojeg se predmeti oduzimaju na licu mjesta. U situacijama kada popis predmeta i dokumentacije nije moguć, predmeti i dokumentacija će se staviti u omot i zapečatiti.

Naprijed navedenim radnjama osigurava se ne samo identifikacija već i zakonitost dokaza pribavljenih na ovaj način.

4. Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije i zakonitost pribavljenih dokaza

Nakon što budu oduzeti, predmeti i dokumentacija se pohranjuju u sudu ili sud na drugi način osigurava njihovo čuvanje.

U određenoj fazi postupka pristupa se otvaranju i pregledu privremeno oduzetih predmeta, koje vrši tužilac, o čemu je dužan obavjestiti sudiju za prethodni postupak, lice od kojeg su predmeti oduzeti i branioca. O navednoj radnji se vodi zapisnik, i potrebno je voditi računa da sadržaj privremeno oduzetih predmeta ne saznaju neovlaštena lica.

Međutim, mišljenja smo da je ovakva zakonska postavka postavljena preširoko i da njenim restriktivnim tumačenjem dolazi do čestih problema u praksi sa aspekta zakonitosti dokaza. Iako je stav zakonodavca jasan u tom pogledu, moramo istaći da je u pojedinim slučajevima u praksi nelogično vršiti otvaranje i pregled onih predmeta koji su privremeno oduzeti, a koji su, već prethodno identifikovani, odnosno čija je istovjetnost već potvrđena u momentu njihovog oduzimanja, kako od strane izvršioca privremenog oduzimanja, tako i od strane osobe od koje su oduzeti, jer to na neki način predstavlja dvostruko utvrđivanje istovjetnosti predmeta, što u konačnici ima za posljedicu bespotrebno odugovlačenje krivičnog postupka.

Svjedoci smo i različitog tumačenja ovih odredbi od strane sudova nižih i viših instanci.[2]

4.1. Oduzimanje predmeta na osnovu Naredbe za privremeno oduzimanje predmeta

Naredba na osnovu koje se vrši privremeno oduzimanje predmeta mora sadržavati sve elemente propisane zakonom.[3]

Dakle, kako je to krivično-procesnim zakonima BiH propisano, predmet koji se oduzima striktno je određen naredbom, izvršilac naredbe i osoba od koje se vrši oduzimanje utvrđuju zajedno identitet predmeta, o čemu se sačinjava potvrda o privremenom oduzimanju predmeta. Ono što je od izuzetnog značaja, pored potpisa izvršioca naredbe, potpis na potvrdu stavlja i osoba od koje se predmet oduzima, a što je presudno za identitet predmeta koji se oduzima i identitet osobe od koje se oduzima. Prije nego što stavi svoj potpis na potvrdu, osoba od koje se oduzima predmet ima mogućnost stavljanja primjedbe na poduzimanje radnje, i na podatke o identitetu predmeta. Ukoliko osoba nema primjedbi i stavi svoj potpis na potvrdu, time se može smatrati da je utvrđen identitet predmeta koji se oduzima.

Slijedom navedenog, nameće se pitanje da li bi ponovno utvrđivanje identiteta privremenog oduzetog predmeta, u konkretnom slučaju u smislu otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta zaista bilo potrebno i da li se time krivični postupak bespotrebno opterećuje.

[2] PrvostepenapresudaSudaBiHbroj: S1 2 K 014984 14 K, od 19.05.2014.godine
DrugostepenapresudaSudaBiHbroj: S1 2 K 014984 14 Kžk, od 11.12.2014. godine
[3] Član 65. ZKP BiH

4.2. Privremeno oduzimanje predmeta na osnovu Naredbe za pretres

Za razliku od Naredbe za privremeno oduzimanje predmeta, kod naredbe za pretres nije unaprijed poznato da li osoba koja se pretresa ili čiji se prostor pretresa zaista kod sebe drži određen predmet koji je od značaja za krivični postupak i nisu unaprijed poznati podaci o identitetu predmeta koji se pretresom traži. Iz tog razloga se i poduzima radnja dokazivanja pretres osobe, stana u kojem stanuje, drugih prostorija koje koristi, ili njenih pokretnih stvari, kako bi se mogli pronaći predmeti od značaja za krivični postupak.

