

Novine u jurisprudenciji Suda Bosne i Hercegovine

Pripremila: Emira Hodžić, Sud Bosne i Hercegovine

U predmetima koji se vode pred Sudom Bosne i Hercegovine svakodnevno se razmatra praksa Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) u vezi sa širokim dijapazonom pravnih pitanja. Za ovaj broj *Pravne hronike* odabrane su interesantne presude Suda BiH koje su postale pravosnažne u periodu od decembra 2016. godine do kraja juna 2017. godine.

Pored neizostavnog člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP; Konvencija) u postupcima pred Sudom razmatrana je i praksa ESLJP-a u pogledu člana 4 Protokola broj 7 Konvencije. Nadalje, član 3 Konvencije je u praksi Suda važan sa aspekta utvrđivanja standarda mučenja i nečovječnog postupanja u predmetima ratnih zločina. U predmetima organizovanog kriminala i dalje je aktuelno pitanje zakonitosti naredbi za izdavanje posebnih istražnih radnji u kontekstu odluke ESLJP-a u predmetu Dragojević protiv Hrvatske. U okviru upravnog referata u postupcima prema strancima značajna je primjena člana 5 Konvencije.

Član 3 EKLJP

Predmet broj S1 1 016205 14 Kri

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 1 016205 14 Kri od 26.09.2016. godine, optuženi je oglasen krivim da je počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 stav 1 u vezi sa članom 22 KZ SFRJ, te mu je izrečena kazna zatvora u trajanju od četiri godine.

Protiv navedene presude, žalbu je izjavio branilac optuženog zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivičnopravnoj sankciji.

Odluka

Analizirajući žalbene navode odbrane, Apelaciono vijeće Suda BiH je iste odbilo i presudom broj S1 1 016205 16 Krž od 12.01.2017. godine potvrdilo prvostepenu presudu u cijelosti.

Imajući u vidu da je apelaciono vijeće u cijelosti potvrdilo stavove i zaključke sudećeg vijeća koji su izneseni u prvostepenoj presudi, za potrebe *Pravne hronike* dat je prikaz prvostepene presude u kojoj je detaljno obrazložena primjena člana 3 Konvencije.

Prvostepeno vijeće je optuženog oglasilo krivim da je postupao protivno pravilima međunarodnog humanitarnog prava, kršeći odredbe zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija od 12.08.1949. godine, tako što je zajedno sa drugim vojnicima namjerno nanosio tešku fizičku bol civilima koji su bili zatvoreni.

Na osnovu provedenih dokaza Sud je utvrdio da radnje optuženog koje je poduzimao prema civilima dosežu intenzitet odnosno jačinu povrede koje se mogu kvalifikovati kao mučenje. Obzirom

da Krivični zakon SFRJ nije dao definiciju mučenja vijeće se prilikom definisanja pojma mučenja pozvalo na relevantnu praksu međunarodnih krivičnih sudova, kao i član 3 EKLJP koji propisuje da:

„*Niko ne smije biti podvrgnut mučenju, ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju*“. Prilikom utvrđivanja standarda koje je zauzeo ESLJP-a po pitanju koji nivo zlostavljanja predstavlja mučenje vijeće se pozvalo na predmet *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva u kojem se navodi da:*“ *Ocjena ovog minimuma je po prirodi stvari relativna i zavisi od svih okolnosti predmeta, kao što su trajanje takvog postupanja, njegove fizičke i duševne posljedice i u nekim slučajevima, pol, godine starosti i zdravstveno stanje žrtve*”.

Prilikom razmatranja ovog pitanja Sud je imao u vidu i praksu ESLJP-a u predmetima: *A protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Lorse i drugi protiv Holandije i Tomasi protiv Francuske*.

Član 4 Protokola 7 EKLJP

Predmet broj S1 1 K 019816 17 Krž

Činjenice i apelacioni navodi

Prvostepenom presudom ovog Suda broj S1 1 K 019816 16 Krl od 09.12.2016. godine, optuženi je oglašen krivim da je počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 KZ SFRJ, pa ga je prvostepeno vijeće na osnovu odredbi članova 38 i 41 KZ SFRJ osudilo na kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) godina. Protiv ove presude žalbu je izjavio branilac optuženog zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o krivičnopravnoj sankciji, kao i sam optuženi.

