Bosna i Hercegovina

Ministarstvo pravde

OKO Reporter o ratnim zločinima

Broj 18
2016

OKO

Odsjek kaznene obrane
Odsjek krivične odbrane
Одсјек кривичне одбране

Sadržaj

Članci

Prava odbrane 3

Međunarodna krivičnopravna pomoć 15

Modeli saučesništva i odnos prema UZP 21

Izvještaji

Pregled seminara u organizaciji OKO-a 29

Informacije

Nova praksa Suda BiH 44

Informativni centar ICTY-ja 46

Ured za besplatnu pravnu pomoć 47

Napomene

OKO Reporter je kvartalna publikacija, koja nije indeksirana u relevantnim bibliografskim bazama podataka i ne podliježe naučno-izdavačkim standardima vezanim za recenziju i kategoriziranje u naučni rad. OKO Reporter sadrži nekategorizirane radove (prikazi, izvještaji, informacije) te autorska djela koja po svojim karakteristikama spadaju u pravno-istraživačke priloge iz struke, čija je jedina namjera informisanje branilaca i deseminacija podataka relevantnih za kvalitativno unaprijeđenje odbrana u predmetima ratnih zločina pred Sudom BiH. U ovom broju donosimo članak o pravima odbrane, međunarodnoj krivičnopravnoj pomoći, modelima saučesništva i odnos prema UZP-u, te pregled aktivnosti OKO-a, te druge zanimljive informacije.

Nadamo se da će vam ovaj broj Reportera biti koristan i očekujemo vaše prijedloge i sugestije za naredna izdanja.

Redakcija

Jasmina Pjanić Njuhović, glavni i odgovorni urednik

Džanela Salkić Mršević, izvršni urednik

OKO Reporter o ratnim zločinima

Odsjek krivične odbrane (OKO) Ministarstva pravde BiH

Hamdije Čemerlića 2/15

71000 Sarajevo

Bosna i Hercegovina

oko@okobih.ba

www.okobih.ba

+387 33 560 260

Saradnici

Zahvaljujemo se pravnicima OKO-a koji su učestvovavali u pripremi ovog broja. Zahvaljujemo se autorima stručnih članaka, koji su dali saglasnost za objavljivanje članaka u OKO Reporteru.

Prijava i objava članaka

Vaši članci o aktuelnim pitanjima i dešavanjima, kako u zemlji tako i u inostranstvu, od značaja za unaprijeđenje rada branilaca i odbrane predmeta ratnih zločina su dobrodošli. Za detalje, molimo kontaktirajte urednika.

Citiranje

OKO Reporter o ratnim zločinima može se citirati i to po godini, broju izdanja i stranici. Ova stranica u verziji na lokalnom jeziku je citirana kao (2016) 18 OKO RRZ 2, a ekvivalent na engleskom jeziku je (2016) 18 OKO WCR 2.

Prava odbrane

Pripremile Nina Kisić i Tatjana Savić

Ovaj članak ima za cilj da predstavi ukratko prava odbrane[1], oblasti koje ova prava obuhvataju, probleme u sudskoj praksi u vezi sa pravima odbrane, te da predloži potencijalna rješenja. Ovaj članak nema ambiciju da pokuša da predstavi ovu izuzetnu kompleksnu problematiku u cjelosti.

Prije svega, imajući u vidu ulogu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) i sudsku praksu Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: ESLJP), autorke su se bazirale na prava garantovana EKLJP i razrađena sudskom praksom ESLJP. Naravno, gdje je to bilo moguće, predstavljena je sudska praksa sudova u BiH, te međunarodnih sudova.

U krivičnim stvarima, primjenjuje se cijeli član 6. EKLJP, odnosno, sve garancije sadržane u ovom članu. Naravno, jasno je da mnoga prava koja su zaštićena i garantovana članom 6. EKLJP nisu eksplicitno navedena u ovom članu, nego su razvijena i specificirana u sudskoj praksi ESLJP. Ovaj stav se navodi u sudskoj praksi ESLJP, koji je zaključio da garancije sadržane u stavu 3. člana 6, koje postavljaju minimalna prava na odbranu u krivičnom postupku, odavno po mišljenju Suda predstavljaju specifični aspekt prava na pravično suđenje koje je propisano članom 6. stav 1. EKLJP[2]. Ovo je razlog zbog kojeg je Sud uvijek razmatrao navodno kršenje jednog od prava zajamčenih članom 6. stav 3. EKLJP zajedno sa članom 6. stav 1 EKLJP. To znači da podnosilac predstavke, kako bi dokazao da je prekršeno jedno od njegovih minimalnih prava na odbranu, mora takođe da pokaže kako je to ograničilo njegovu odbranu sa stanovišta pravičnosti krivičnog postupka sagledanog u cjelini, uključujući tu i apelacioni i kasacioni proces.

U vezi s tim, u predmetu *Borgers protiv Belgije*, ESLJP je donio sljedeći zaključak: „…neophodno je procjeniti da li su postupci pred Kasacionim sudom ispoštovali prava odbrane i princip jednakosti u oružju … Ovo je prošlo kroz značajnu evoluciju u sudskoj praksi Suda, posebno u pogledu značaja koji je propisan utiscima i povećanoj osjetljivosti javnosti u pogledu pravičnosti vršenja pravde…[3]“

Jednakost stranaka pred sudom

Jednakost u postupanju je u ZKP BiH propisana u istoimenom članu 14. ZKP BiH, u kojem se navodi obaveza suda da stranke i branioca tretira na jednak način i da svakoj od strana pruži jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu. Mora se takođe napomenuti da je ovo aspekt prava odbrane do čijeg kršenja najčešće dolazi u sudskoj praksi u sudovima u BiH.

Kršenje principa jednakosti strana u postupku se može ogledati i u praktičnim preprekama ostvarivanja prava na sudu. Sud je tako konstatovao povredu člana 6. stav 1. EKLJP u krivičnom postupku u kome je advokat tuženog morao da čeka skoro 15 sati, do ranih jutarnjih sati, da iznese svoje argumente[4].

U sudskoj praksi u BiH ovaj problem se ogleda u problemima sa kojima se odbrana suočava u pogledu pristupa dokumentima u arhivima raznih državnih organa, imajući u vidu da, iako u skladu sa Zakonom o slobodi pristupa informacijama u BiH odbrana ima pravo pristupa dokumentima, u velikoj većini slučajeva odbrana je prinuđena obraćati se sudovima radi izdavanja naredbe da se odbrani dostave određeni dokumenti.

Poseban problem, koji se sve više pojavljuje u sudskoj praksi sudova u BiH, a koji dovodi u pitanje prava odbrane u kontekstu pravičnosti suđenja je pravo izjašnjenja na sve podneske suprotne strane.

U članu 149. stav 1. ZKP BiH se navodi da se podnesci koji se po ovom zakonu dostavljaju protivnoj stranci predaju Sudu u dovoljnom broju primjeraka za Sud i drugu stranku. Namjera zakonodavca je očigledna - suprotna stranka ima pravo uvida u svaki podnesak druge strane, a njena je odluka da li i kako namjerava da se očituje po tom pitanju.

Jasno je da se bilo kakvo očitovanje jedne strane, koje ima ili nema potencijal da utiče na odluku suda mora dostaviti suprotnoj strani. Ovo je posebno bitno za tzv. odgovore na podneske, ali i za podneske koji

1 Prava odbrane je namjerno odabrani naslov članka, imajući u vidu da se pravo na odbranu u većini slučajeva odnosi na prava okrivljenog, dok su prava odbrane šira i odnose se i na advokate.
2 T. protiv Austrije, 2000.
3 ESLJP: Borgers protiv Belgije, presuda od 30.oktobar 1991. godine, par. 24
4 Makhfi protiv Francuske, 2004.

predstavlju neki zahtjev sudu. Stav je autorki da bi sud trebalo da dostavi i podneske za koje je donio odluku da se iz bilo kog razloga odbacuju, zajedno sa odlukom o odbacivanju.

