

Novine u jurisprudenciji Suda Bosne i Hercegovine

Pripremila: Emira Hodžić, Sud Bosne i Hercegovine

Uvod

Za ovaj broj časopisa *Pravna hronika* dat je prikaz 4 pravosnažne presude Suda Bosne i Hercegovine iz krivične oblasti i jedna odluka Vijeća za upravne sporove iz oblasti javnih nabavki. Odluke su donesene u drugoj polovini 2018. godine.

U okviru krivičnih presuda dat je kratki prikaz drugostepene presude Odjela I u kojoj je Apelaciono vijeće prije analize ispunjenosti pojedinačne inkriminacije u osnovi zločina izložilo standarde za utvrđenje nečovječnog postupanja kroz prikaz prakse Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i Evropskog suda za ljudska prava (ESLjP). Predmet je interesantan iz razloga što domaće zakonodavstvo ne daje definiciju nečovječnog postupanja, te je Apelaciono vijeće Suda BiH kroz uporednu praksu utvrdilo standarde koji su potom primjenjeni na konkretan slučaj o kojem je odlučivalo.

U ostalim odlukama iz krivične oblasti koje su obrađene u ovom broju i dalje je fokus na procesnim pitanjima na koja su ukazivali branioci u žalbenim postupcima.

Kada je u pitanju odluka iz upravne oblasti, izabrana je odluka koja se odnosi na postupak javnih nabavki. Sudsko vijeće za upravne sporove je u ovom predmetu poentiralo važnost principa jednakog tretmana kroz tumačenje odredbe člana 2 Zakona o javnim nabavkama.

Predmet broj: S1 1 K 021173 18 Kžk – Zabrana mučenja i nečovječnog postupanja (član 3 EKLjP-a)

Činjenični opis

Optužnicom Tužilaštva BiH optuženi su se teretili da su počinili krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173 stav 1 tačka c), u vezi s članovima 180 stavke 1 i 21 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine ^[39].

Odluka

Prvostepenom presudom jedan optuženi je oglašen krivim da je počinio krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 stav 1 KZ-a SFRJ-a, u vezi s članom 22 KZ-a SFRJ-a, pa mu je Sud izrekao kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina i 6 (šest) mjeseci, te ga je, uzimajući kao utvrđenu ranije izrečenu kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina, izrečenu presudom Suda, osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 14 (četnaest) godina. Istom presudom drugooptuženi je oslobođen od optužbe. Odlučujući o žalbama Tužilaštva, prvooptuženog, te punomoćni-

[39] Budući je krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173 KZ-a BiH za koje se tereti optuženi bilo propisano i članom 142 stav 1 KZ-a SFRJ-a, to je slijedom navedenog, te u skladu s praksom Ustavnog suda BiH, u pogledu primjene materijalnog prava bilo nužno primijeniti KZ SFRJ-a kao zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i kao zakon koji je prema stavu Ustavnog suda BiH blaži za optuženog.

ka oštećenih, drugostepenom presudom Apelacionog vijeća Suda, žalbe Tužilaštva i punomoćnika oštećenih u odnosu na osuđujući dio i u odnosu na prvooptuženog odbijene su kao neosnovane, dok je žalba braniteljice prvooptuženog djelimično uvažena, pa je prvostepena presuda preinačena u osuđujućem dijelu i to u dijelu odluke o kazni, te je optuženi osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 12 (dvanaest) godina. Istovremeno, ovom presudom je uvažena žalba Tužilaštva u odnosu na oslobađajući dio i u odnosu na drugooptuženog, te je prvostepena presuda ukinuta u oslobađajućem dijelu i u tom dijelu je određeno održavanje pretresa pred Apelacionim vijećem, te je po okončanom pretresu drugooptuženi osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 2 (dvije) godine. Trećestepenom presudom Apelacionog vijeća odbijena je žalba odbrane optuženog i potvrđena drugostepena presuda.