Odluka

Analizirajući žalbene navode odbrane apelaciono vijeće Suda BiH je iste odbilo i potvrdilo prvostepenu presudu u cijelosti. U ovom predmetu dat je prikaz iz drugostepene presude S1 1 K 019816 17 Krž od 18.05.2017. godine obzirom da je apelaciono vijeće razmatralo pitanje *res iduicata*, odnosno zabranu dvostruke kažnjivosti kroz praksu ESLJP-a. Pri razmatranju ovog pitanja Sud je imao u vidu praksu ESLJP-a u predmetima *Gradinger protiv Austrije, Oliviera protiv Švicarske, Fisher protiv Austrije i Zolotukhin protiv Rusije*. U konkretnom slučaju Sud je upoređivao činjenični opis djela za koje je optuženi oslobođen optužbe u predmetu broj S 1 1 K 016706 od 31.12.2015. godine, a koja je potvrđena presudom apelacionog vijeća Suda BiH broj S1 1 K 016 706 Krž 10 od 23.05.2016. godine sa činjeničnim opisom koji se optužnicom optuženom stavlja na teret u ovom predmetu, za koje je oglašen krivim, te je apelaciono vijeće potvrdilo stav prvostepenog vijeća da se ne radi o identičnom ili bitno istom činjeničnom opisu događaja. Vijeće je utvrdilo da stoji tvrdnja odbrane da se radi o događaju iz istog dana, na približno istoj lokaciji, gdje je optuženi postupao u istom svojstvu, ali je u ovom predmetu riječ o ponašanju optuženog prema drugoj oštećenj, koja nije ni bila obuhvaćena ranijom optužnicom, te mu po stavu prvostepenog i apelacionog vijeća Suda BiH ranije za to nije ni suđeno. Stoga je Sud utvrdio da nema povrede člana 4 protokola 7 EKLJP-a.

U postupcima koji se vode pred Sudom BiH uslijed podizanja više optužnice za jedno lice u različitim vremenskim periodima, branioci pred Sud postavljaju pitanje da li se u takvim slučajevima radi o *res iudicata*. Sud BiH cijeni svaki slučaj *in concreto*.

Član 5 EKLJP

Predmet broj S1 3 U 024247 17 U

Činjenice i tužbeni navodi

Ministarstvo sigurnosti donijelo je rješenje kojim se odbija žalba državljanina Kube protiv rješenja Službe za poslove sa strancima kojim je određena mjera nadzora tužitelju smještajem u ustanovu za prihvatanje stranaca dok se ne stvore uslovi za izvršenje rješenja o protjerivanju. Mjera je određena zbog postojanja sumnje u istinitost navoda o njegovom identitetu te iz razloga što bi nakon donošenja rješenja o protjerivanju stranac slobodnim i neograničenim kretanjem, mogao ugroziti javni poredak, javni red i mir, kao i pobjeći.

Protiv ovog rješenja tužbom pokrenut je upravni spor protiv ministarstva koje je donijelo drugostepeno rješenje.

Odluka

Vijeće za upravne sporove Suda BiH uvažilo je tužbu te ukinulo rješenje ministarstva sigurnosti i prvostepeno rješenje službe za poslove sa strancima te predmet vratilo prvostepenom organu na ponovno rješavanje. Vijeće je prilikom razmatranja tužbe utvrdilo povredu člana 5 EKLJP-a, te je ocijenilo da u konkretnom predmetu postoje propusti prvostepenog organa kod utvrđivanja odlučnih činjenica obzirom da nije utvrđen koji je status tužitelja što predstavlja i odlučnu činjenicu u predmetu. U konkretnom slučaju, tužiteljev početni status u BiH je cijenjen kao status potencijalne žrtve trgovine ljudima, te su zbog toga poduzete radnje u cilju njegovog smještavanja u sigurnu kuću. U daljem toku postupka, prvostepeni organ je tužitelju oduzeo status potencijalne žrtve trgovine ljudima i na njega primijenio odredbe Zakona o strancima, koje se odnose na stranca koji nelegalno boravi na teritoriji BiH. Primjenjujući odredbe navedenog zakona prvostepeni organ je donio rješenje o njegovom protjerivanju i stavljanju pod nadzor. Vijeće za upravne sporove utvrdilo je da iz dokaza u spisu proizlazi da prvostepeni organ nije utvrdio ključne činjenice od kojih zavisi osnovanost izrečene mjere nadzora, kao ni činjenice koje se vežu za eventualni gubitak prethodnog statusa potencijalne žrtve trgovine ljudima. Vijeće za upravne sporove se s tim u vezi pozvalo i na član 60 Zakona o strancima, kao i odredbe Pravilnika o zaštiti stranaca žrtava trgovine ljudima, kojim je propisano da je za potencijalnu žrtvu trgovine ljudima, dovoljno da postoji osnov sumnje da se radi o žrtvi trgovine ljudima i da u tom slučaju stranac uživa zaštitu i ne može biti kažnjavao zbog nelegalnog ulaska i boravka u zemlji.