U tom smislu ide i sudska praksa ESLJP, u kojoj u pogledu sadržaja podnesaka koje je dostavila optužba, Sud ponavlja kako načelo jednakosti stranaka u postupku ne zavisi o daljnjoj, količinski mjerljivoj nepoštenosti, koja proizlazi iz postupovne nejednakosti. Obrana je ta koja treba ocijeniti zaslužuje li neki podnesak reakciju. Stoga je nepošteno da optužba dostavi podneske sudu bez znanja obrane.[5]

Također, u predmetu *Zhuk protiv Ukrajine*, ESLJP zaključuje da „… član 6. Konvencije, uzet kao cjelina, garantuje da osobi optuženoj za krivično djelo treba, generalno, biti omogućeno da prezentira svoj slučaj i efektivno učestvuje u saslušanjima koja se tiču krivičnih optužbi protiv njega.[6]“

U predmetu *Kugler protiv Austrije*, ESLJP je vezao pravo na pravično suđenje sa pravom da stranke imaju saznanja o svim podnijetim opservacijama:„…Koncept pravičnog suđenja, čiji jedan aspekt čini jednakost u oružju, implicira pravo stranaka da imaju saznanja o, i komentiraju, sve uvedene dokaze ili podnijete opservacije …[7]"

Ovo stanovište ESLJP je u skladu i sa praksom Ustavnog suda BiH, gdje se navodi da pravo na pravično suđenje obuhvata i princip jednakosti oružja prema kojem svaka stranka u postupku mora imati razumnu priliku da na takav način i pod takvim uslovima iznese svoj slučaj kako ne bi bila suštinski zapostavljena u odnosu na drugu stranu u postupku[8].

Problem nastaje kada se podnesci jedne strane ne dostavljaju drugoj strani, što u skladu sa izloženom sudskom praksom ESLJP nesumnjivo predstavlja kršenje prava na pravično suđenje. Problem koji se pojavljuje u praksi je da sudovi često odbrani ne dostavljaju izjašnjenja tužilaštva povodom kontrole dalje opravdanosti trajanja pritvora ili mjera zabrane, kao ni odgovore tužilaštva na podneske odbrane. Naravno, postoji iznimka od pravila da se svi podnesci jedne strane dostavljaju drugoj, i to su *ex parte* podnesci, koji se dostavljaju isključivo sudu (ova praksa je stvorena pred međunarodnim sudovima). Međutim, ovi podnesci se podnose iznimno rijetko, i u specifičnim situacijama (zdravstveno stanje branjenika; promjena branioca i sl.).

ESLJP je više puta istakao kako je načelo jednakosti stranaka u postupku jedno od obilježja šireg pojma pravičnog suđenja, koji uključuje i temeljno pravo na kontradiktornost krivičnog postupka. Pravo na kontradiktorni postupak u krivičnom predmetu znači da i optužba i odbrana moraju dobiti priliku da se upoznaju sa očitovanjima i dokazima koje je dostavila i predložila druga strana i da daju primjedbe na njih. Mogu se zamisliti različiti načini na koje nacionalno pravo može ispuniti taj zahtjev. Međutim, bez obzira koja se metoda odabere, njome se treba osigurati da druga strana bude svjesna da je očitovanje podnijeto, te joj treba pružiti stvarnu priliku za davanje primjedbi na njega[9]. Stoga je čak moguće da neka procesna situacija koja ne stavlja stranku u nepovoljniji položaj u odnosu na njenog protivnika ipak predstavlja povredu prava na kontradiktorni postupak ako dotična stranka nije imala priliku saznati za sve predložene dokaze ili dostavljena očitavanja, i na njih dati primjedbe, radi uticaja na odluku suda[10].
Identična stajališta ESLJP je izrazio i u novijem predmetu *Lonić protiv Hrvatske*[11], u kojem je presudio da je došlo do povrede člana 6. stava 1. Konvencije zbog povrede načela jednakosti oružja stoga što Vrhovni sud u žalbenom postupku nije dostavio podnositelju na znanje i eventualni odgovor očitovanje koje je zajedno sa spisom predmeta tom sudu dostavio DORH (Državno odvjetništvo Republike Hrvatske). Pozivajući se na slučaj *Zahirović protiv Hrvatske* (2013.), ESLJP je utvrdio da u okviru hrvatskog sistema žalbenih postupaka očitovanja DORH-a predstavljaju "obrazložena mišljenja o osnovanosti predmeta" kojima je cilj da utiču na odluku Vrhovnog suda tako što se taj sud poziva da odbije žalbu. U takvoj situaciji uopšte nije potrebno utvrđivati je li propuštanje dostave podnositelju očitovanja DORH-a bilo na štetu podnositelja. Povreda postoji i onda ako nema štete za podnositelja (§ 84. presude).

Temeljni zahtjevi koji proizilaze iz prava na kontradiktorni postupak izloženi su, npr., u predmetu *Lazarević protiv Hrvatske*[12]: "Sud ponavlja da pojam pravičnog suđenja implicira i pravo na kontradiktorni postupak. To pravo znači da stranke u krivičnom ili građanskom postupku moraju u načelu imati priliku ne samo obznaniti bilo koji dokaz koji je potreban da bi uspjele sa svojim zahtevima nego i znati za sve predočene dokaze i

5 vidjeti Bulut protiv Austrije, 22. feburara1996., § 49, Izvješća 1996-II, i Josef Fischer protiv Austrije, br. 33382/96, § 19., 17. januara 2002 ;
6 Presuda ELJP, Zhuk protiv Ukrajine, od 21.10.2010. godine, stav 26;
7 Presuda ESLJP, Kugler protiv Austrije, od 14.10.2010. godine, stav 57 ;
8 Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH, broj: AP-214/03, od 30.11.2004. godine, stav 28;
9 vidjeti Brandstetter protiv Austrije, 28. augusta 1991., §§ 66.-67., Serija A br. 211.; Milatová i drugi protiv Češke Republike, br. 61811/00, § 65., ECHR 2005-V i, a fortiori, Krčmář i drugi protiv Češke Republike, br. 35376/97, §§ 41.-45., 3. marta 2000., i OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos protiv Rusije, br. 14902/04, § 538., 20.septembra 2011;
10 vidjeti naprijed citirani predmet Krčmář i drugi, §§ 38.-46., 3., i Gregačević protiv Hrvatske, br. 58331/09, § 50., 10. jula 2012.;
11 Presuda, 4. decembra 2014., zahtev br. 8067/12;
12 Odluka, 30. septembra 2010., zahtjev br. 61435/08;

podnesena očitovanja i davati primedbe na njih s namjerom da utiču na odluku suda ... Ta se situacija ne mijenja kad su očitovanja neutralna prema pitanju o kojem sud treba odlučiti ili, prema mišljenju tog suda, ne predstavljaju nikakvu činjenicu ili tvrdnju koja se već ne nalazi u osporenoj odluci ..."

Vrijeme i mogućnosti za pripremu odbrane

Zakon o krivičnom postupku BiH ne propisuje nikakva prava odbrane u vezi sa mogućnošću (uslove) za pripremu odbrane, dok je u članu 7. stav 3. ZKP BiH propisano da se osumnjičenom, odnosno optuženom mora osigurati dovoljno vremena za pripremu odbrane.

Suštinski, najvažniji član ZKP BiH koji se odnosi na prava odbrane je član 50. stav 1., u kojem se navodi da branilac 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.

Pojmovi "vrijeme" i "mogućnosti" su u većini slučajeva međusobno tijesno povezani. Kao što je već istaknuto, postoji znatno preklapanje između prava zajamčenih ovim članom i prava zaštićenih članom 6. stav 3. tačka (c) i članom 6. stav 3. tačka (a) EKLJP, kao i opštih načela pravičnosti u smislu člana 6. stav 1. EKLJP. Kako bi se utvrdilo da li su ove odredbe poštovane, neophodno je imati uvid u cjelinu položaja odbrane, a ne samo u položaj optuženog[13].

Pitanje šta su to "mogućnosti" neophodne za pripremu odbrane takođe u velikoj mjeri zavisi od konkretnih okolnosti, mada postoje izvjesne mogućnosti, kao što je pravo optuženog da komunicira sa svojim advokatom, koje se mogu smatrati suštinski značajnim. Pravo na komunikaciju sa advokatom se može, međutim, u izvjesnoj mjeri ograničiti. U slučaju da je optuženi pritvoren u samicu i da mu je onemogućeno da u nekom ograničenom periodu komunicira sa svojim advokatom, ne može se reći da je prekršen član 6. stav 3. tačka (b) EKLJP ukoliko on ima prilike da na adekvatan način komunicira sa svojim advokatom u neko drugo vrijeme[14]. U drugom predmetu, utvrđeno je da nije prekršen član 6. stav 3. tačka (b) EKLJP kada je advokatu naloženo da se obaveže da svome klijentu neće otkriti identitet nekih svjedoka[15].