Apelaciono vijeće Suda Bosne i Hercegovine je u ovom predmetu prije analize ispunjenosti pojedinačne inkriminacije u osnovi zločina analiziralo standarde za utvrđenje nečovječnog postupanja, imajući u vidu da se ovaj vid počinjenja djela stavljao na teret optuženom. Budući da Krivični zakon SFRJ-a u članu 142 stav 1 koji je Vijeće primjenilo kao materijalni zakon ne definiše pojam nečovječnog postupanja, Apelaciono vijeće je primjenilo standarde date u presudama MKSJ-a. Pored toga, Vijeće je analiziralo i praksu ESLjP-a u kontekstu člana 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLjP). U tom smislu, Apelaciono vijeće Suda BiH se pozvalo na standarde nečovječnog postupanja izražene u predmetu *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.^[40]

ESLjP je u pomenutom predmetu iznio standard o „minimalnom nivou težine“ da bi radnje bile okarakterisane kao nečovječno postupanje. Prema ocjeni ESLjP-a ocjena minimuma zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog predmeta, kao što su: „*trajanje takvog postupanja, njegove fizičke i duševne posljedice i, u nekim slučajevima, pol, godine starosti i zdravstveno stanje žrtve*“^[41].

U ovoj presudi Suda BiH dat je također i prikaz standarda nečovječnog postupanja iz predmeta *Tomasi protiv Francuske*^[42]. U tom predmetu ESLjP je zaključio da udarci koje je zadobio podnosilac žalbe, kao i njihov intenzitet predstavljaju dva elementa koja su dovoljno ozbiljna da se takvo postupanje smatra nečovječnim i ponižavajućim. Apelaciono vijeće Suda BiH se također referisalo i na predmete *Lorse i drugi protiv Holandije*^[43] i *Bouyid protiv Belgije*. U predmetu *Bouyid protiv Belgije* Sud je razmatrao minimalni prag ozbiljnosti koji mora biti dosegnut da bi postupanje policijskih službenika moglo biti kvalifikovano kao mučenje, nečovječno ili ponižavajuće ponašanje^[44].

U ovom segmentu postoji i praksa Komisije za ljudska prava u predmetima *Soriano de Bouton protiv Urugvaja* (Br. 37/1978), *Leslie protiv Jamajke* (Br. 564/1993, stav 9.2) i *Bailey protiv Jamajke* (Br. 759/1997, stav 9.3.).

Dovodeći u vezu okolnosti predmeta Suda BiH i standarda iz pomenutih presuda Apelaciono vijeće je utvrdilo da se nečovječno postupanje može okarakterisati kao *namjerna radnja ili propust, to jest, radnja koja je, objektivno sudeći, namjerna a ne slučajna, koja uzrokuje tešku duševnu ili fizičku patnju ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo ili povrede tjelesnog integriteta*.

[40] *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Presuda, Žalba br. 5310/71, 18.01.1978. godine, stav 162.

[41] Ibid; Paragraf 94 presude Apelacionog vijeća Suda BiH broj S1 1 K 021173 18 Kžk.

[42] *Tomasi protiv Francuske*, 13 EHRR 1, 1993, stav 115.

[43] *Lorse i drugi protiv Holandije*, Presuda, Žalba br. 52750/99, 04.05.2003. godine, stav 60.

[44] *Bouyid protiv Belgije*, Zahtjev br. 23380/09, Presuda Velikog vijeća od 28. rujna 2015. godine, st. 105-107.

Predmet broj: S1 2 K 027779 18 KŽ – Zakonitost dokaza (član 6 EKLjP-a) u vezi s Pravom na privatnost (član 8 EKLjP-a)

Činjenični opis

Optužnicom Tužilaštva optuženi su se teretili da su počinili krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 250 stav 2 KZ-a BiH, u vezi s krivičnim djelom Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 1 istog zakona.

Odluka

Prvostepenom presudom optuženi su oslobođeni od optužbe da su radnjama opisanim u izreci presude počinili krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 250 stav 2 KZ-a BiH, u vezi s krivičnim djelom Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 1 KZ-a BiH, te članom 54 KZ-a BiH. Odlučujući o žalbi Tužilaštva, Apelaciono vijeće Suda je odbilo žalbu kao neosnovanu i potvrdilo prvostepenu presudu.