Ono što je značajno za oduzimanje predmeta na osnovu naredbe za pretres, jeste činjenica da po pronalasku predmeta koji se traži, izvršilac naredbe i osoba koja posjeduje predmet zajednički utvrđuju njegove identifikacione podatke, a što izvršilac naredbe unosi prethodno u zapisnik o pretresu, a potom i u potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta. Obje ove isprave potpisuje osoba od koje se predmet oduzima, čime je eliminisana svaka eventualna dilema koja bi mogla proisteći provođenjem predmetne radnje dokazivanja, izuzev u situacijama kada je osoba kod koje se vrši pretres odsutna.

4.3. Privremeno oduzimanje predmeta u situacijama kod dobrovoljne predaje predmeta od osobe od koje se traži predaja istih

U prethodne dvije opisane situacije, izvršilac Naredbe za privremeno oduzimanje predmeta i izvršilac Naredbe za pretres, dužan je prilikom realizacije istih prethodno usmeno saopštiti osobi, zbog čega je došao na njenu adresu i u oba slučaja dužan joj je prethodno saopštiti pravni osnov svog dolaska, uručiti joj primjerak naredbe te pozvati osobu da dobrovoljno preda predmete koji se od nje traže Naredbom za oduzimanje predmeta, ili Naredbom za pretres. Nerjetke su situacije da tada osobe od kojih se predmeti traže, izvršiocu naredbe iste dobrovoljno predaju. Nakon toga slijedi ustaljeni postupak u kojem izvršilac naredbe sačinjava zapisnik o poduzetoj radnji, kao i potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta u kojima se naznačava da je osoba dobrovoljno predala predmete koji se od nje traže, sa svim identifikacijskim podacima o predmetima. Nakon toga osoba potpisuje obje isprave, te joj se od strane izvršioca neredbe predaje po jedan primjerak zapisnika o dobrovoljnoj predaji, kao i primjerak potvrde o privremenom oduzimanju predmeta.

Na ovakav način učinjeno je više nego dovoljno da se sa ovako pribavljenim predmetima koji su od značaja za određeni krivični postupak može dalje postupati, bez posebnog pozivanja osobe da bi se u njenom prisustvu ponovo pregledali predmeti koje je dobrovoljno predala i čiji su joj identifikacioni podaci i izgled veoma dobro poznati, za šta je svojim potpisima dala formalnu potvrdu.

4.4. Pronalaženje predmeta prilikom vršenja uviđaja na licu mjesta izvršenja krivičnog djela

Uviđaj je hitna neodložna radnja dokazivanja, koja se poduzima na licu mjesta izvršenja krivičnog djela, a radi neposrednog opažanja važnih činjenica za krivični postupak. Uviđaj, kao prvu radnju dokazivanja po saznanju da je počinjeno neko krivično djelo, poduzimaju i provode ovlaštena službena lica – policijski službenici, koji su dužni ispravno i stručno postupati, na način da svaku opaženu činjenicu vjerno i istinito unesu u Zapisnik o uviđaju, te da izuzmu sve moguće predmete u vezi sa krivičnim djelom, a koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku. Ovdje je važno istaći činjenicu da za izuzimanje predmeta sa lica mjesta nije potrebna naredba suda, niti postupajućeg tužioca, osim u slučajevima ako vršenje uviđaja ne nameće potrebu pretresanja osoba ili prostorija. U tom slučaju potrebno je da policijski službenici, uz odobrenje tužioca, zatraže odgovarajuću naredbu od suda, kako bi se i predmeti koji se pronađu mogli na osnovu izdate naredbe suda oduzeti. Nadalje, ono što je karakteristično za pronalazak predmeta u ovim situacijama je i to što je nepoznata činjenica ko je vlasnik ili korisnik tih predmeta. Ako se uviđaj vrši u nečijem stanu ili prostorijama za koje je utvrđeno da ih određeno lice koristi, tada se pretpostavlja da i pronađeni predmeti od važnosti za krivični postupak pripadaju toj osobi, bilo da je njihov vlasnik ili korisnik.

