

СУДСКА ПРАКСА

УДК/UDC 340.142:342.565.2(497.6)“2014“

Припремила: Милена Симовић

СУДСКА ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

ПРАВО ЛИЦА ДА НЕ БУДЕ ПОДВРГНУТО МУЧЕЊУ, НЕЧОВЈЕЧНОМ ИЛИ ПОНИЖАВАЈУЋЕМ ТРЕТМАНУ ИЛИ КАЗНИ

Нема повреде права на забрану мучења, нехуманог поступања и кажњавања из члана II/36) Устава Босне и Херцеговине и члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљњем тексту: Европска конвенција) у односу на поступак одобрења међународне заштите, када су надлежни органи детаљно испитали да ли, због припадности апелантице ромској популацији и њеног здравственог стања, постоје околности које указују да постоји значајна основа за вјеровање да би повратком у земљу поријекла апелантица била подвргнута мучењу, нехуманом поступању или кажњавању, односно да јој у земљи поријекла пријети опасност да буду изложена третману који је у супротности са чланом II/3 б) Устава Босне и Херцеговине и чланом 3 Европске конвенције. Такође, нема повреде права на дјелотворан правни лијек из члана 13, а у вези са чланом II/3 б) Устава Босне и Херцеговине и чланом 3 Европске конвенције у поступку неодржавања међународне заштите будући да је апелантица имала и користила законом прописане правне лијекове а чињеница да правни лијек није резултирао на начин на који је апелантица жељела, не може водити закључку о непостојању или недјелотворности правног лијека.

Из образложења:

Везано за позивање апелантице на праксу Европског суда за људска права – у даљем тексту: Европски суд (*Connors против Уједиње-*

ног Краљевства, апликација број 66746/01, пресуда од 27. маја 2004. године и *Чартап против Уједињеног Краљевства*, апликација број 27238/95, пресуда од 18. јануара 2001. године), Уставни суд запажа да се Европски суд у тим предметима бавио гаранцијама члана 8 Европске конвенције (у поступцима везаним за иселјење подносиоца представке и његове породице из насеља под управом локалних власти, односно давањем грађевинске дозволе подносиоцима представке ради постављања черге). С обзиром на изнесено, Уставни суд сматра да позивање апелантице на праксу Европског суда у наведеним предметима није релевантно будући да, осим околности да су у наведеним предметима подносиоци представки били припадници ромске популације, ништа не указује да су ставови из тих одлука примјењиви на конкретни случај.

Надаље, Европски суд је у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке*, апликација број 30696/09, од 21. јануара 2011. године, разматрао представку држављанина Афганистана који је побјегао прво у Грчку гдје је задржан у притвору, након чега је пуштен и издат налог да напусти Грчку, након чега је избјегао у Белгију. Европски суд је закључио да су услови притвора и животни услови подносиоца представке у Грчкој и ризик од протјеривања у Афганистан, у супротности са чланом 3 Европске конвенције, а недостатак у поступку азила, без претходног озбиљног испитивања основаности захтјева за азил и недјелотворног правног лијека - у супротности са гаранцијама члана 3, у вези са чланом 13 Европске конвенције. Надаље је Европски суд установио повреду члана 3 и повреду тог члана у вези са чланом 13 Европске конвенције од стране Белгије, јер је враћањем подносиоца у Грчку, Белгија подносиоца представке поново изложила притвору и нехуманим животним условима, без претходног озбиљног испитивања основаности његовог захтјева за азил у тој држави. Међутим, сама околност да је Европски суд у специфичним сложеним околностима тог предмета утврдио повреду члана 3 Европске конвенције – не може водити закључку о релевантности наведене одлуке за рјешавање апелантициног случаја.

С друге стране, у вези са позивањем апелантице на пресуду Европског суда *Н. против Уједињеног Краљевства* од 27. маја 2008. године (апликација број 26565/05), Уставни суд запажа да та одлука покреће донекле слична питања које и апелантица покреће апелацијом. Наиме, подносиатеља представке у том предмету је држављанка Уганде која је под лажним именом ушла у Уједињено Краљевство и будући да је била тешко болесна (дијагностицирана јој је инфекција ХИВ-ом) примљена је у болницу ради лијечења, након чега је поднијела захтјев за азил (који је одбијен), тврдећи да би јој

живот био у опасности у случају ако буде враћена у земљу поријекла. Међутим, Европски суд је закључио да извршење одлуке протјеривањем подносиољке представке у Уганду не би довело до кршења члана 3 Европске конвенције, из разлога што према информацијама Свјетске здравствене организације подносиољка представке у земљи поријекла има адекватну терапију за наставак лијечења.