Odlučujući o žalbi Tužilaštva, Apelaciono vijeće Suda BiH je potvrdilo stav prvostepenog vijeća o nezakonitosti pribavljenih dokaza u ovom predmetu, a imajući u vidu da je u konkretnom slučaju utvrđeno da naredbe o provođenju posebnih istražnih radnji nisu sačinjene u skladu s odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH.

Apelaciono vijeće je nakon izvršenog uvida u izdate naredbe Suda utvrdilo da iste ne sadrže potrebno obrazloženje iz člana 116 stav 1 ZKP-a BiH u pogledu postojanja osnova sumnje zbog kojih se izdaju prema osumnjičenim licima, niti su u istima obrazloženi razlozi koji bi opravdali tvrdnju da se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, odnosno da bi pribavljanje dokaza bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama, iz kojeg razloga se nisu mogli ni koristiti u skladu s odredbama člana 122 ZKP-a BiH.

Sud je i u ovom predmetu slijedio stavove apelacionih vijeća Suda BiH iznesene u skorijoj praksi nakon što je donesena odluka ESLjP-a u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, o kojem je bilo riječi u ranijim izdanjima *Pravne hronike*. U vezi s navedenim, Vijeće je istaklo da se odredbe o tome da naredba mora sadržavati iste podatke kao i prijedlog tužioca ne odnose samo na elemente naredbe koji se odnose na podatke (imena lica prema kojima se predlažu posebne istražne radnje, vrsta radnji, način provođenja, obim i trajanje radnji), već se podaci odnose i na činjenice koje ukazuju na postojanje uslova kojima bi se opravdala primjena posebnih istražnih radnji.

Navode žalbe da je uloga suda u istražnom postupku da vrši kontrolu zakonitosti radnji koje preduzima tužilac Vijeće je smatralo neosnovanim smatrajući da je obaveza suda navesti u naredbama koje izdaje i razloge na osnovu kojih je zaključio da su ispunjeni propisani uslovi za njihovo izdavanje. Suprotno postupanje, prema stavu ovog Vijeća, moglo bi predstavljati izraz samovolje ili zloupotrebe i neopravdano zadiranje u prava zagarantovana članom 8 EKLjP-a.

Predmet broj: S1 2 K 022942 18 KŽ – Zakonitost dokaza (član 6 EKLjP-a) u vezi s Pravom na privatnost (član 8 EKLjP-a)

Činjenični opis

Optužnicom Tužilaštva optuženi su se teretili da su počinili krivično djelo Organizovani kriminal iz člana 250 stav 3 i 4 KZ-a BiH, u vezi s krivičnim djelom Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 3, u vezi sa stavom 1 KZ-a BiH, a sve u vezi sa članom 54 KZ-a BiH.

Odluka

Prvostepenom presudom optuženi su oglašeni krivim da su radnjama opisanim u izreci osuđujućeg dijela presude počinili krivično djelo Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 3, u vezi sa stavom 1 KZ-a BiH, sve u vezi sa članom 29. KZ BiH, te su im izrečene kazne zatvora u trajanju od 2 (dvije) godine, odnosno kazna zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine i 6 (šest) mjeseci. Istom presudom, optuženi su oslobođeni od optužbe da su radnjama opisanim u oslobađajućem dijelu izreke presude počinili krivično djelo Neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 1 KZ-a BiH, u vezi sa članovima 29 i 54 KZ-a BiH. Odlučujući o žalbama Tužilaštva, te odbranama optuženih, Apelaciono vijeće Suda je iste odbilo kao neosnovane i potvrdilo prvostepenu presudu.

U ovom predmetu Apelaciono vijeće je zauzelo identičan stav kao i u prethodnom predmetu budući da naredba za provođenje posebnih istražnih radnji nije sadržavala sve elemente propisane članom 116 stav 1 ZKP-a BiH.

Pored pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih manjakvim naredbama sudije za prethodni postupak, u ovom predmetu se postavilo pitanje prihvatanja dokaza koji su pribavljeni u skladu s odredbama Evropske konvencije o uzajamnoj sudskoj pomoći u krivičnim stvarima, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina. Apelaciono vijeće je donijelo zaključak o prihvatljivosti takvih dokaza imajući u vidu da su isti prikupljeni putem Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima koje je nadležno tužilaštvo države BiH uputilo nadležnom tužilaštvu države moliteljice, a da su radnje provedene u skladu s propisima koji važe u državi moliteljici.