Međutim, ako uzmemo u obzir da su u praksi češće situacije u kojima nije unaprijed poznato čiji su predmeti pronađeni tokom uviđaja ili ko je njihov korisnik, praktično je pitanje da li i ovi predmeti podliježu obavezi pregleda i privremenog otvaranja od strane tužioca. U tom pogledu, zanimljiv je stav apelacionog vijeća Suda BiH koje u drugostepenoj presudi[4] odlučujući po žalbi optuženih protiv prvostepene presude kojom su oglašeni krivim, istu ukida, iz razloga što u toku istrage nije provedena radnja otvaranja i pregleda predmeta pronađenih tokom uviđaja. U konkretnom slučaju, po obrazloženju Suda, trebalo je otvoriti i pregledati inkriminisanu torbu u kojoj se nalazila

[4] DrugostepenapresudaSudaBiHbroj: S1 2 K 014984 14 Kžk, od 11.12.2014. godine

opojna droga marihuana pronađena tokom uviđaja i koju je u konkretnom pronašao službeni policijski pas, pa se ovdje s pravom postavlja pitanje, da li su u konkretnom slučaju bile ispunjene procesne pretpostavke za poduzimanje radnje otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta, kada su ovi predmeti nađeni tokom uviđaja na licu mjesta, kao zasebne radnje dokazivanja, a pritom nisu bili oduzeti od određenog lica.

4.5. Pronalaženje predmeta prilikom obavljanja kriminalističko-tehničkog pregleda otvorenog ili zatvorenog prostora

Ista je situacija kada se u toku kriminalističke obrade određenog događaja, bilo na licu mjesta izvršenja krivičnog djela, bilo na nekom drugom mjestu poduzme radnja kriminalističko-taktičko-tehničkog pregleda. Iako se radi o kriminalističkoj radnji, o istoj mora biti upoznat tužilac koji nadzire rad policijskih službenika i brine se za zakonitost poduzimanja radnji policijskih službenika. I u ovom slučaju, ukoliko bi se pronašli predmeti koji bi mogli biti u vezi sa krivičnim djelom, nema pretpostavki za poduzimanje procesne radnje otvaranje i pregleda privremeno oduzetih predmeta, jer isti ni u ovom slučaju, kao ni u prethodnom, nisu ni od koga personalno oduzeti.

Pored ovog razloga postoji još razloga iz kojih predmeti pronađeni u ovoj situaciji ne podliježu otvaranju i pregledu.

Prvo, kriminalističko-taktičko-tehnički pregled određenog, bilo otvorenog, bilo zatvorenog prostora je radnja koja se poduzima nakon što je proveden uviđaj kao radnja dokazivanja. Osnov za poduzimanje ove radnje su saznanja do kojih su ovlaštena službena lica došla u toku kriminalističke obrade određenog krivičnog djela i služi prevashodno u cilju provjere tih saznanja, u cilju daljeg traženja tragova i dokaza i nikako se ne mogu smatrati krajnje pouzdanim.

Drugo, kada se radi o poduzimanju kriminalističko-taktičko-tehničkog pregleda na licu mjesta izvršenja krivičnog djela na kojem je vršen uviđaj, za naknadno pronađene predmete ne može se tvrditi da potiču ili su u vezi sa krivičnim djelom. Ovo iz razloga što se pretpostavlja da je uviđaj izvršen temeljito na način da su pronađeni i izuzeti svi predmeti koji bi mogli poslužiti kao tragovi ili dokazi o izvršenju krivičnog djela. Postoji mogućnost da bi predmeti od značaja za krivični postupak, mogli na nepoznat način naknadno dospjeti na lice mjesta izvršenja krivičnog djela, te bi se za iste moglo smatrati da su zloupotrebljeni u smislu podmetanja. Iz tog razloga, da li potiču ili ne potiču iz krivičnog djela, te da li imaju značaja za krivični postupak, treba utvrđivati svim drugim raspoloživim dokazima. Ukoliko se ukaže da ne potiču

iz krivičnog djela i da za krivični postupak nemaju nikakvog značaja, takve predmete momentalno treba izdvojiti i odstraniti, kako se sa njima ne bi na bilo koji način postupalo.