Pored toga, član 6. stav 3. tačka b) EKLJP garantuje optuženom pravo na adekvatne uslove za pripremu odbrane. ESLJP je naglasio da ovo pravo „implicira da bitne radnje odbrane poduzete u njegovo ime mogu obuhvatati sve što je „neophodno" da se pripremi za suđenje", te da „optuženi mora imati mogućnost organizovanja svoje odbrane na odgovarajući način i bez ograničenja mogućnosti da ponudi sve relevantne argumente odbrane pred sud i time utiče na ishod postupka"[16].

Komunikacija advokat-branjenik

Član 48. ZKP BiH propisuje da osumnjičeni odnosno optuženi ima pravo usmeno ili pismeno odmah komunicirati sa braniocem, ako se nalazi u pritvoru, prilikom razgovora mogu biti posmatrani, ali se ne smije slušati njihov razgovor. Ova garancija je ponovljena u članu 144. stav 5. ZKP BiH, kojim je propisano pravo slobodne i neometane veze sa braniocem na strani pritvorenika. U tom smislu je u članu 67. stav 6. ZKP BiH (Privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljaka) navodi da se mjere poduzete u skladu sa ovim članom ne mogu primjenjivati na pisma, telegrame i druge pošiljke razmijenjene između osumnjičenog, odnosno, optuženog i njegovog branitelja. Također, u skladu sa članom 116. stav 4. ZKP BiH se odredbe o komunikaciji osumnjičenog i branioca shodno primjenjuju i u pogledu razgovora lica prema kome su određene posebne istražne radnje. Dakle, može se zaključiti da postoji zakonska zaštita prava na privilegiranu komunikaciju sa braniocem, ali su u sudskoj praksi u sudovima u BiH česte situacije kada ove garancije nisu poštovane. To se odnosi na neadekvatne uslove za razgovore u pritvorskim jedinicama (staklo), pregled dokumenata odbrane od strane stražara, pa do činjenica da se prilikom pretresa prostorija i lica izuzimaju dokumenti i analize odbrane, koji se onda ne samo čine dostupnim tužilaštvu, nego se i ne vraćaju odbrani.

MKSJ je u predmetu *Tužitelj protiv Gotovine i dr.* izdao sudski nalog kojim se privremeno zabranjuje Republici Hrvatskoj da vrši pregled računara zaplijenjenih od odbrane, a koji navodno sadrže povjerljive informacije relevantne za dalje razmatranje spornog pitanja[17]. U toj odluci je MKSJ zaključio da bi pretraga i zapljena materijala Gotovinine odbrane od strane Republike Hrvatske mogla, ovisno o proceduri primjenjivanoj kod zapljene tih materijala, dovesti do situacije u kojoj zaštita zajamčena pravilom 97. nije osigurana[18].

13 Krempovskij protiv Litvanije (dec), 1999.
14 Bonzi protiv Švajcarske (dec)
15 Kurup protiv Danske (dec)
16 ESLJP, Vyerentsov protiv Rusije, presuda od 11.04.2013. (11.07.2013.), para. 75; Can protiv Austrije, presuda od 30.09.1985, para. 53; Connolly protiv UK (dec.), presuda od 26.06.1996; Mayzit protiv Rusije, presuda od 20.01.2005., para. 78;
17 Odluka po zahtjevima da se izdaju sudski nalozi kojima se Republici Hrvatskoj privremeno zabranjuju određeni postupci i obrazloženje uz Nalog Vijeća od 11.12.2009. godine, MKSJ, *Tužilac protiv Gotovine i dr.*, broj: IT-06-90-T, od 18.12.2009. godine, stav 17;
18 Odluka po zahtjevima da se izdaju sudski nalozi kojima se Republici Hrvatskoj privremeno zabranjuju određeni postupci i obrazloženje uz Nalog Vijeća od 11.12.2009. godine, MKSJ, *Tužilac protiv Gotovine i dr.*, broj: IT-06-90-T, od 18.12.2009. godine, stav 37;

U predmetu *Odžalan protiv Turske*, 2003, podnosiocu predstavke je suđeno pred Sudom za državnu bezbjednost pod optužbom da je rukovodio jednom zabranjenom političkom strankom, PKK[19]. Sud je istovremeno razmotrio nekoliko žalbi zajedno i konstatovao da podnosiocu predstavke njegovi advokati nisu pomagali u vrijeme dok je ispitivan u policijskom pritvoru, da nije mogao da komunicira sa njima nasamo, i da nije mogao da ima direktan uvid u spise predmeta sve do vrlo kasne faze u postupku. Osim toga, Sud je konstatovao da su bila nametnuta i ograničenja u vezi sa brojem i dužinom posjeta njegovih advokata, kao i da njegovim advokatima nije bio omogućen valjan uvid u spis sve do pozne faze. Sud je zaključio da je ukupni rezultat djelovanja svih ovih teškoća, sagledano u cjelini, kao i činjenica da je podnosiocu predstavke suđeno pred sudom koji nije bio ni nezavisan, ni nepristrasan, predstavljala ozbiljno kršenje njegovog prava na odbranu odnosno da je bio prekršen član 6. stav 1, u vezi sa članom 6. stav 3. tačka (b) i tačka (c) EKLJP.

Vrijedi podsjetiti na izdvojeno mišljenje sudije Margarite Cace-Nikolovske, u okviru odluke Ustavnog suda BiH o apelaciji AP-220/11, u kojem se navodi: "Onemogućena komunikacija između advokata i njegovog klijenta zbog načina pretresanja advokata pri posjeti u zatvor pitanje je koje se treba ispitati a ne odbaciti. Ovakav način postupanja se treba tretirati i s aspekta da li je to eventualno onemogućilo advokata da pripremi zahtjev za ponavljanje postupka zbog novih činjenica u korist osuđenog lica. Sve te okolnosti ulaze u okvir člana 6. Evropske konvencije zbog nekoliko razloga koji proizilaze iz prakse Evropskog suda: 1. Garancije koje su predviđene članom 6. Evropske konvencije ne primjenjuju se samo na sudske postupke nego i na postupke prije i poslije sudskih postupaka. Restriktivno tumačenje člana 6. ne bi išlo u prilog ostvarivanju cilja i namjene ovog člana. 2. Kad država u svom nacionalnom pravu predvidi određeno pravo na pravni lijek, taj postupak mora biti u skladu s garancijama koje su obuhvaćene u članu 6., a način na koji se oni primjenjuju mora da zavisi od posebne karakteristike postupaka. 3. Teoretska i iluzorna prava predviđena u legislativi a u praksi onemogućena, ne zbog legalnih razloga, nisu u skladu sa standardima prava na pravično suđenje uzeto u cjelini. Stav 4. člana 6. obuhvata postupak izvršavanja sudskih presuda.

Pravo da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere - član 6. stav 3 tačka (c) EKLJP

Član 5. ZKP BiH propisuje osnovna prava osobe lišene slobode, a za ovaj rad su bitna ona koja se odnose na pravo na branioca kojeg može sama izabrati i pravo da joj se postavi branilac, ukoliko zbog zbog imovinskog stanja ne može snositi troškove odbrane (suštinski ista prava su malo detaljnije razrađena u članu 7. stavovi 1. i 2. ZKP BiH). Članom 39. ZKP BiH su detaljnije propisani uslovi za branioce, kao i krug lica koja mogu uzeti branioca okrivljenom, dok član 41. ZKP BiH propisuje ko ne može biti branilac. Član 45. ZKP BiH propisuje situacije u kojima je obavezna odbrana.

Prava koja su zajamčena članom 6. stav 3. tačka (c) EKLJP predstavljaju važan element prava na odbranu. Tu postoje tri posebna elementa - pravo pojedinca da se brani lično, mogućnost da u određenim okolnostima izabere advokata i pravo na besplatnu pravnu pomoć u slučaju da nema dovoljno sredstava da plati pravnu pomoć, a interesi pravde nalažu da mu se ta pomoć pruži. Prema tome, zahtjevi “interesa pravde” moraju biti u centru pažnje sve vrijeme trajanja, odnosno u svim fazama postupka. Trebalo bi posebno preispitati odluku kojom se pravna pomoć odbija ukoliko u nekoj docnijoj fazi postupka postane vidljivo da interesi pravde nalažu pružanje pravne pomoći. U predmetu *Granger*, nije odobrena pravna pomoć kada se radilo o žalbi za koju se (po savjetu advokata) smatralo da nema nikakvih realnih izgleda za uspjeh. U raspravi po žalbi postalo je očigledno da je iskrslo jedno dosta komplikovano pravno pitanje. Sud je smatrao da bi bilo u interesu pravde da je od tog trenutka bila pružena pravna pomoć, i da je zbog činjenice da prvobitna odluka o odbijanju pravne pomoći nije preispitana došlo do kršenja člana 6. stav 3. tačka (c) EKLJP.