Naime, odbrana je u žalbi isticala prigovor da su u prvostepenoj presudi dokazi koji su pribavljeni u drugoj državi prihvaćeni paušalno kao zakoniti na način da se samo konstatovalo da su pribavljeni u skladu s propisima Republike Slovenije, odnosno na temelju naredbi istražnog sudije Okružnog suda u Celju. Međutim, suprotno navodima odbrane, Vijeće je ocijenilo da se radilo o naredbama izdatim od strane organa druge države i to u skladu s procesnim zakonima i garancijama države u kojoj su dokazi i pribavljeni. U konkretnom slučaju dokazi su pribavljeni u skladu sa zamolnicom za pružanje pravne pomoći koju je Tužilaštvo BiH uputilo Okružnom tužilaštvu u Sloveniji. Nadalje je zaključeno da su u tom postupku u potpunosti ispoštovani domaći i međunarodni akti koji uređuju tu oblast. S druge strane, odbrana nije pružila nijedan dokaz koji bi ukazao na eventualne propuste prilikom pribavljanja dokaza.

U toku postupka pred Sudom BiH odbrani je omogućeno da prisutvuje izvođenju dokaza, da iznese prigovore na dokaze, kao i da predlaže dokaze kojima pobija dokaze tužilaštva, a što prema ocjeni Apelacionog vijeća ukazuje da je prvostepeni sud u dovoljnoj mjeri vodio računa o pravima optuženog na njegovu odbranu u skladu sa članom 6 EKLJP-a.

Predmet broj: S1 2 K 022203 18 Kž – Saslušanje osumnjičenog u toku istrage, pravičnost postupka (član 6 EKLJP-a)

Činjenični opis

Optužnicom Tužilaštva optuženi se teretio da je počinio krivično djelo Primanje dara i drugih oblika koristi, iz člana 217 stav 1 KZ-a BiH

Odluka

Prvostepenom presudom prema optuženom je odbijena optužba da je radnjama opisanim u izreci presude počinio krivično djelo Primanje dara i drugih oblika koristi iz člana 217 stav 1 KZ-a BiH.

Odlučujući o žalbi Tužilaštva na prvostepenu presudu, Apelaciono vijeće Suda je istu odbilo kao neosnovanu i potvrdilo prvostepenu presudu.

U ovom predmetu prvostepeni sud je donio odbijajuću presudu jer optuženi odnosno osumnjičeni nije ispitan prije nego što je podignuta optužnica. Tužilaštvo se na pomenutu odluku žalilo ističući da je prvostepeni sud propustio da analizira tok cijelog krivičnog postupka, te potom ocjeni da li je postupak bio pravičan ili ne. S tim u vezi, u žalbi se ističe kako prvostepeni sud u obrazloženju presude nije dao razloge zbog čega smatra da je pravičnost suđenja u konkretnom slučaju ozbiljno narušena inicijalnim nepoštovanjem odredaba člana 6 EKLJP-a. Također je žalbom isticano da je pravičnost postupka cijenjena segmentarno, samo u odnosu na sporni zapisnik o ispitivanju osumnjičenog u istrazi.

Apelaciono vijeće je odbilo ovaj prigovor imajući u vidu da osumnjičenom prilikom ispitivanja nije ispoštovano pravo da svoju odbranu iznese u prisustvu branioca, tako da osumnjičeni na kraju nije ni ispitan, usljed čega optužnica nije mogla biti podignuta i potvrđena. Po ocjeni Apelacionog vijeća, te okolnosti su ukazale na postojanje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a čime se vodio i prvostepeni sud.