Treće, kriminalističko-taktičko-tehnički pregled može biti poduzet i na drugom mjestu koje ne predstavlja lice mjesta izvršenja krivičnog djela. U tom slučaju pogotovo treba biti oprezan sa pronađenim predmetima i niu kojem slučaju se ne može u momentu njihovog pronalaska apriori smatrati, a pogotovo ne tvrditi da pripadaju nekoj određenoj osobi. Isti se mogu upotrijebiti u daljem postupku, uz obavezu da se u svim opisanim situacijama, pa i u ovoj, nastoji i utvrditi ko je i po kom osnovu njihov vlasnik, ili korisnik. Zaista, više nego je očito da u opisanim situacijama, ne samo da ne postoje određujući uslovi za poduzimanje krivično-procesne radnje koju stručno obrađujemo, nego je sasvim neizvjesno da li će se ti uslovi uopšte ikada stvoriti. Dakle, provođenju predmetne krivično-procesne radnje u ovakvim situacijama zaista nema mjesta.

U ovom dijelu izlaganja iznijeli smo argumentaciju o nepotrebnosti provođenja procesne radnje otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije, čija bi suština bila u tome, da je radnja privremenog oduzimanja poduzeta na propisan način i ako su u potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta jasno navedeni svi identifikacioni elementi, a naručito:

- podaci koji čine identitet predmeta, i koji su učinjeni nespornim od strane osobe od koje se predmet oduzima i koje je službena osoba koja oduzima predmet vjerno unijela ove podatke u potvrdu i
- da je osoba od koje se predmet oduzima prisutna radnji privremenog oduzimanja predmeta, da je upoznata sa sadržajem potvrde o privremenom oduzimanju koju sačinjava službeno lice, da nema primjedbi na način provođenja radnje privremenog oduzimanja predmeta, da je stavila svoj potpis na potvrdu i da joj je po završetku radnje uručen primjerak potvrde o privremenom oduzimanju predmeta i eventualno zapisnika o pretresanju.

U tom slučaju svaka naknadna provjera nepotrebna i za tužioca predstavlja opterećenje u poslu, u vidu nepotrebnog produženja istrage, kao faze krivičnog postupka.

Ako je postupljeno na opisan način, time je u svakom slučaju spriječeno kršenje ljudskih prava u vidu zloupotrebe oduzetih predmeta. Nakon ovakvog propisanog postupanja, ne postoje nikakve prepreke da se sa oduzetim predmetima postupa dalje, da se isti vještače, prepoznavaju ili bilo šta što je u datom momentu potrebno.

Naravno, naša obaveza je da bezrezervno poštujemo i primjenjujemo važeće krivično-procesne zakone, koji nam nalažu da nakon svakog

privremenog oduzimanja predmeta, poduzimamo radnju otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta.

5. Potreba primjene krivično-procesnog instituta otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije

Za razliku od prethodno opisanih situacija u kojima se primjena ovog instituta čini suvišnom, važno je pomenuti da je u svim ostalim situacijama njegovo provođenje nužno, kako sa aspekta zaštite ljudskih prava i sloboda, tako i sa aspekta kvaliteta i povjerljivosti podataka koje određeni predmeti i dokumentacija mogu sadržavati.

Radnju otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta trebalo bi prevashodno ograničiti na sve situacije kada privremeno oduzeti predmeti nisu bili identifikovani prilikom samog oduzimanja, a to su situacije kada npr. popis privremeno oduzetih predmeta nije bio moguć i kada su takvi predmeti samo stavljeni u omot i zapečaćeni, zatim kada osoba od koje su predmeti oduzeti nije bila prisutna prilikom pretresa ili u posebnim situacijama privremenog oduzimanja predmeta kao npr. privremeno oduzimanja pisama telegrama, telegrama i drugih pošiljki, privremenog oduzimanja finansijskih sredstava u vezi sa naredbom banci ili drugoj pravnoj osobi, itd.