Доводећи изнесене ставове Европског суда, који се *mutatis mutandis* могу примијенити и на конкретан случај, Уставни суд на темељу свега предложеног није могао закључити да су у апелантицином случају надлежни орган и Суд БиХ, у поступку одлучивања о захтјеву за међународну заштиту пропустили да размотре неку релевантну чињеницу или да је нису цијенили. Према томе, произлази да докази који су проведени, укључујући и извјештаје међународних организација о стању људских права, нису потврдили да би лични положај апелантице, имајући у виду и њено здравствено стање, био гори од положаја осталих чланова ромске популације на Косову, будући да би апелантица у смислу релевантних извјештаја имала приступ јавним услугама здравствене заштите. Дакле, у конкретном случају не постоје околности које указују да постоји значајна основа за вјеровање да би повратком апелантице у земљу поријекла била подвргнута мучењу, нехуманом поступању или кажњавању, односно да у земљи поријекла апелантици пријети опасност да буде изложена третману који је у супротности са чланом 3 Европске конвенције.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 5025/13 од
27. фебруара 2014. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Заштитне мјере

Поступак изрицања заштитних мјера, у складу са одредбама Закона о заштити од насиља у породици, не ужива гаранције права на правично суђење. С обзиром на то, апелантови наводи о повреди његовог права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 Европске конвенције су *ratione materiae* инкомпатибилни са Уставом Босне и Херцеговине.

Из образложења:

Уставни суд примјећује да су у наведеном случају апеланту изречене „заштитне мјере“ забрана приближавања и забрана узнемиравања и ухођења особе изложене насиљу - конкретно апелантове супруге, а у складу са чл. 12 и 14 (тада важећег) Закона о заштити од

насиља у породици. Такође, Уставни суд примјећује да је у раније важећем закону у члану 2 било прописано да се поступак заштите остварује у складу са одредбама Закона о прекршајима. Након ступања на снагу сада важећег Закона о заштити од насиља у породици (*Службене новине Федерације БиХ*, број 20/13, од 13. марта 2013. године), а који је био на снази у вријеме доношења другостепене одлуке, одредбе које су упућивале и одређивале овај поступак као прекршајни, изостављене су из закона. Међутим, Уставни суд запажа да је, без обзира на разлике између раније важећег закона и закона који је на снази – интенција законодавца и карактер поступка исти.

Дакле, Закон о заштити од насиља је *lex specialis*, процедурално – материјални закон којим се уређује заштита од насиља у породици, појам породице и насиља, врста и сврха заштитних мјера за особе које су починиле насиље, заштита жртве насиља, као и међусобна повезаност свих субјеката који су у функцији заштите од насиља у породици и друга питања од значаја за заштиту од насиља. Такође, Уставни суд запажа да се ради о поступку *sui generis* у којем је суд дужан да поступа хитно – рокови су од 12 сати до седам дана, по захтјеву полицијске управе (захтјев се такође треба упутити суду у року од 12 сати од пријаве насиља) и изузетно тужилаштва, а за изрицање заштитне мјере није ограничен посебним формалним доказним правилима. Надаље, евидентно је да надлежни суд рјешење доноси без обавезе саслушања особе за коју се тврди да је насилна, али суд може захтијевати да се насилна особа изведе пред суд као и осигурати налаз вјештака, када сматра да је неопходно. Жалба на рјешење не одлаже извршење, а другостепено рјешење се доноси у року од три дана.

Надаље, Уставни суд примјећује да је Закон о заштити од насиља у породици јасно навео појам насиља у члану 7, као и да ће се сматрати да постоји насиље у породици уколико постоје *основе сумње* да су учињене радње којим члан породице наноси физичку, психичку или сексуалну бол или патњу и (или) економску штету, као и пријетње које изазивају страх од изнесеног код другог члана породице. Дакле, суду је потребан најнижи тражени ниво сумње тј. основ сумње – вјероватност – да су учињене описане радње. У поступку изрицања заштитних мјера суд није надлежан утврђивати кривицу нити се бави кривичном или прекршајном одговорношћу лица за које се тврди да је насилно. О кривици таквог лица рјешава се у кривичном поступку, у складу са важећим материјалним и процесним законима. Уставни суд такође напомиње да се у ентитетским кривичним законима цијело поглавље бави овим питањем, односно регулише кривична дјела против брака и породице, међу којим је јасно прописано, дефинисано и

санкционисано кривично дјело насиље у породици (члан 222 Кривичног закона Федерације БиХ). Супстрат радњи извршења дјела у сваком конкретном случају, односно докази који се прикупе у вези са почињеним дјелом, определијелиће надлежно тужилаштво у правцу вођења кривичног или прекршајног поступка против учиниоца и утврдити евентуалну кривичну, односно прекршајну одговорност учиниоца. Насиље, као чин (а и као кривично дјело) је дефинисано јако широко – од психичког насиља, које свако лице доживљава различито, увреде, која је такође везана само за субјективни осјећај жртве – до физичког насиља или економске штете које се може „конкретизовати“. Због тога, у поступку по захтјеву за изрицање заштитних мјера суд на основу свеукупног дојма да су се десиле радње насиља (уз испуњење законских услова), доноси рјешење о заштитним мјерама. Дакле, у овим поступцима суд има велику слободу у одлучивању о изрицању заштитне мјере, која је оправдана циљем односно чињеницом да је суштина изрицања заштитне мјере спречавање насиља, а не санкционисање учиниоца.