U predmetu *Quaranta protiv Švajcarske*, 1991, podnosiocu predstavke je odbijen zahtjev za pružanje besplatne pravne pomoći u postupku pred istražnim sudijom kao i na suđenju, na osnovu zaključka da interesi pravde ne nalažu pružanje pravne pomoći i da slučaj sam po sebi nije složen. Podnosilac predstavke je oglašen krivim i osuđen na šest mjeseci zatvora. Sud je uzeo u obzir da je maksimalna dužina zaprijećene kazne iznosila tri godine za navedeno krivično djelo, kao i lične okolnosti u kojima se podnosilac predstavke nalazio, kao što je, na primjer, činjenica da je riječ o mladiću, strancu koji nema dovoljno sredstava za život, a za sobom ima istoriju narkomanije. Sud je zaključio da, zbog toga što se pred istražnim sudijom, a potom i na samom suđenju pojavio bez pravnog zastupnika, podnosilac predstavke nije mogao da prezentira svoj slučaj na odgovarajući način. Prema tome, bio je prekršen član 6. stav 3. tačka (c) EKLJP. Ovaj predmet takođe pokazuje da se prava koja su zajamčena članom 6. stav 3. tačka (c) EKLJP ne primjenjuju samo u fazi sudskog postupka, već i u istražnoj fazi, ukoliko se nekom licu stavlja na teret neko krivično djelo.

U predmetu *Berlinski protiv Poljske*, 2002, podnosioci predstavke su bili u pritvoru do suđenja godinu dana prije no što su dobili odgovor na svoj zahtjev za pravnu pomoć; radilo se o krivičnom djelu - pružanje otpora policiji. Sud je priznao da u ranim fazama istražnog postupka mogu biti primijenjena izvjesna ograničenja kada je riječ o pravu na korišćenje pravne pomoći. Međutim, član 6. stav 3. tačka (c) EKLJP nije mogao dopustiti poljskim vlastima da toliko dugo ignorišu zahtjeve podnosilaca predstavke, obzirom na to da je u tom periodu

19 Radnička partija Kurdistana

obavljen izvjestan broj procesnih radnji, uključujući ispitivanje podnosilaca predstavke i njihove ljekarske preglede. Prema tome, došlo je do kršenja člana 6 stav 3 tačka (c) EKLJP.

Optuženi može da se brani putem branioca koga sam izabere samo ukoliko ima dovoljno sredstava da to plati[20]. Ako optuženi ne raspolaže neophodnim sredstvima, od njega se samo može tražiti da se sam brani ukoliko "interesi pravde" ne nalažu da ga zastupa branilac. Pravo na izbor branioca postoji onda kada optuženi ima dovoljno novčanih sredstava da tog branioca plati. Optuženi koji koristi pravnu pomoć nema pravo na osnovu člana 6. stav 3. tačka (c) EKLJP da izabere svog branioca, niti da u tom pitanju bude konsultovan[21]. Pravo na izbor branioca - čak i onda kada optuženi ima dovoljno sredstava - ni u kom slučaju nije apsolutno, budući da je država slobodna da reguliše pojavljivanje branilaca pred sudom i da, u izvjesnim okolnostima, onemogući pojavu određenih pojedinaca. Država, na primjer, može propisati kvalifikacije kao uslov za one koji imaju pravo da se pojave pred sudom, kao i pravila profesionalnog ponašanja kojima oni moraju da se rukovode prilikom pojavljivanja pred sudom. Ograničenje broja branilaca (na tri) koji imaju pravo da se pojave pred sudom u ime jednog optuženog, ocijenjeno je kao kompatibilno sa stavom 6. stav 3. tačka (c) EKLJP, baš kao što sa tim stavom kompatibilno i isključenje pojedinih advokata, zbog postojanja osnovane sumnje da podržavaju neke kriminalne grupe sa kojima su optuženi navodno povezani[22].

Tamo gdje se optuženom sudi *in abstentia*, član 6. stav 3. tačka (c) zahtjeva da njegov branilac zastupa svog odbjeglog klijenta[23].

U predmetu *Czekalla protiv Portugalije*, 2002, podnosilac predstavke, državljanin Njemačke, bio je uhapšen zbog krijumčarenja droge. U početnoj fazi postupka određen mu je branilac po službenoj dužnosti. Na njegov zahtjev je tokom suđenja imenovana nova advokatica. Pošto je podnosilac predstavke oglašen krivim, advokatica je uložila žalbu Vrhovnom sudu, ali je žalba odbačena uz obrazloženje da advokatica nije uz nju priložila nikakve druge potrebne podneske, već se samo pozvala na kršenje nekoliko zakona. Sud je utvrdio da je u ovom slučaju bio prekršen član 6. stav 3. tačka (c) EKLJP jer je nemarno ponašanje advokatice - činjenica da nije ispunila formalne zahtjeve za žalbu - dovelo do toga da je njen branjenik bio lišen mogućnosti žalbe, što je posebno važno u kontekstu ozbiljnosti krivičnih djela koja su mu stavljena na teret i činjenice da je bio stranac u Portugaliji.

Valja, međutim, primijetiti da se o kršenju člana 6. stav 3. tačka (c) EKLJP može govoriti samo onda kada se greške i nedostaci u pravnom zastupanju mogu pripisati državnim vlastima. U predmetu *Tripodi protiv Italije*, 22/2/1994, branilac podnosioca predstavke je bio bolestan te stoga nije mogao da prisustvuje raspravi pred Kasacionim sudom, a taj sud je odbio zahtjev za odlaganje i o predmetu odlučivao u odsustvu branioca, na osnovu pismenih podnesaka. Budući da sam branilac nije preduzeo ništa što bi obezbijedilo da ga neko zamijeni na dan rasprave, Sud je zaključio da u tom slučaju nije bio prekršen član 6. stav 3. tačka (c) EKLJP.

U sudskoj praksi ESLJP je jasno ustanovljena sudska praksa po kojoj se država u normalnim okolnostima ne može smatrati odgovornom za odluke i radnje advokata optužene osobe (vidi *Stanford*, § 28), jer je ponašanje advokata odbrane u suštini stvar koja je između branjenika i njegovog advokata, bilo da je taj advokat imenovan putem besplatne pravne pomoći ili se privatno plaća (vidi *Czekalla protiv Portugala*, br. 38830/97, § 60, ECHR 2002□VIII; vidi i *Bogumil protiv Portugala*, br. 35228/03, § 46, 7. oktobra 2008). Međutim, u slučaju očiglednog nepostupanja advokata imenovanog putem sheme besplatne pravne pomoći, i nepružanja adekvatnog zastupanja, član 6. stav 3. tačka (c) EKLJP traži od državnih vlasti da intervenišu (ibid).

U sudskoj praksi MKSJ se navodi da učesnik u sistemu pravne pomoći Međunarodnog suda ima pravo da mu se dodijeli kompetentan branilac[24]. Podrazumijeva se da je dodijeljeni branilac kompetentan i ta presumcija se može pobiti samo ako se dokaže suprotno[25]. Između ostalog, žalilac mora pokazati "krajnju nekompetentnost" dodijeljenog branioca[26].
Autori smatraju da većina sudova u BiH pravilno postupa dostavljanjem liste branilaca optuženim licima radi izbora branioca. Na taj način se svakako izbjegava odgovornost suda, tj. države za izbor branioca, jer je