Vijeće za upravne sporove je iz navedenih razloga utvrdilo povredu člana 5 Konvencije navodeći da stvarna svrha i sadržaj odredbe člana 5 Konvencije leži upravo u tome da se da zaštita pojedincu protiv proizvoljnog lišenja slobode. Zbog navedenog, postoji teret dokazivanja na organima koji su lišili neku osobu slobode. Ovo se odnosi na obavezu upravnih organa ne samo da ustanove da ovlaštenja na osnovu kojih su neku osobu lišili slobode ulaze pod koncept zakonitog lišenja slobode, nego i da se korištenje tih ovlaštenja može primijeniti na konkretan slučaj. Ispitujući uslove zakonitosti, pravičnosti i ispravnosti lišenja slobode Sud je zauzeo stav da *“hapšenje ili pritvor lica koja su žrtve trgovine ljudima, može izgledati paradoksalno, imajući u vidu pojam žrtve trgovine ljudima i u slučaju kada je osnova za pritvor sprečavanje nezakonitog ulaska u zemlju ili pritvor protiv lica, protiv kojeg se vodi postupak u cilju protjerivanja ili izručenja”*. U ovakvim slučajevima država mora imati u vidu da su žrtve trgovine ljudima, žrtve ozbiljnih zloupotreba ljudskih prava, te će njihova prava štititi bez obzira na njihov neregularni imigracioni status, što znači da nadležni organi u postupcima postupanja prema potencijalnim žrtvama ili već identificiranim žrtvama, moraju postupati sa dužnom

pažnjom i provoditi postupak poštujući sve međunarodne i regionalne standarde u oblasti trgovine ljudima, te postupati u svjetlu Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

Vijeće za upravne sporove Suda BiH je i u predmetu **broj S1 3 U 025582 17** također utvrdilo povredu člana 5 Konvencije jer je organ koji je odlučivao o mjeri zabrane kretanja u osporenom rješenju nije dao valjanu argumentaciju i razloge za činjenicu da je tužitelj osoba u odnosu na koju je neophodno produžiti mjeru ograničenja kretanja u vrijeme dok se rješava o njegovom statusu tražitelja međunarodne zaštite, a posebno što ograničenje kretanja tražitelja međunarodne zaštite zahtijeva prioritarno postupanje, te da trajanje ograničenja slobode kretanja mora biti svedeno na najkraće nužno vrijeme.

Vijeće je tumačeći odredbe Zakona o azilu istaklo da su mjere ograničenja kretanja prema članu 66 stav 3 Zakona o azilu, alternativnog, a ne obligatornog karaktera. Ova mjera kao takva mora biti utemeljena na dokazanim činjenicama te obrazložena kao neophodna i nužna, što posebno zahtijeva dužnu pažnju organa kada izriču mjeru o produženju ograničenja kretanja, kao alternativnu mjeru. U konkretnom slučaju iz podataka u spisu proizlazi da tuženi pri donošenju navedene mjere nije ispitivao nužnost i neophodnost iste, s aspekta lišenja slobode niti je razmatrao mogućnost izricanja blaže mjera. Nadalje, tužitelj je zahtjev za azil podnio dana 21.03.2017. godine, kada mu je izrečena mjera ograničenja kretanja, dok se po zahtjevu ne odluči. Po mišljenju vijeća tuženi organ je morao o zahtjevu odlučiti bez odlaganja, posebno imajući u vidu odredbu člana 29 stav 3 Zakona o azilu, kojom je propisano da će tuženi prioritarno postupati s tražiteljima azila kojima je ograničeno kretanje, a što zahtijeva i član 5 Konvencije koji propisuje da lišenje slobode mora biti svedeno na najkraće moguće vrijeme.

Član 6 EKLJP

Predmet broj S1 1 K 009910 15 Kri

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Suda BiH broj S1 1 K 009910 15 Kri od 23.12.2016. godine optuženi je oslobođen od optužbe da je počinio krivično djelo Zločini protiv čovječnosti iz člana 172 KZ BiH. Protiv prvostepene presude Tužilaštvo BiH je uložilo žalbu zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka i pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Odluka

Analizirajući žalbene navode tužilaštva, apelaciono vijeće Suda BiH je iste odbilo i potvrdilo prvostepenu presudu u cijelosti.