Судија не утврђује одговорност учиниоца насиља у породици, већ на основу дискреционе оцјене приложених доказа само утврђује да ли постоје „основи сумње“ да је особа учинила насиље у породици, те да ли постоје услови за изрицање појединих заштитних мјера прописаних законом. У овом поступку се, дакле, не доказује да је починилац учинио дјело насиља у породици, па чак се не утврђује ниво основане сумње, него је за изрицање ових мјера довољно утврдити мањи ниво доказаности дјела насиља у породици (основи сумње) који произлази из приложених доказа, на који начин би се осигурала хитност поступања судова у поступку. Осим тога, из оспорених рјешења је евидентно да је у конкретном случају надлежни тужилац покренуо кривични поступак у којем ће се одлучивати о „кривичној оптужби“ против апеланта.

Што се тиче конкретних заштитних мјера, у складу са Законом о заштити од насиља у породици, починиоцима насиља се могу изрећи заштитне мјере наведене у члану 9 наведеног закона – удаљење из стана и других просторија и забрана враћања, забрана приближавања жртви насиља, забрана узнемиравања и ухођења жртве, обавезни психосоцијални третман, обавезно лијечење од зависности и привремено лишење слободе и задржавање. Сврха заштитних мјера је осигуравање нужне заштите здравља и сигурности особа изложених насиљу, спречавање насиља у породици, те предузимање мјера лијечења и преваспитања насилних особа. Дакле, карактер заштитних мјера је више превентивни (у смислу генералне и специјалне превенције) него репресивни. Аспект генералне превенције се огледа у „раздвајању“ од

жртве, односно спречавању насиља и понављања насиља, а аспект специјалне превенције – у чињеници да се покушава утицати на саму личност починиоца насиља лијечењем. Мјере су одређене у трајању од једног мјесеца до двије године. Међутим, имајући у виду чињеницу да је Законом о заштити од насиља прописана као превентивна мјера и привремено лишење слободе и задржавање, Уставни суд напомиње да се ради о полицијском задржавању уколико постоји основ сумње да је одређена особа починила насиље у породици, ако су испуњени услови из члана 153 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ. У ствари, ради се о општој одредби у ситуацији која је предвиђена за лишавање слободе и задржавање у свакој ситуацији када постоје основи сумње да је одређено лице починило кривично дјело, како је предвиђено одредбама Закона о кривичном поступку Федерације БиХ.

Уставни суд надаље указује и на праксу Европског суда који је закључио да мјере донесене ради спречавања нереда или криминала нису покривене јемствима члана 6 Европске конвенције. Тако је у предмету у којем је апеланту одређен посебан надзор полиције од стране суда, по приједлогу тужилаштва (види Европски суд, *Raimondo* против Италије, пресуда од 22. фебруара 1994. године) Европски суд закључио да се специјални надзор не може упоредити са кривичном санкцијом зато што је осмишљен да би спријечио извршење кривичних дјела. Уставни суд примјећује да се исти закључак може извести и у конкретном случају у примјени Закона о заштити од насиља гдје држава има потребу да промптно интервенише између чланова породице. Имајући у виду улогу породице, као основне ћелије друштва и посебну пажњу која се придаје регулисању свих питања породице и породичних односа, без обзира на то да ли су у домену грађанског или кривичног права, Уставни суд примјећује да доношењем заштитних мјера (у ситуацији када једна страна тврди да су односи тако поремећени и да јој је угрожен тјелесни интегритет, душевно здравље или спокојство) држава, односно суд који доноси заштитну мјеру интервенише у циљу спречавања или понављања кривичног дјела или прекршаја, заштите лица које тврди да је жртва, без одлучивања о виности или било којој одговорности лица за које се тврди да је насилник. Слиједи да се предметни поступак који је окончан оспореним рјешењима, којим су апеланту изречене заштитне мјере сходно одредбама Закона о заштити од насиља у породици, није односио на одлучивање о „кривичној оптужби“ против апеланта у смислу гаранција права на правично суђење.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 2813/13 од 12. фебруара 2014. године)

Поступак у случају неурачунљивости

Постоји повреда права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције када је у поступку пред редовним судом изостала разумна марљивост Општинског суда да у околностима конкретног случаја осигура апелантици као особи „под кривичном оптужбом“ право да учествује у поступку, односно када је главни претрес одржао у одсуству апелантице. Такође, постоји повреда апелантичиног права на правично суђење када је Општински суд правноснажност пресуде утврдио на темељу одрицања од права на жалбу браниоца по службеној дужности који за то није имао овлашћење нити пристанак апелантице.

Из образложења:

У односу на наводе апелантице да је предметни поступак проведён у њеном одсуству, Уставни суд запажа да, иако то није изричито наведено у члану 6 став 1 Европске конвенције, циљ овог члана у цјелини указује да лице „оптужено за кривично дјело“ има право да учествује у расправи (види, Европски суд, *Colozza против Италије*, пресуда од 12. фебруара 1985. године, став 27. серија А број 89, *T. против Италије*, пресуда од 12. октобра 1992. године, став 26, серија А број 245-Ц и *Belzuit против Пољске*, 25. март 1998. године, став 37, Извјештаји 1998-II). Даље, члан 6 гарантује оптуженом право да ефективно учествује у кривичном поступку. Генерално, ово укључује, *inter alia*, не само право да буде присутан суђењу него и да слуша и прати суђење (види, Европски суд, *Stanford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, пресуда од 23. фебруара 1994. године, став 26). Учешће оптуженог на суђењу није неопходно само у сврху одбране већ и због правилног администрирања правде, јер на тај начин и суд има могућност да креира властита опажања о окривљеном и да непосредно саслуша било који исказ који је окривљени спреман дати. Због тога, законодавац мора имати могућност да установи таква рјешења која ће обесхрабрити да се неоправдано изостане са суђења (види, Европски суд, *Poitrimol против Француске*, пресуда од 23. новембра 1993. године, став 35). Обесхрабривање да се неоправдано изостане са суђења неспорно представља легитиман циљ, али ради његовог остваривања мора постојати разуман однос пропорционалности између оног шта се жели постићи и употријебљених средстава. Наиме, право на приступ суду, према самој својој природи, тражи да га уреди држава и може бити подвргнуто ограничењима. Ипак, ограничења која се примјењују не смију ограничити приступ остављен појединцу на такав начин или

у таквој мјери да буде нарушена сама бит тога права (види, поред осталих, Европски суд, *Kreuz против Пољске*, број 28249/95, ст. 52-57, ECHR 2001-VI и *Liakopoulou против Грчке*, број 20627/04, ст. 19–25, 24. мај 2006).

Уставни суд запажа да је у конкретном случају Општински суд провео посебан законом одређени поступак због неурачунљивости, који је прописан чланом 410 став 3 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ. У конкретном поступку, након што је проведена истрага и након потврђивања оптужнице од стране судије за претходно саслушање, Општински суд је заказао главни претрес на којем је изводио доказе како би утврдио да ли је апелантица као оптужена учинила дјело у стању неурачунљивости. Уставни суд запажа да је у таквом поступку изјашњење оптуженог о кривици искључено, јер је урачунљивост претпоставка за кривицу. Међутим, ако оптужени жели да се изјасни о оптужници, то му се мора дозволити с обзиром на то да постоји само оборива претпоставка да је оптужени неурачунљив. Такође, оптуженом се не може ускратити право на подношење претходних приговора.

Уставни суд даље запажа да је предмет овог поступка специфичан и у поступку се примарно утврђује да ли је уопште извршено кривично дјело, ако јесте да ли је оптужени учинилац и, на крају, да ли је дјело учињено у стању неурачунљивости. Ако се утврде сви наведени елементи, доноси се одлука у форми пресуде којом се утврђују наведене чињенице, док се посебним рјешењем привремено одређује принудни смјештај у здравственој установи. Против пресуде странке и бранилац, као и лица из члана 308 став 2 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ могу изјавити жалбу другостепеном суду. Према правилима кривичног поступка, оптужени је увијек присутан на главном претресу на којем се утврђује његова неурачунљивост, јер је забрањено суђење у одсуству. Међутим, оптужени се неће изјашњавати о приједлогу из оптужнице ако није способан да учествује у поступку и ако ће то штетно утицати на његово здравље као душевно болесног лица, а о овим околностима мора се претходно изјаснити вјештак психијатар.

Уставни суд запажа да је у конкретном поступку апелантица примила позив за главни претрес, те да се Општински суд задовољио констатацијом да је апелантица уредно обавијештена о главном претресу на коју није приступила. С тим у вези, Уставни суд примјећује да у спису, који је достављен на захтјев Уставног суда, нема никаквих доказа да је Општински суд предузео законом изричито прописане мјере (члан 261 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ) ради обезбјеђења присуства апелантице као оптужене на главном претресу,

нити је објаснио зашто их није предузимао. При томе, Уставни суд има у виду да је апелантици непосредно прије критичног догађаја привремено ограничена пословна способност, али да се ограничење пословне способности састоји само у дијелу располагања имовином.

У односу на наводе Општинског суда, које је изнио у одговору на апелацију, да се, имајући у виду апелантичино ментално стање и чињеницу да је имала браниоца, поступак у конкретном случају, могао водити и без присутности апелантице као оптужене, Уставни суд запажа да у погледу довођења оптуженог на главни претрес Закон о кривичном поступку Федерације БиХ не прави разлику између потпуно пословно способне и дјелимично способне, односно привремено неспособног лица у погледу процесних права, те да је до провођења главног претреса постојала оборива претпоставка да је апелантица кривично дјело починила у стању неурачунљивости коју је требало утврдити на главном претресу. Уставни суд наглашава да у конкретном случају нема нити једног доказа да је Општински суд предузео макар једну процесну радњу предвиђену чланом 261 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ, осим што је послао само први иницијални позив за главни претрес на који се апелантица није одазвала.

Имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да су у конкретном поступку апелантици као лицу „под кривичном оптужбом“ због пропуштања Општинског суда да предузме и друге законом прописане радње ради осигурања присуства апелантице као оптужене на главном претресу – ускраћене процесне могућности да буде присутна и да учествује на главном претресу. При томе, Уставни суд указује да редовни суд мора показати у разумној мјери марљивост при покушају да контактира са оптуженим (*op. cit, Colozza против Италије*). У том контексту, Уставни суд запажа да је одредбом члана 262 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ изричито прописано да се оптуженом не може судити у одсуству, те да у поглављу Закона о кривичном поступку Федерације БиХ у којем је регулисан поступак према особама које су кривично дјело учиниле у стању неурачунљивости – не постоје одредбе које евентуално на друкчији начин регулишу то питање. Из наведеног слиједи да у таквом поступку вриједе исте гаранције као и у односу на остале оптужене, па се дакле и на поступке против таквих лица примјењује одредба члана 262 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ. У контексту наведеног, Уставни суд закључује да у околностима конкретног случаја чињеница да је апелантица примила позив за главни претрес, а без покушаја редовног суда да и на други законом прописан начин осигура присуство апелантице на главном претресу, у ситуацији када је законом из-

ричито забрањено суђење у одсуству оптуженог – прекршено апелантично право на правично суђење, загарантовано чланом 6 став 1 Европске конвенције.

Осим тога, Уставни суд примјећује, иако је апелантици претходно у посебном поступку привремено ограничена пословна способност у погледу располагања имовином због њеног психичког стања, да се у конкретном случају не ради о ситуацији из члана 409 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ којим је предвиђен прекид поступка у случају када оптужени због психичке болести након почињања кривичног дјела није способан да учествује у поступку и када ће суд након психијатријског вјештачења рјешењем прекинути поступак и оптуженог упутити органу надлежном за питања социјалног старања.

У односу на наводе апелантице да јој је повријеђено право на правично суђење, јер се бранилац који јој је постављен по службеној дужности одрекао права на жалбу Уставни суд запажа да је одредбом члана 309 став 1 Закона о кривичном поступку Федерације БиХ изричито прописано да се права на жалбу може одрећи оптужени, и то под одређеним условима. Тако се оптужени може одрећи права на жалбу само након што му је достављена пресуда. Изузетак од тога је да се оптужени може одрећи права на жалбу и прије достављања пресуде ако се прије тога тужилац одрекао истог права и ако оптужени према пресуди не би требало да издржава казну затвора.

Из наведеног, по мишљењу Уставног суда, произлази да је, у случају када се бранилац одрекао права на жалбу, за такво одрицање потребан пристапак, односно посебно овлашћење оптуженог. У конкретном случају, права на жалбу се одрекао бранилац по службеној дужности иако за то није имао пристапак апелантице као оптужене, нити њено овлашћење.

У односу на питање апелантичине пословне способности да браниоцу да наведени пристапак, Уставни суд подсјећа да је већ претходно утврдио да је апелантици привремено и дјелимично била ограничена пословна способност у погледу располагања имовином, али да та околност, сама по себи, нема утицаја на процесна права која припадају апелантици као оптуженој у смислу релевантних одредаба Закона о кривичном поступку Федерације БиХ.

На основу одрицања од права на жалбу тужиоца и браниоца, Општински суд је у конкретном случају констатовао правноснажност оспорене пресуде и на темељу такве пресуде донио оспорено рјешење. Из наведеног, Уставни суд закључује да оспорена пресуда није

донесена у складу с законом, односно да је Општински суд арбитрарно примијенио Закон о кривичном поступку Федерације БиХ.

(Одлука Уставног суд Босне и Херцеговине, број АП 1198/10 од 11. фебруара 2014. године)

Законитост доказа

Постоји кршење апелантовог права на правично суђење из члана II/е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције када изрека судске одлуке садржи чињенице и околности које се заснивају на незаконитим доказима, односно када је оспорена одлука заснована на доказима на којима суд не може засновати своју одлуку.

Из образложења:

Уставни суд подсјећа да је о идентичном правном питању већ расправљао у Одлуци број АП 291/08 (види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП 291/08 од 19. новембра 2011. године, доступна на веб страници Уставног суда www.ustavnusud.ba). Наиме, у наведеној одлуци Уставни суд је указао „да је одредбама члана 120 став 3 Закона о кривичном поступку Републике Српске експлицитно прописано да ће у случају издавања наредбе за претресање на основу усменог захтјева, судија за претходни поступак записати даљњи ток разговора и потписану копију записника предати суду у року од 24 сата од издавања наредбе. Према мишљењу Уставног суда, ова одредба је, неспорно, императивног карактера и јасно и недвосмислено намеће обавезу судији за претходни поступак да сачини записник приликом издавања наредбе за претрес на основу усменог захтјева и да тај записник преда суду у року од 24 сата. Уставни суд сматра да је ова обавеза наметнута управо ради јемства да је усмена наредба за претрес издата искључиво на основу одобрења судије за претходни поступак, односно да је остварена функција суда у погледу утврђивања постојања законских услова за претресање, а сам рок од 24 сата искључује могућност евентуалних накнадних злоупотреба.

У вези с тим, произлази да би пропуст судије за претходни поступак да сачини записник и преда га суду, како је прописано одредбом члана 120 став 3 Закона о кривичном поступку Републике Српске, представљао апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 303 став 1 тачка з) Закона о кривичном поступку Републике Српске, јер претресање (које је извршено мимо законских прописа) чини предузету радњу незаконитом, што има за посљедицу

да се докази прибављени том радњом не могу користити у доказном поступку (имајући у виду одредбу члана 10 став 2 овог закона којом је прописано да суд не може засновати своју одлуку на доказима који су прибављени битним повредама овог закона).