20 Videti gore navedeni predmet Campbell i Sell
21 Videti presudu u predmetu Krempovskij o kojoj je ovde već bilo govora.
22 Enasslin i drugi protiv nemačke, (dec), 8/7/1978.
23 Karatas Aksari protiv Francuske, 2002.
24 Drugostepena presuda u predmetu *Akayesu*, par. 76; *Vidi i* predmet *Halilović*, Odluka po interlokutornoj žalbi u vezi s uvrštavanjem u spis zapisa razgovora s optuženim koji je na usvajanje ponuđen izravno u sudnici □*Tužilac protiv Sefera Halilovića,* predmet br. IT-01-48-AR73.2, Odluka po interlokutornoj žalbi u vezi s uvrštavanjem u spis zapisa razgovora s optuženim koji je na usvajanje ponuđen izravno u sudnici, 19. avgust 2005.□, par. 61, 62. *Vidi i* Pravilnik, Pravilo 45(A)-(B); Uputstvo za dodjelu branioca po službenoj dužnosti, član 14.
25 Drugostepena presuda u predmetu *Akayesu*, par. 77, 78; *Vidi i* predmet *Tadić,* Odluka po zahtjevu žalioca za produženje roka i izvođenje dodatnih dokaza □*Tužilac protiv Duška Tadića, zvanog Dule,* predmet br. IT-94-1-A, Odluka po zahtjevu žalioca za produženje roka i izvođenje dodatnih dokaza, 16. oktobar 1998.□, par. 48.
26 Drugostepena presuda u predmetu *Akayesu*, par. 77, 78, 80. *Vidi i* predmet *Tadić*, Odluka po zahtjevu žalioca za produženje roka i izvođenje dodatnih dokaza, par. 49

osumnjičenom/optuženom pružena mogućnost da izabere branioca koji će ga braniti po službenoj dužnosti. Pravilno postupaju sudovi i kada na zahtjev optuženog zamijene branioca po službenoj dužnosti, posebno zbog važnosti odnosa povjerenja između optuženog i njegovog branioca. Praksa MKSJ je bila da je optuženi dužan da Sekretarijatu dostavi valjane razloge zbog kojih traži zamjenu branioca imajući u vidu da su na prethodnog branioca već potrošeni određeni resursi, a posebno što bi zamjenom branioca došlo do odugovlačenja postupka zbog dodatnog vremena za pripremu odbrane.

ISTRAGA ODBRANE

Reformom krivičnopravnog zakonodavstva 2003. godine i prenošenjem istrage u krivičnom postupku u cjelosti u nadležnost tužilaštva, u skladu sa pravilom o jednakosti stranaka u postupku, odbrana je stekla pravo na sprovođenje sopstvene istrage, iako istraga odbrane uopšte nije regulisana zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini.

Zbog potpunog izostanka zakonske regulative, na istragu odbrane se primjenjuju odredbe zakona o krivičnom postupku na osnovu sistemskog tumačenja zakona (upoređivanjem i dovođenjem u vezu pojedinog propisa istog ili različitog zakona) i analogije, kao načina stvaranja prava (rješavanje konkretnog slučaja primjenom zakonskog propisa koji reguliše najsličniji slučaj - zakonska analogija, s jedne strane, i primjena pravnih načela na kojima se zasniva izvjesna grana prava ili cjelokupno pravo jedne države - pravna analogija).

Odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine[27] koje su primjenjive na konkretnu situaciju su član 14. stav 1, koji propisuje obavezu suda da stranke i branioce tretira na jednak način i da svakoj od strana pruži jednake mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu. Članom 21. stav 2. ZKP BiH propisano je da su svi organi vlasti dužni službeno sarađivati sa sudom, tužiocem i drugim organima koji učestvuju u krivičnom postupku. Postavlja se pitanje da li ove odredbe mogu analogno da se primijene i na odbranu imajući u vidu da odbrana nije državni organ, ali svakako jeste organ u postupku.

Istraga predstavlja radnje prikupljanja dokaza kojima se dokazuje postojanje ili nepostojanje određene činjenice. Istraga je i prikupljanje svih drugih relevantnih informacija koje su potrebne za efikasnu odbranu i upoznavanje slučaja, a naročito informacija koje će se koristiti tokom unakrsnog ispitivanja svjedoka tužilaštva.

Cilj istrage predstavlja prikupljanje dokaza kojima se pobijaju tvrdnje i dokazi tužilaštva, s jedne strane, i prikupljanje dokaza kojima se potvrđuju tvrdnje odbrane, s druge strane.

1. Radnje dokazivanja

Radnje dokazivanja prema ZKP BiH su: pretresanje stana, prostorija i osoba, privremeno oduzimanje predmeta i imovine, ispitivanje osumnjičenog, saslušanje svjedoka, uviđaj i rekonstrukcija i vještačenje.

Nije sporno da odbrana ima pravo da tokom postupka predlaže saslušanje svjedoka, da u zakonom određenim slučajevima učestvuje u uviđaju i rekonstrukciji, kao i da predlaže sprovođenje vještačenja.

Pretresanje i privremeno oduzimanje predmeta mogu biti značajni za odbranu u slučaju kada se odbrana zasniva na tezi da je krivično djelo počinilo drugo lice. Odredbama članova 53. i 65. ZKP BiH je propisano da naredbu za pretresanje/oduzimanje predmeta može izdati sud na zahtjev tužioca ili na zahtjev ovlaštenih službenih lica koja su dobila odobrenje od tužioca. Odbrana bi u ovom slučaju imala pravo da predloži tužiocu da od suda traži izdavanje naredbe za pretresanje, a što bi tužilac bio dužan da uradi shodno obavezama tužioca propisanih odredbama člana 14. stav 2. ZKP BiH, kojima je izričito propisana obaveza tužioca i drugih organa koji učestvuju u postupku da s jednakom pažnjom ispituju i utvrđuju i činjenice koje idu u korist osumnjičenom, odnosno optuženom.

Tokom svoje istrage, odbrana će se susresti sa tri vrste svjedoka: svjedoci tužilaštva, svjedoci odbrane i svjedoci koji odbijaju da razgovaraju sa odbranom, bilo da se radi o svjedocima tužilaštva ili svjedocima koje odbrana ima namjeru da predloži da se saslušaju tokom postupka.

Postoji i mogućnost da sud po službenoj dužnosti pozove određena lica u svojstvu svjedoka. Niti u praksi, a posebno ne u zakonu nije riješeno pitanje prethodnog razgovora strana (odbrane i tužilaštva) sa ovom vrstom svjedoka. Posebno je ovaj problem značajan, imajući u vidu činjenicu da ovi svjedoci po pravilu neće biti saslušani u istrazi, odnosno, neće postojati prethodna izjava.

a) Svjedoci tužilaštva

Odbrana ima pravo da razgovara sa svjedocima čije saslušanje je predložilo tužilaštvo. Sudska praksa u BiH je u početku bila raznolika, ali se može smatrati da je odluka Suda BiH u predmetu broj: S1 1 K 007914 12 Krž od 15.05.2012. godine prva u kojoj je izričito navedeno da odbrana to pravo ima.

Sudska praksa Suda BiH je u ovoj oblasti posebno napredovala jer je rješenjem broj: S1 1 K 017682 14 Kro od

27 S obzirom na sličnost odredbi Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine i Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH, kao i Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, radi jednostavnijeg praćenja, autori će se pozivati samo na odredbe članova Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

20.01.2015. godine i optuženim licima dozvoljen kontakt sa svjedocima tužilaštva, imajući u vidu odredbu člana 7. stav 1. ZKP BiH, kojim se optuženom licu daje pravo da se brani sam ili uz stručnu pomoć branioca.

Sudska praksa Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju je stala na stanovište da odbrana ima pravo da razgovara sa svjedocima tužilaštva pod uslovom da o tome obavijesti tužilaštvo, s tim da svjedok ima pravo da insistira da predstavnik tužilaštva bude prisutan razgovoru.