Jedno od pitanja koje je odbrana osporavala u toku postupka jeste prihvatanje činjenica kao utvrđenih iz drugih predmeta. Prvostepeno vijeće je u toku prvostepenog postupka prihvatilo činjenice utvrđene u pravosnažnoj presudi u predmetu MKSJ-a *Tužilac protiv Momčila Krajišnika* (IT-00-39-T) kao dokazane. Član 4 Zakona o ustupanju daje mogućnost Sudu da iskoristi ranije utvrđene činjenice pravomoćnim odlukama MKSJ u cilju ekonomičnosti postupka istovremeno štiteći prava optuženog na pravično suđenje. Pretresno vijeće je, jednako kao i druga vijeća Suda BiH, stanovišta da se odredbe spomenutog zakona tumače kao *lex specialis* u odnosu na odredbe članova 15 i 273 Zakona o krivičnom postupku BiH koje propisuju načelo slobodne ocjene dokaza i neposrednog izvođenja dokaza. Nadalje, vijeće je istaklo da odredbe ZKP BiH kao i član 6 stav 3 tačka d) Konvencije omogućavaju optuženom da osporava bilo koju utvrđenu činjenicu koju je prihvatio Sud

uključujući i činjenice koje su prihvaćene u skladu sa zakonom o ustupanju predmeta. Na taj način je zadovoljen princip pravičnosti i jednakosti u postupanju. Relevantna sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava podržava ovakav pristup, ali pod uslovom da se optuženom pruži mogućnost osporavanja prihvaćenih činjenica. Presuda Evropskog suda za ljudska prava na koju se vijeće pozvalo je u predmetu *Salabiaku protiv Francuske*.

Predmet broj S1 2 K 014960 17 Kž3

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Suda BiH broj: S1 2 K 014960 14 K od 07.10.2016. godine optuženi su oglašeni krivim da su počinili krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 250 stavovi 2 i 3 KZ BiH, u vezi sa krivičnim djelom Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 1 KZ BiH, te su im izrečene kazne zatvora u trajanju od sedam odnosno pet godina. Protiv prvostepene presude žalbu su podnijeli branioci optuženih i Tužilaštvo BiH.

Odluka

Odlučujući o žalbama branioca i Tužilaštva apelaciono vijeće Suda BiH je odbilo žalbe kao neosnovane i potvrdilo prvostepenu presudu. Apelaciono vijeće je između ostalog razmatralo prigovor odbrane o navodnoj povredi člana 6 stav 3 tačka d) EKLJP-a, zbog odstupanja od redovnog toka ispitivanja nedostupnog svjedoka, koje se provelo čitanjem iskaza tog svjedoka danog u ranijem toku postupka. Sud je zaključio da imajući u vidu da svjedok nije neposredno ispitan na glavnom pretresu, presuda ne smije biti u odlučujućoj mjeri zasnovana na iskazima nedostupnih, odnosno anonimnih svjedoka čiji se iskazi čitaju na glavnom pretresu, obzirom da se odbrani uskraćuje pravo da neposredno ispita takve svjedoke. U praksi ESLJP-a dopuštena su određena ograničenja prava na pravičan postupak, pa tako i prava optuženog da ispituje svjedoke optužbe. Pritom, treba poći od temeljne pretpostavke, odnosno od pravila da „svaka mjera kojom se ograničavaju prava odbrane mora biti apsolutno nužna“. Tako su izuzeci od konfrontacijskog prava optuženog dopušteni u slučajevima „odsutnih svjedoka“, koji su dali iskaz tokom prethodnog postupka, a nisu mogli doći na raspravu zbog objektivnih razloga za koje ne može biti odgovorna država, kao što su npr. smrt svjedoka, duševna bolest ili nemogućnost pronalaska ili nedostupnost svjedoka. Dakle, izvođenje dokaza čitanjem iskaza svjedoka na glavnom pretresu, na način propisan zakonom, nije samo po sebi kršenje prava na pravično suđenje, ukoliko se presuda ne zasniva isključivo na tim iskazima, već i na drugim dokazima, što je u konkretnom predmetu i bio slučaj. Zbog toga je apelaciono vijeće zaključilo da nije narušen princip prava na pravično suđenje, niti načelo kontradiktornosti ako je na glavnom pretresu pročitano svjedočenje jednog od svjedoka koji nije neposredno saslušan, a svi drugi dokazi i činjenice ukazuju na to da su optužena lica, izvršila predmetna krivična djela i da su krivično odgovorna, te da navedeno postupanje prvostepenog suda **ne predstavlja kršenje** odredbe člana 6 stav 3 tačka d) Konvencije. Presuda ESLJP-a na koju se pozvalo apelaciono vijeće je *Van Mechelen i dr. protiv Holandije*.