Imajući u vidu navedeno, ovdje će se napraviti kratak osvrt na pojedine situacije, upravo zbog njihovih spečifisnosti.

Oduzimanje pisama telegrama i drugih pošiljki po Naredbi tužioca ili suda po našem mišljenju predstavlja zadiranje u suštinska prava osobe od koje se te pošiljke oduzimaju. Tačnije rečeno, radi se o zadiranju u osnovna ljudska prava, koja su zaštićena, kako međunarodnim aktima o zaštiti ljudskih prava, tako i Ustavima BiH, krivičnim i krivično-procesnim zakonima BiH. Suština provođenja ove krivičnoprocesne radnje je u tome što osoba čije pošiljke ili telegrami oduzimaju ne mora znati da se u odnosu na nju provodi predmetna procesna radnja, budući da se te pošiljke mogu oduzeti prije nego što dođu u posjed osobe od koje se oduzimaju. Iz tog razloga je neophodno da se ta osoba upozna sa činjenicom oduzimanja njenih pošiljki kako bi svako dalje postupanje sa istim bilo zakonito. Upoznavanje osobe sa navedenom činejnicom jedino je moguće njenim službenim pozivanjem u tužilaštvo i u njenom prisustvu vršenjem otvaranja i pregleda pošiljki koje su oduzete. Pozivanje osobe u konkretnoj situaciji je imperativnog karaktera sa naznakom razloga pozivanja, pa ukoliko se osoba ne odazove pozivu, a dolazak ne opravda to ne predstavlja formalnu prepreku da se radnja otvaranja i pregleda privremeno oduzetih pošiljki ne provede, međutim, mišljenja smo da bi u tom

slučaju osobu trebalo obavjestiti pisanim putem o provedenoj krivičnoprocesnoj radnji, navodeći u obavještenju koja vrsta pošiljki je pribavljena i istovremeno otvorena i pregledana. Na ovakav način izbjegle bi se i najmanje sumnje u ispravnost postupanja, prije svega tužioca sa predmetnim oduzetim pošiljkama.

Naredba banci ili drugoj pravnoj osobi, takođe predstavlja privremeno oduzimanje predmeta u kojoj je moguće postojanje povjerljivih podataka koji su od značaja za poslovanje finansijske institucije ili druge pravne osobe. To je razlog da u ovoj situaciji kao i u prethodno opisanoj treba postupati oprezno, vodeći računa da sadržaj te dokumentacije ne saznaju neovlaštene osobe. I u ovoj situacije postoji mogućnost da osobe koje zastupaju banku ili drugu pravnu osobu ne znaju pouzdano koja dokumentacija je oduzeta pa je potrebno izvršiti naknadnu provjeru. Ta naknadna provjera nije ništa drugo nego pozivanje ovlaštenih osoba banke ili druge pravne osobe, i prezentovanje tim osobama dokumentacije koja je privremeno oduzeta, a sve u cilju provjere njene istovjetnosti. Naknadna provjera istovjetnosti poslovne dokumetacije posebno je potrebna u situacijama kada nije postojala mogućnost njenog popisivanja.

Imajući u vidu navedeno, očigledan je značaj procesne radnje pregleda i otvaranja privremeno oduzetih predmeta, ne samo zato što to nalaže imperativna norma, već iz razloga što je ova radnja značajna sa aspekta zaštite prava lica koja učestvuju u krivičnom postupku.

Nesumnjivo da je i intencija zakonodavca bila u tome da se obezbjedi identifikacija i istovjetnost privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije koja će kasnije biti korištena u krivičnom postupku kao dokaz i sprečavanje eventualnih zloupotreba, međutim ovakva odredba je postavljena preširoko i predstavlja praktičan problem u praksi i regulisanju tog pitanja bi se trebalo pozabaviti u narednim eventalnim izmjenama krivičnoprocesnog zakona u Bosni i Hercegovini.