Cilj razgovora sa svjedocima tužilaštva **nije i ne smije da bude** ubjeđivanje svjedoka da promijeni svoj iskaz. Pretežni cilj je da se svjedok ispita na okolnosti na koje ga tužilaštvo nije ispitalo ili, po mišljenju odbrane, nije detaljno ispitalo. Tokom tog razgovora dozvoljeno je svjedoku pokazati dokumente koji ukazuju na netačnost njegovih tvrdnji u iskazu datom tužilaštvu, kao što je i dozvoljeno ispitivati svjedoka na okolnosti njegovog kredibiliteta.

b) Svjedoci odbrane

Branilac ili optuženi/osumnjičeni mogu lično ispitati svjedoka ili za to angažovati istražitelja. Ni jednim pozitivnopravnim propisom u BiH nije regulisano finansiranje istrage odbrane, niti su troškovima krivičnog postupka obuhvaćene naknade za istražitelje. Izostanak regulative u ovom slučaju može potencijalno dovesti do problema upostavljanja efikasne odbrane u smislu prava na pravičnost suđenja.

c) Svjedoci koji ne žele razgovarati sa odbranom

Članom 81. ZKP BiH je propisano da poziv za svjedočenje dostavlja tužilac, odnosno sud. Pozivajući se na načelo jednakosti stranaka u postupku i dužnost suda i tužilaštva da prikupljaju i dokaze koji idu u prilog optuženom, odbrana bi trebalo da bude u mogućnosti da od suda traži da pozove svjedoka i da mu naloži da razgovara sa odbranom. Autori ovog članka nisu pronašli sudsku praksu domaćih sudova u ovom smislu, pa samim tim ni zahtjeve odbrane te vrste. MKSJ je u više navrata izdavao obavezujuće naloge svjedocima da razgovaraju sa odbranom, a naročito ako se radilo o svjedocima koje je odbrana planirala da predloži u dokaznom postupku odbrane. Pravilom 54. Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ je propisano sljedeće: "Na zahtjev bilo koje strane ili *proprio motu*, sudija ili pretresno vijeće mogu izdavati naloge, sudske pozive, naloge *subpoena* (obavezujući nalog za svjedočenje), naloge za hapšenje i dovođenje i druge naloge koji su potrebni za vršenje istrage ili pripremu i vođenje suđenja.

2. Postupak istrage

Postupak istrage bi trebalo da teče u sljedećim fazama:

- Izrada teorije predmeta odbrane
- Izrada plana istrage
- Izbor istražitelja
- Sprovođenje istrage
  - saslušanje svjedoka
  - prikupljanje dokumenata i drugih potencijalnih materijalnih dokaza.

a) Izrada teorije predmeta odbrane

Izrada teorije predmeta odbrane je preduslov za planiranje istrage. Za izradu teorije predmeta odbrane neophodna je prethodna detaljna analiza predmeta tužilaštva – analiza optužnice i dokaza koji je potkrepljuju. Teorija predmeta odbrane za polaznu tačku mora imati činjenice i dokaze koji su najpovoljniji za tužilaštvo. Za svaki činjenični i pravni navod koji iznese tužilaštvo, odbrana mora pokušati da pruži alternativni odgovor koji sugeriše na nevinost optuženog ili dovodi u pitanje zakonitost i vjerodostojnost dokaza tužilaštva i kredibilitet svjedoka. Najvažniji izvor informacija za odbranu je sam optuženi.

b) Izrada plana istrage

Plan istrage se bazira na **analizi optužnice**: obim i težina krivičnog djela; broj svjedoka; broj oštećenih; trajanje radnji djela izvršenja; uloga optuženog – naročito položaj optuženog u političkoj i vojnoj hijerarhiji; obim ovlašćenja optuženog. U slučaju komandne odgovornosti – analiza radnji direktnih izvršilaca i veza sa optuženim.

Potrebno je sačiniti **spisak glavnih tema** na koje će se istraga usmjeriti u prikupljanju dokumenata i pronalaženju svjedoka koji imaju saznanja o istim.

Sortiranje postojećih dokaza predstavlja podjelu dokumenata i svjedoka po temama na koje se odnose (koji dokumenti/izjave se odnose na koje navode u optužnici)

Potrebno je sačiniti **spisak potencijalnih dokumenata** sa navođenjem sadržaja dokumenata koje je potrebno pribaviti i nazivi organa koji su izdali određene dokumente ili određenu vrstu dokumenata.

Plan istrage obuhvata i sačinjavanje **spiska potencijalnih svjedoka** koje je potrebno pronaći i s njima obaviti razgovor.

Kontakti: od kojih lica i organa je moguće dobiti određene dokumente, odnosno pomoću kojih je moguće pronaći određene svjedoke.

c) Izbor istražitelja

Pitanja koja je potrebno razmotriti prilikom izbora istražitelja:

- Obim istrage;
- Potrebne kvalifikacije, iskustvo, raniji rezultati;
- Dostupni resursi.

Vrste istražitelja:

- Privatni istražitelj (prednosti: profesionalizam, već uspostavljeni kontakti i isprobane metode istrage; nedostaci: nedovoljno prihvatnih istražitelja u BiH, problem kontinuiteta, tj. obaveza prema drugim klijentima koje privatni istražitelj ima)
- Profesionalci iz odgovarajuće oblasti (vojska, policija, pravnici). Osnovna prednost - dobro poznavanje materije o kojoj se sprovodi istraga i zakonske regulative.
- Član tima odbrane. Usljed nedostatka resursa, istragu odbrane najčešće sprovodi sam branilac. Ukoliko sam branilac saslušava svjedoke, poželjno bi bilo da bude u pratnji još jedne osobe, tako da branilac ne dovede sebe u situaciju da bude svjedok o činjenicama koje istražuje i da preduprijedi sve potencijalne optužbe u vezi sa zastrašivanjem svjedoka i drugim vršenjem uticaja na svjedoke.

d) Saslušanje svjedoka

Dobra priprema za saslušanje je ključ uspješnog razgovora sa svjedokom. Ukoliko je svjedok već davao izjave u drugim predmetima ili istražnim organima, te izjave je potrebno detaljno proučiti.

Opšti plan razgovora koji se odnosi na sve svjedoke obuhvata sačinjavanje:

- Spiska svjedoka
- Redoslijeda saslušanja svjedoka
- Teme i nacrt pitanja.

Plan razgovora za svakog pojedinog svjedoka obuhvata:

- Osnovne informacije o svjedoku: ime, adresa, broj telefona, zanimanje;
- Prethodna ocjena svjedoka: npr. prijateljski raspoložen, neutralan, neprijateljski raspoložen;
- Vrsta svjedoka: oštećeni, očevidac, svjedok o ličnosti optuženog.
- Nacrt pitanja: odlučiti da li da se napravi spisak svih pitanja, dok je preporučljivo da se napravi samo spisak teza za razgovor. Spisak pitanja često dovodi do toga da se istražitelj skoncentriše na čitanje pitanja umjesto na odgovore koje svjedok daje. Odgovori često za sobom povlače potrebu za određenim potpitanjem i razjašnjenjem. Istražitelj se može koristiti i tehnikom sačinjavanja spiska očekivanih odgovora umjesto samih pitanja.
- Spisak dokumenata koje je potrebno pokazati svjedoku.
- Spisak dokumenata za koje se očekuje da ih svjedok ima u svom posjedu.

Postupak saslušanja započinje predstavljanjem i kratkim objašnjenjem svrhe razgovora, pri čemu se objašnjenje ograničava na potrebni minimum kako bi se izbjegla kontaminacija izjave. **Nikako svjedoku ne čitati osnove sumnje ili navode iz optužnice.** Istražitelj se mora ponašati profesionalno i odnositi se prema svjedoku sa poštovanjem. Zabranjeno je davanje lažnih informacija svjedoku (npr. drugi svjedok je izjavio potpuno drugačije). Svjedoku bi trebalo omogućiti da priča slobodno sa minimalnim upadicama. Međutim, svjedocima je često nejasno šta je bitno za istragu, te se svjedok pitanjima i potpitanjima usmjerava na suštinu predmeta razgovora i sprečava da priča o nebitnim stvarima. Ukoliko se čini da su svjedoku i te stvari, nebitne odbrani, izuzetno bitne, trebalo bi mu omogućiti da to iznese, jer se tako svjedok osjeća opuštenije u razgovoru. Prilikom razgovora je potrebno obratiti pažnju na neverbalnu komunikaciju, te ocijeniti: pristrasnost/ lični interes u predmetu; iskrenost; stav prema optuženom; sva druga pitanja koja mogu eventualno uticati na kredibilitet svjedoka, te to zabilježiti.

Tehnike vođenja razgovora/uzimanja izjava:

- **Sastav pisane izjave od strane svjedoka**: Istražitelj može od svjedoka tražiti da sam sačini pisanu izjavu na određene okolnosti i zatim mu postaviti dopunska pitanja.

Prednosti: svjedok se prilikom ovakvog načina ispitivanja osjeća opuštenije, ima dovoljno vremena da razmisli, ne osjeća da je ispitivan, ušteda vremena za istražitelja.

Mane: nemogućnosti kontrolisanja informacija koje su date u izjavi (svjedok će često da navede veliki broj nebitnih informacija). Pojašnjenja izjave je uvijek bolje tražiti dok svjedok daje izjavu nego naknadno.