Član 8 EKLJP

Predmet broj S1 2 K 019353 17 Kž

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 2 K 019353 15 K od 20.10.2016. godine optuženi su na osnovu člana 284 tačka c) ZKP BiH, oslobođeni od optužbe da su počinili krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 250 stavovi 3 i 4 KZ BiH, u vezi sa krivičnim djelima Krijumčarenje iz člana 214 stav

2 KZ BiH i Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 220 stav 1 KZ BiH. Protiv navedene presude žalbu je izjavilo Tužilaštvo Bosne i Hercegovine zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz člana.

Odluka

Analizirajući žalbu Tužilaštva BiH Apelaciono vijeće Suda BiH je odbilo žalbene navode i potvrdilo prvostepenu presudu. Jedno od glavnih pitanja koje je razmatrano u ovom predmetu jeste tumačenje odredaba člana 8 EKLJP-a u pogledu proglašenja nezakonitim naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji od strane prvostepenog vijeća. Tužilaštvo je u žalbi na prvostepenu presudu isticalo da je prvostepeno vijeće svoj zaključak o nezakonitosti naredbi o primjeni posebnih istražnih radnji zasnovalo na osnovu pogrešne primjene navedene odredbe konvencije, kao i odredaba Zakona o krivičnom postupku. Žalbom se ukazivalo da je prvostepeni sud izveo pogrešan zaključak u odnosu na proglašenje nezakonitim dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama samo zbog činjenice da su posebne istražne radnje provedene na osnovu predmetnih manjkavih naredbi ovog suda. Tužilac je isticao da prvostepeni sud formalno tumačio zakonske odredbe, te zanemario suštinu odredbi članova 8 stav 2 EKLJP-a i člana 121 ZKP BiH. U tom smislu, žalbom se ukazivalo da je u konkretnom slučaju „temeljem odredbe člana 8 stav 2 EKLJP-a, opravdana primjena posebnih istražnih radnji protiv optuženih, budući da su navedene mjere primijenjene zbog otkrivanja i sprečavanja vršenja krivičnih djela organizovanog kriminala u vezi sa krivičnim djelom privrednog i koruptivnog kriminala, tj. da su navedene mjere i preduzete radi sprečavanja nereda i zločina i radi zaštite javnog interesa, prava, sloboda i zdravlja građana BiH.“^[7] Žalbom se nadalje isticalo da u prvostepenoj presudi nije dovoljno ukazano u čemu se ogleda povreda prava na privatni život iz člana 8 EKLJP-a. Tužilac je također smatrao da je stav ESLJP-a u predmetu *Dragojević protiv R. Hrvatske* na koje se pozvao prvostepeni sud suprotan stavu u pobijanoj presudi. Apelaciono vijeće nije prihvatilo žalbene navode Tužilaštva. Vijeće je prije svega utvrdilo da izdate naredbe Suda o primjeni posebnih istražnih radnji u odnosu na relevantne odredbe ZKP BiH ne sadrže ni minimum obrazloženja u pogledu osnova sumnje zbog kojih se izdaju prema osumnjičenim licima, niti su u istima obrazloženi razlozi koji bi opravdavali tvrdnju da se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, odnosno da bi pribavljanje dokaza bilo povezano s nerazmjernim teškoćama. Apelaciono vijeće je našlo da takav postupak nije u skladu sa odredbama ZKP BiH, a utemeljenje stava o nužnosti obrazloženja ispunjenja zakonom određenih uslova nalazi upravo u praksi ESLJP-a u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*. Zbog izostanka valjanog obrazloženja i retroaktivnog davanja razloga u spomenutom predmetu utvrđena je povreda člana 8 EKLJP-a. U predmetu *Dragojević* podnosiocu predstavke je utvrđena povreda člana 8 EKLJP-a, imajući u vidu da, kao i u konkretnom slučaju, naredbe kojima su određene posebne istražne radnje prema osumnjičenima, nisu sadržavale dovoljno konkretizacije u pogledu činjenične osnove i dokaza na osnovu kojih je sud utvrdio postojanje osnova sumnje, a zbog kojih bi bilo osnovano izdati takve naredbe. Apelaciono vijeće je naglasilo da neophodnost primjene ovog stava ESLJP-a proizlazi i iz činjenice da je ESLJP-a vrhovni autoritet i tumač odredaba EKLJP-a, koja Konvencija se, shodno odredbi člana II stav 2 Ustava BiH, direktno primjenjuje u BiH i ima prioritet nad svim ostalim zakonima.

Ovo stanovište je prihvaćeno i u drugim predmetima koji se vode pred Sudom BiH.

[7] Paragraf 12 presude broj S1 2 K 019353 17 Kž.