Пошто и у конкретном случају судија за претходни поступак није поступио у складу са одредбама члана 120 став 3 Закона о кривичном поступку Републике Српске, како то јасно произлази из оспорених одлука, што, дакле, радњу претресања чини незаконитом, Уставни суд указује да се самим тим докази, који су прибављени на основу тог претреса, сматрају незаконитим доказима у смислу одредаба члана 10 став 2 Закона о кривичном поступку Републике Српске.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 3364/10 од 11. фебруара 2014. године)

Оцјена доказа

Нема кршења права на правично суђење из члана члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 ст. 1, 2 и 3 тач. б) и д) Европске конвенције када су редовни судови у кривичном поступку који је вођен против апеланата утврдили све релевантне чињенице, брижљиво цијенећи сваки доказ појединачно, међусобно и у њиховој укупности, из којих је изван разумне сумње проистекао закључак да су првоапелант и другоапелант (као саизвршиоци) починили кривично дјело за које су осуђени, те да није остало нити једно неразјашњено питање у смислу принципа пресумпције невиности и *in dubio pro reo*, када је апелантима под истим условима као и тужилаштву омогућено да учествују у поступку, као и када су редовни судови утврдили вријеме и мјесто извршења кривичног дјела.

Из образложења:

У односу на наводе оба апеланта који се односе на чињенично стање и примјену материјалног права у вези с оцјеном доказа, Уставни суд указује на праксу Европског суда и Уставног суда, према којој је задатак редовних судов, а првенствено првостепеног суда, да оцијене изведене доказе и њихову релевантност у конкретном предмету. Уставни суд, стога, неће процјењивати квалитет закључака редовних судов у погледу процјене доказа, уколико се ова процјена не доима очигледно произвољном. Исто тако, Уставни суд се неће мијешати ни у то којим доказима страна у поступку редовни судови поклањају повјерење на основу слободне судијске процјене. То је искључиво улога редовних судов, чак и када су изјаве свједока на

јавној расправи и под заклетвом супротне једна другој (види Европски суд, *Doorson против Холандије*, пресуда од 6. марта 1996. године, објављена у Извјештајима број 1996-II, став 78 и Уставни суд, Одлука број АП 612/04 од 30. новембра 2004. године, објављена у *Службеном гласнику БиХ*, број 19/05). У вези с тим, Уставни суд указује да је на редовном суду да оцијени да ли би изјаве предложених свједока или извођење других предложених доказа били релевантни за одлучивање у конкретном случају, јер суд који води поступак мора имати одређену дискрецију о овим питањима.

Уставни суд указује да је суд дужан оцијенити све доказе појединачно и у вези с осталим доказима, па онда на основу такве, брижљиве оцјене извести закључак је ли нека чињеница доказана, по принципу слободне оцјене доказа. Слободна оцјена доказа, међутим, захтијева образложење како сваког доказа појединачно, тако и свих доказа заједно, те довођење свих проведених доказа у узајамну логичну везу и извођењу закључака о доказаности одређене чињенице (види Уставни суд, Одлука број АП 612/04 од 30. новембра 2004. године и Европски суд, *Doorson protiv Holandije*, пресуда од 6. марта 1996. године, објављена у Извјештајима број 1996-II, став 78).

Уставни суд подсјећа на став Европског суда према којем прихватање незаконито добијених доказа не представља, само по себи, кршење члана 6 став 1 Европске конвенције. С тим у вези, Уставни суд подсјећа на праксу Европског суда у предмету *Schenk против Швајцарске*, у којем је Европски суд утврдио да прихватање незаконито добијених доказа може довести до неправичности, зависно од чињеница конкретног предмета (види Европски суд, *Schenk против Швајцарске*, пресуда од 12. јула 1988. године, број представке 1086/84, серија А-140, став 49). У овој одлуци Европски суд је изразио став да члан 6 Европске конвенције не садржи нити једно правило које регулише питање прихватљивости доказа, да је то питање у искључивој надлежности домаћег законодавства, да прихватање незаконитих доказа не значи само по себи повреду члана 6 Европске конвенције, да Европски суд испитује поступак као цјелину, односно да ли су судови, коришћењем тог незаконитог доказа, лице лишили права на правично суђење, те да се посебно оцјењује да ли је тај незаконити доказ био једини доказ на којем су судови заснивали своју одлуку.

Уставни суд подсјећа да општа гаранција „правичног суђења“ из става 1 члана 6 Европске конвенције има елементе који допуњују гаранције утврђене ставом 3 члана 6 Европске конвенције [види, Европски суд, *Artuso против Италије*, А 37 (1980)]. Када се ради о случају који потпада под неку од специфичних гаранција установ-

љених ставом 3 члана 6 Европске конвенције, он може бити разматран или само у оквиру тих гаранција [види, Европски суд, *Luedicke против FRG*, А 29 (1978); 2 EHRR 149] или у вези са ставом 1 члана 6 Европске конвенције (види, Европски суд, *Benham против Уједињеног Краљевства*, 1996-III; 22 EHRR 293 GC). Међутим, уколико се апликација суштински односи на тврдњу да је поступак у цјелини, укључујући и жалбени, био неправичан, као што је у конкретном случају, наводи се испитују у смислу става 1 члана 6 Европске конвенције [види, Европски суд, *Edwards против Уједињеног Краљевства*, А 247-Б (1992); 15 EHRR 417, ст. 33–34]. С обзиром на то, Уставни суд ће апелантове наводе који покрећу питање специфичних гаранција из става 3 тачка а) размотрити у вези са ставом 1 члана 6 Европске конвенције.