- **Saslušanje svjedoka/intervju:** Poželjno je da razgovoru prisustvuju dvojica istražitelja zbog hvatanja bilješki ukoliko se razgovor ne snima, te zbog postojanja svjedoka o načinu ispitivanja i smanjenja mogućnosti da istražitelj bude optužen za uticaj na svjedoke, a da pri tome nema sopstvenog svjedoka o toku razgovora. Prisustvo više od dva istražitelja se ne preporučuje jer se time na svjedoka ostavlja utisak kao da je "na optuženičkoj klupi". Razgovori jedan-na-jedan su opušteniji za svjedoke pošto ostavljaju utisak da se radi o razgovoru, a ne o ispitivanju. Manje je vjerovatno da će kasnije svjedok tvrditi da nešto nije rekao ili da je pogrešno unešeno u zapisnik, ukoliko zna da je više lica posvjedočilo onome što je on izjavio. Nije dozvoljeno koristiti sugestivna pitanja.

Istražitelj može od svjedoka tražiti da potpiše svoju izjavu.

Ovo nije obavezno, ali svojim potpisom svjedok potvrđuje tačnost onoga što je izjavio, a što posebno može biti važno ako svjedok kasnije promijeni svoj iskaz.

Član 151 ZKP-a predviđa obavezu sačinjavanja zapisnika o svakoj radnji.

Postavlja se pitanje da li se ovo odnosi i na odbranu?

U dosadašnjoj praksi je uspostavljeno da odbrana nije obavezna da sačinjava zapisnike o saslušanju svjedoka, ali ako isti sačini, onda bi odbrana bila dužna da taj zapisnik objelodani tužilaštvu prije svjedočenja.

Postavlja se i pitanje mogućnosti upotrebe zapisnika o saslušanju svjedoka od strane odbrane tokom postupka. Praksa još uvijek nije jasno dala odgovor na ovo pitanje, ali bi isto najvjerovatnije trebalo razriješiti primjenom načela jednakosti stranaka u postupku.

OBJELODANJIVANJE MATERIJALA

Opšta razmatranja

Odredbama člana 6. stav 2. ZKP BiH propisano je da se osumnjičenom, odnosno optuženom mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist, i to u Glavi I Zakona kojom se regulišu osnovna načela u postupku.

Objelodanjivanje materijala je propisano članom 47. ZKP BiH, i to u Glavi VII Zakona kojom se regulišu prava i obaveze branioca. Nejasno je zbog čega se zakonodavac odlučio na ovakvu sistematiku, jer pravo pregledanja spisa i dokaza je prvenstveno pravo osumnjičenog, odnosno optuženog, a osim u slučajevima obavezne odbrane, osumnjičeni, odnosno optuženi, ima pravo da izabere da li će se braniti sam ili uz stručnu pomoć.

Odbrana u istrazi ima neograničeno pravo uvida u dokaze i druge materijale koji idu u korist osumnjičenom, a nakon podizanja optužnice i u sve druge dokaze i materijale. Kao što je ranije istaknuto, obaveza tužioca je da sa podjednakom pažnjom prikuplja dokaze koji idu u korist osumnjičenom/optuženom, kao i onih koji mu idu na štetu.

U dosadašnjoj praksi se pokazalo da tužioci vrlo rijetko ili nikako ne prikupljaju dokaze koji idu u korist osumnjičenom/optuženom, a autori ovog članka nisu naišli na praksu u kojoj tužilaštvo izričito dostavlja tzv. oslobađajući materijal odbrani, naročito ne u toku istrage. Po pravilu, ova obaveza tužilaštva se završava omogućavanjem braniocu da izvrši uvid u cjelokupan spis nakon podizanja optužnice.

Praksa ESLJP je jasna i konzistentna po ovom pitanju, pa se tako u presudi Edwards protiv Ujedinjenog kraljevstva navodi: "Sud smatra da je zahtjev pravičnosti u skladu sa stavom 1. člana 6. EKLJP, upravo onaj koji je prepoznat u engleskom pravu, da tužilaštvo odbrani treba objelodaniti sve materijalne dokaze za ili protiv optuženog, te da propust da se to uradi u ovom predmetu predstavlja grešku u suđenju.[28]"

Što se tiče MKSJ, pravilom 68. Pravilnika je propisano da Kancelarija tužioca podliježe obavezi obelodanjivanja svog materijala, te se gotovo nikada nije postavilo pitanje da li Kancelarija tužioca podliježe obavezi objelodanjivanja, nego se razmatralo u kojem obimu postoji obaveza objelodanjivanja, u kojim rokovima, i u kom stepenu se optuženim licima ima omogućiti pristup povjerljivim materijalima iz drugih predmeta. Naime, pravilo 68. Pravilnika propisuje kontinuiranu obavezu tužioca da "što je prije moguće odbrani objelodani sve materijale koji po njegovim stvarnim saznanjima mogu upućivati na nevinost, odnosno ublažiti krivicu optuženog ili uticati na vjerodostojnost dokaza optužbe[29]".

Osnovni problem našeg zakonodavstva je u činjenici da nisu propisane nikakve sankcije za slučaj propuštanja tužilaštva da prikuplja dokaze koji idu u korist osumnjičenom/optuženom, kao ni za slučaj da odbrani ne objelodani oslobađajući materijal. Odredbama pravila 68*bis* Pravilnika MKSJ je propisano da sud može *proprio*

28 ESLJP: Edwards protiv UK, presuda od 16.decembra 1992.godine, serija A 247-B, par.36,
29 MKSJ: Tužilac protiv Blaškića, predmet br. IT-95-5-14-A, Drugostepena presuda, 29. juli 2004., par. 267;

motu ili na zahtjev jedne od strana odlučiti koje će sankcije izreći strani koja nije ispunila svoje obaveze objelodanjivanja.

U jednom broju predmeta postavilo se pitanje da li na osnovu člana 6. stav 3. tačka (b) EKLJP pravo uvida u spise tužilaštva može da se tretira kao neophodna mogućnost za pripremu odbrane. Mogućnosti koje stoje na raspolaganju odbrani trebalo bi da obuhvataju priliku da se optuženi upozna, u svrhu pripreme svoje odbrane, sa rezultatima istrage tokom cijelog istražnog postupka. U izvjesnoj mjeri je važno ko je i kada, po čijem nalogu i pod čijim okriljem sproveo istragu. To podrazumeva i pravo optuženog da ima na raspolaganju sve relevantne elemente koje su prikupili ili su mogli da ih prikupe nadležni organi vlasti, a koji njemu mogu poslužiti da se oslobodi krivice ili da se izbori za smanjenje kazne[30]. Sud je, međutim, potvrdio da situacija u kojoj se samo optuženom licu, a ne i njegovom advokatu, omogući kompletan uvid u predmetni spis nije samo po sebi kršenje člana 6. stav 3. tačka (b)[31].

Pripremni razgovori

ZKP BiH uopšte ne tretira tzv. pripremne razgovore. ZKP BiH se u tom smislu može tumačiti na dva načina - da radnja koja nije propisana zakonom nije ni dozvoljena ili da sve što nije zabranjeno zakonom može biti dozvoljeno. Međunarodni sudovi koji se bave pitanjima međunarodnog humanitarnog prava imaju bogatu sudsku praksu koja se odnosi na tzv. pripremne razgovore sa svjedocima kao i na objelodanjivanje tog materijala odbrani. Tendecija je da su *ad hoc* sudovi zauzeli stav da su pripremni razgovori dozvoljeni, ali da se odbrani mora objelodaniti materijal tih pripremnih razgovora, dok je stalni Međunarodni krivični sud u Hagu zauzeo stav da te pripreme nisu dozvoljene.

U predmetu *tužilac protiv Limaja i dr.* MKSJ je odlukom od 10.12.2004. godine zauzeo stav da su pripremna saslušanja svjedoka dozvoljena, a da pri tome zapisnici sa istih moraju na vrijeme biti dostavljeni odbrani. Žalbeno vijeće Medjunarodnog krivčnog suda za Ruandu u predmetu *tužilac protiv Karemere i drugih* se u odluci od 11.05.2007. godine saglasilo sa pretresnim vijećem da su pripremni razgovori sa svjedocima dozvoljeni u sljedećim slučajevima: pod uslovom da ne predstavljaju manipulaciju, da se radi o upoznavanju svjedoka sa postupkom pred sudom, da se radi o uočavanju razlika i nekonzistidentnosti i osvježavanja pamćenja svjedoka sa prethodnim iskazima, pri čemu je objelodanjivanje odbrani novih saznanja obavezno bez obzira da li idu na teret ili u korist optuženog. Specijalni sud za Sijera Leone u predmetu *tužilac protiv Sesaya i drugih* u odluci od 26.10.2005. godine zauzeo je stav da bez obzira da li se radi o izjavi svjedoka sačinjenog u prvom licu ili zapisniku sačinjenom u trećem licu izjava (što predstavlja službene zabilješke i druge bilješke tužioca ili istražitelja koji ispituje svjedoka *op. a.)* predstavlja sve što dolazi iz usta svjedoka i potpada pod obavezu objelodanjivanja odbrani, svaka nova činjenica do koje se dođe tokom pripremnih razgovora mora biti objelodanjena odbrani.