Vijeće je istaklo da se u konkretnom slučaju nije mogla posmatrati pravičnost postupka u cjelini imajući u vidu imperativne odredbe člana 225 stav 3 ZKP-a BiH kojim je propisano da se optužnica *ne može podići ako osumnjičeni nije bio ispitan*. Ova odredba obavezuje tužioca da osumnjičenog ispita jer je to pretpostavka koja mora biti ispunjena da bi se mogla podići optužnica. Ispitivanje osumnjičenog u istrazi na okolnosti za koje ga tužilaštvo tereti sprječava kršenje prava osumnjičenog u smislu prava na pripremanje odbrane i aktivnog učešća u postupku. Stoga se u konkretnom slučaju radi o takvoj povredi prava osumnjičenog na odbranu koja se nije mogla ispraviti u kasnijim fazama postupka.

Predmet S1 3 U 025136 17 U – Postupak javnih nabavki

Činjenični opis

Ugovorni organ je proveo postupak javne nabavke usluga prevođenja propisa, te nakon provedenog postupka donio odluku kojom je kao najpovoljniji ponuđač izabrano udruženje sudskih tumača. Protiv ove odluke žalbu je podnio drugi ponuđač koji je također učestvovao u tenderskom postupku. Ured za žalbe BiH je uvažio žalbu obrazlažući to činjenicom da ugovorni organ koji je izabran ničim nije dokazao pravni osnov po kojem udruženje građana može biti ponuđač u smislu odredbe člana 2 Zakona o javnim nabavkama, te da nije dokazao sposobnost obavljanja profesionalne djelatnosti.

Odluka

Vijeće za upravne sporove Suda BiH je donijelo presudu kojom je uvažilo tužbu tužitelja, te poništilo rješenje tuženog (Ureda za razmatra žalbi) i predmet vratilo tuženom na ponovni postupak.

Vijeće za upravne sporove Suda BiH je zaključilo da je ovakvom odlukom Ured za žalbe povrijedio principe iz člana 3 Zakona o javnim nabavkama, pogrešno primjenjujući odredbu člana 2 stav 1 tačka c) pomenutog zakona. Vijeće je istaklo da je smisao provedbe Zakona o javnim nabavkama obezbjediti pravičnu i aktivnu konkurenciju među ponuđačima uz ostvarivanje jednakog tretmana poštujući principe nediskriminacije i transparentnosti. U skladu s navedenim, Sud je istakao da to znači da svaki učesnik u postuku javne nabavke mora imati isti položaj i mogućnosti da pod jednakim uslovima učestvuje i bude izabran kao najpovoljniji ponuđač.

U konkretnom slučaju ugovorni organ je u tenderskoj dokumentaciji propisao kao jedan od kriterija za učešće u tenderu da ponuđač mora imati sposobnost obavljanja profesionalne djelatnosti, te da je registrovan za obavljanje djelatnosti koja je predmet javne nabavke.

Prije svega, Sud je utvrdio da je iz rješenja o registraciji udruženja sudskih tumača navedeno da se udruženje osniva u cilju aktivnog provođenja usluga prevođenja, iz čega proizlazi da su se udruženja javila kao ponuđači za postupak javnih nabavki usluga prevođenja.

Član 2 Zakona o javnim nabavkama daje definiciju pravnog subjekta. S druge strane, sudsko vijeće je pored toga imalo u vidu i odredbe članova 2, 4 i 9 Zakona o udruženjima iz RS-a koji propisuje pitanja koja se tiču uslova za nastanak i djelovanje udruženja građana.

Dovodeći u vezu odredbe dva pomenuta zakona, Vijeće za upravne sporove je donijelo zaključak da nijedna odredba zakona o javnim nabavkama pojam privrednog subjekta ne ograničava na subjekte koji su registrovani prema odredbama zakona o privrednim društvima, te da nije bilo zapreke da se na tender prijavi i udruženje prevodilaca.

Kao potvrdu svog stava Vijeće se pozvalo i na legislativu Evropske unije, tačnije presudu Suda pravde EU:C:2009:807 u kojoj je iznesen stav da bilo koje lice ili bilo koji organ koji smatra da može osigurati izvršenje ugovora prema uslovima iz konkursa može predati ponudu i kandidovati se bez obzira na status^[45].

[45] Presuda vijeća za upravne sporove Suda BiH broj S1 3 U 025136 17 U od 28.11.2018. godine, strana 4