У погледу навода првоапеланта да му је повријеђено право на претпоставку невиности из члана 6 став 2 Европске конвенције, Уставни суд запажа да апелант ове своје наводе заснива на твдњи да је Врховни суд, „преслободном“ оцјеном доказа ушао у сферу индиција и претпоставки. С тим у вези, Уставни суд подсјећа да члан 6 став 2 Европске конвенције прописује да ће свако ко је оптужен за кривично дјело бити сматран невиним док се његова кривица не докаже у складу са законом, односно правноснажном пресудом. Такође, сумњу у погледу чињеница које чине обиљежја кривичног дјела – суд рјешава пресудом на начин који је повољнији за оптуженог. Према пракси Европског суда, пресумпција невиности значи да оптужени нема обавезу да се брани, мада има право на одбрану, није дужан доказивати своју невиност, а терет доказивања је на тужиоцу. У складу с тим, суд мора донијети ослобађајућу пресуду не само кад је увјерен у невиност оптуженог, него и онда када није увјерен ни у његову кривицу, ни у његову невиност. Дакле, у сумњи суд мора примјенити принцип *in dubio pro reo*, што је и битан елемент права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције (види, Европски суд, *Barbera, Messeque и Jabardo против Шпаније*, пресуда од 6. децембра 1988. године, серија А број 146, став 77). Ови основни принципи су установљени и разрађени, како је већ наведено, у одредбама Закона о кривичном поступку који је примјењен у конкретном случају и подразумејева обавезу суда да у образложењу пресуде оцијени сваки доказ појединачно, да их доведе у међусобну везу и изврши оцјену доказа у њиховој укупности, изводећи закључак о доказаности или недоказаности неке чињенице. При томе, чињенице које суд треба утврдити могу се доказивати непосредним и посредним доказима – индицијама.

Уставни суд наглашава да доказивање путем индиција није, само по себи, противно принципима правичног суђења из члана 6 став 1 Европске конвенције. Међутим, за доказивање индицијама вриједи правило да индиције морају дјеловати као чврст затворен круг који допушта само један закључак у односу на релевантну чињеницу, те да објективно потпуно искључе могућност друкчијег закључка у односу на исту чињеницу. Дакле, чињенице утврђене посредним доказима морају бити несумњиво утврђене и међусобно чврсто и логички повезане, тако да упућују на једини могући закључак да је управо оптужени починио кривично дјело које му се ставља на терет. Такође, provedени посредни докази морају бити у потпуном складу и представљати не збир доказа, већ систем индиција који ће у свом склопу и повезаности искључити сваку другу могућност од оне коју је утврдио првостепени суд (види, одлуке Уставног суда број АП 661/04 од 22. априла 2005. године, објављена у *Службеном гласнику БиХ*, број 44/05; број АП 5/05 од 14. марта 2006. године, објављена у *Службеном гласнику БиХ*, број 49/06 и број АП 2650/05 од 12. септембра 2006. године, објављена у *Службеном гласнику БиХ*, број 9/07).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 4162/10 од 11. фебруара 2014. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ЈАВНУ РАСПРАВУ У РАЗУМНОМ РОКУ

Постоји повреда права на правично суђење у односу на доношење одлуке у разумном року из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције када се укупно трајање поступка може, у одлучујућој мјери, да стави на терет понашању надлежног суда због недоношења одлуке о благовремено изјављеној жалби, те када тај суд није дао разлоге који би могли да се сматрају разумним и објективним оправдањем за овако дуго трајање поступка.

Из образложења:

Сходно конзистентној пракси Европског суда и Уставног суда, разумност дужине трајања поступка мора да се оцјењује у оквиру околности појединог предмета, водећи рачуна о критеријумима успостављеним праксом Европског суда, а нарочито о сложености предмета, понашању страна у поступку и надлежног суда или других јавних власти, те о значају који конкретна правна ствар има за апеланта (види, Европски суд, *Микулић против Хрватске*, апликација

број 53176/99 од 7. фебруара 2002. године, Извјештај број 2002-I, став 38). Осим тога, сходно пракси Европског суда и Уставног суда, велики број предмета узетих у рад није ваљано оправдање за прекомјерно одуговлачење поступка (види, Европски суд, *Probstmeuer против Немачке*, пресуда од 1. јула 1997. године, став 64, Извјештаји 1997-IV). Коначно, Европски суд је указао на то да је потребна нарочита марљивост надлежних власти у свим предметима који се тичу личног статуса и својства, а да је овај захтјев нарочито важан у државама у којима домаћи закон прописује да одређени судски поступци имају хитан карактер (види, Европски суд, *Borgese против Италије*, пресуда од 26. фебруара 1992. године, серија А број 228-Б, став 18).

Предметни поступак покренут је подношењем тужбе Основном суду 8. марта 2001. године и окончан је доношењем пресуде 19. децембра 2003. године. Апелант је на ову пресуду изјавио жалбу Окружном суду 26. децембра 2003. године, а суд је о жалби одлучио рјешењем од 7. јула 2008. године тако што је укинуо пресуду првостепеног суда и предмет вратио на поновни поступак. У поновном поступку Основни суд је донио пресуду 24. марта 2009. године против које је апелант изјавио жалбу 16. априла 2009. године. Окружни суд је жалбу примио 8. јуна 2009. године и до момента доношења ове одлуке о њој још увијек није одлучио. Дакле, цјелокупан поступак поводом апелантове тужбе (до доношења ове одлуке) траје осам година, пет мјесеци и 12 дана.

У конкретном случају апелант је подношењем тужбе Основном суду покренуо поступак за накнаду штете коју су на његовом стану проузроковали првокорисница и другокорисник стана. Из предоченог Уставном суду не може да се закључи да је овај предмет сложен како у погледу чињеничних, тако и погледу правних питања. У вези с тим, Уставни суд закључује да у конкретном случају сложеност предмета није одлучан разлог за његову дужину.

Из одговора Основног суда, те из предочених записника о одржаним рочиштима произлази да је овај суд (поводом тужбе, примљене 8. марта 2001. године, па до доношења пресуде 19. децембра 2003. године) одржао десет рочишта. Из хронологије тока поступка изнесене у чињеничном стању ове одлуке произлази да је Основни суд у релевантном периоду предузимао процесне радње у разумним роковима. Изузетак постоји у погледу периода од 8. марта 2001. године (од датума подношења тужбе) па до 6. новембра 2001. године (кад је заказано прво рочиште). Основни суд није предочио било какве разлоге због којих му је било потребно скоро седам мјесеци да закаже прво рочиште.

На другој страни, из предоченог Уставном суду произлази да се апелант 2. октобра 2002. године обратио суду ургенцијом да се „настави судски процес“, те изнио становиште да не прихвата вјештачење било ког судског вјештака, да је вјештак сувишан и да није потребан, јер је стан већ реновиран, те захтијевао да се записник од 5. фебруара 2001. године узме као „једини материјални доказ“ у овој правној ствари. Такође, апелант је тражио да се изузме предсједавајући вијећа, позван је да уреди тужбени захтјев, у два наврата је проширивао тужбени захтјев, два пута је предлагао да се саслушају нови свједоци, од којих један није ни приступио суду.

Оцјењујући све наведено, Уставни суд сматра да није било непотребног одуговлачења поступка које може да се припише искључиво Основном суду, односно да је и апелант својим поступањем допринио трајању поступка. У вези са наведеним, Уставни суд сматра да дужина поступка у конкретном случају може да задовољи захтјев разумности из члана 6 став 1 Европске конвенције.

У одговору на апелацију Окружни суд није изнио ниједан разлог због ког су биле потребне четири године, шест мјесеци и 11 дана за доношење одлуке о апелантовој жалби. Даље, из предоченог Уставном суду произлази да је, укидајући првостепену пресуду и враћајући предмет на поновни поступак због тога што Основни суд није поступио у складу са чланом 454 ст. 3 и 4 Закона о парничном поступку, очигледно произвољно примијенио право.

Уставни суд сматра да се одуговлачење поступка у цијелости може да припише Окружном суду, да дужина поступка пред овим судом није задовољила захтјев „разумности“ из члана 6 став 1 Европске конвенције, те да постоји кршење права на „суђење у разумном року“ као једног од елемената права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције. Даље, то што је Окружни суд очигледно произвољно примијенио право, допринијело је укупној дужини поступка.

Апелант је затражио да му се исплати „финансијска одштета“ због дужине трајања парничног поступка. Сходно члану 76 став 2 Правила Уставног суда, Уставни суд може изузетно, на захтјев изнесен у апелацији, да одреди накнаду за нематеријалну штету. Међутим, Уставни суд подсјећа да, за разлику од поступка пред редовним судовима, накнаду нематеријалне штете одређује у симболичном смислу у посебним случајевима кршења загарантованих људских права и слобода.

Приликом одлучивања о апелантовом захтјеву за накнаду нематеријалне штете Уставни суд упућује на раније утврђен принцип

одређивања висине накнаде штете у оваквим случајевима (види Одлуку Уставног суда број АП 938/04, објављену у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“ број 20/06, ст. 48–51). Сходно утврђеном принципу, апеланту би за сваку годину одлагања да се донесе одлука требало исплатити износ од приближно 150,00 КМ, а уколико се ради о хитном поступку, износ од 300,00 КМ.

Имајући у виду чињеницу да је у конкретном случају поступак поводом апелантове жалбе до тренутка доношења оспореног рјешења Окружног суда трајао пуних седам година, те да предметни поступак није хитан, апеланту се одређује накнада у износу од 1.050,00 КМ. Овај износ апеланту је дужна да исплати Влада Републике Српске, у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке.

*(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 2052/08 од
17. септембра 2009. године)*