Stalni međunarodni krivični sud je u odluci u predmetu *Lubanga* od 08.11.2006. godine zauzeo stav da su pripremni razgovori zabranjeni jer nisu predviđeni Pravilnikom o postupku i dokazima niti statutom suda.

Svrha objelodanjivanja odbrani zapisnika sa pripremnih razgovora se bazira na osnovnom načelu, a to je pravo na pripremu odbrane i da odbrana ne može biti suočena sa promjenama iskaza svjedoka za koje je tužilaštvo ranije znalo.

Uporište za obavezu sačinjavanja zapisnika i objelodanjivanja odbrani se nalazi i u odredbama ZKP-a BiH.

Naime, odredbama člana 151. ZKP BiH je propisana obaveza sačinjavanja zapisnika o svakoj preduzetoj radnji u krivičnom postupku. Svaki kontakt organa gonjenjenja (tužilaštva, policije) sa svjedokom predstavlja radnju u krivičnom postupku.

Odredbama člana 47. stav 4. ZKP BiH je propisana obaveza suda i tužilaštva da odbrani stave na uvid svaki novi dokaz, bilo koju informaciju ili činjenicu.

Međutim, domaća praksa je da tužioci skoro redovno obavljaju pripremne razgovore sa svjedocima, o tome ne sačinjavaju bilo kakav zapisnik, niti o tome obavještavaju odbranu. S druge strane, sudovi, čak i kada odbrana stavi izričit zahtjev, ne obavezuju tužilaštvo da sačine zapisnik i da odbranu o tome obavijesti. Adekvatno obavještavanje odbrane o **svim** činjenicama bitnim za konkretni predmet je u najužoj vezi sa pravom na pravično suđenje.

Objelodanjivanje prilikom predlaganja određivanja pritvora

Razmatranja u ovom dijelu rada se prvenstveno odnose na sudsku praksu Suda BiH u vezi sa uskraćivanjem dostavljanja dokaza odbrani, koja po mišljenju autora nije u skladu sa samim Zakonom o krivičnom postupku, kao ni sa EKLJP, dok su takvi primjeri pred entitetskim sudovima izuzetno rijetki.

Naime, odredbama člana 47. stav 2. ZKP BiH propisano je da će tužilac istovremeno s prijedlogom za određivanje pritvora sudiji dostaviti i dokaze bitne za procjenu zakonitosti pritvora radi obavještavanja branioca. Dok, prema stavu autora, ova odredba Zakona sasvim jasno predviđa obavezu da se dokazi na kojima se zasniva osnovana sumnja i drugi dokazi bitni za procjenu zakonitosti pritvora, Sud BiH, posebno u

30 Jespers protiv Belgije (Izveštaj Komisije) 14/12/1981.
31 Videti navedeni predmet Kamasinski.

predmetima organizovanog kriminala često pribjegava pozivanju na član 47. stav 1. ZKP BiH kojim je propisano da se braniocu može uskratiti uvid u spise i predmete čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage, čime se ignoriše činjenica da stav 2. člana 47. ZKP BiH predstavlja izuzetak od stava 1, odnosno mogućnosti uskraćenja dokaza odbrani.

Autori smatraju da se ovakvim stavom Sud upušta u jezičko tumačenje koje je *contra legem* i samoj intenciji zakonodavca. Obavještenje branioca u smislu člana 47. stav 2. ZKP BiH, kada se ovaj stav dovede u vezu sa stavom 1. istog člana, znači stvarno obavještenje, ne samo o postojanju dokaza, već i o njihovoj sadržini, da bi se zadovoljilo načelo kontradiktornosti i ispoštovala prava osumnjičenog iz člana 6. stav 2. ZKP BiH. Puko obavještenje samo o tome da postoje dokazi dovodi do pravnog apsurda i ukazivalo bi na to da postoji mogućnost određivanja pritvora i kad ne postoje dokazi.

Da bi se osumnjičeni mogao koristiti pravom iz člana 6. stav 2. ZKP BiH, mora mu se omogućiti da se upozna sa dokazima. Tužilaštvo je prilikom određivanja pritvora uvijek u obavezi pružiti sve dokaze na kojima zasniva postojanje osnovane sumnje i postojanje razloga za pritvor, da bi bio ispunjen uslov iz člana 6. ZKP BiH i člana 5. stav 2. EKLJP. Suprotno tumačenje dovodi do apsurda postojanja ročišta po prijedlogu za određivanje pritvora i izvođenje osumnjičenog pred sudiju. Kakva je svrha izvođenja osumnjičenog pred sudiju, ako se pitanje pritvora rješava na relaciji tužilaštvo-sud, mimo osumnjičenog i bez mogućnosti osumnjičenog da koristi svoja zakonom priznata prava i osporava dokaze na kojima se zasniva osnovana sumnja i pritvorski razlozi?

U predmetu *Nikolov protiv Bugarske* od 30.01.2003. godine ESLJP u paragrafu 97. navodi: "*Sud ponovno naglašava da u svijetlu ogromnog uticaja lišenja slobode na osnovna prava osobe u pitanju, prostupak proveden prema članu 5. paragraf 4. Konvencije, u principu, treba da ispuni, do najvećeg mogućeg stepena u okolnostima istrage u toku, osnovne zahtjeve pravičnog suđenja. Postupak mora biti kontradiktoran i mora uvijek obezbijediti "jednakost oružja" između stranaka, tužilaštva i osobe lišene slobode.*"

U predmetu *Lamy* protiv *Belgije* ESLJP, radilo se o situaciji gdje je aplikantu određen pritvor, ali niti on, niti njegov branilac tokom prvih 30 dana pritvora nisu mogli pregledati niti jedan dio spisa, a posebno ne izvještaje istražnog sudije i policije. Ovo se posebno odnosilo na aplikantovo prvo pojavljivanje pred sudom, koje se ticalo potvrđivanja naloga za hapšenje, a prilikom kojeg ročišta aplikantov branilac nije imao mogućnost da efektivno dovede u pitanje izjave i dokaze. Pristup ovim dokumentima je bio ključan za aplikanta u ovoj fazi postupka, kada je sud odlučivao da li da bude zadržan u pritvoru ili pušten. ESLJP je zaključio da je bilo neophodno pregledati dokumente, kako bi se zakonitost lišenja slobode mogla efektivno dovesti u pitanje. Dok je suprotna strana u potpunosti bila upoznata sa cijelim spisom, procedura nije dala aplikantu mogućnost da adekvatno dovede u pitanje razloge na kojima je počivalo njegovo zadržavanje u pritvoru. Pošto je propustila da osigura jednakost oružja, ova procedura, po stavu ESLJP, nije bila adversarna. ESLJP je zaključio da je u ovom slučaju došlo do kršenja člana 5 stav 4 EKLJP (ESLJP: *Lamy protiv Belgije*, par. 29).

Značajna je i odluka ESLJP u predmetu *A. i dr. protiv Velike Britanije* (predmet broj 3455/05, odluka od 19.02.2009. godine) gdje se radilo o krivičnim postupcima za terorizam i gdje su čak postavljani posebni pravni zastupnici kojima bi se omogućio uvid u dokaze, ali isti nisu objelodanjeni osumnjičenima. ESLJP je našao da je došlo do povrede odredaba člana 5. stav 4. EKLJP (*pogledati paragrafe 223 i 224*).

Nažalost, Ustavni sud BiH ovakve odluke o uskraćivanju dokaza odbrani prilikom odlučivanja o pritvoru nije našao pogrešnim i odbio je nekoliko apelacija izjavljenih iz ovog razloga. Očigledno se radi o još jednoj situaciji koja čeka razrješenje pred ESLJP.

PRAVO NA ODLUKU O PRIGOVORU NEZAKONITOSTI DOKAZA

U sudskoj praksi u BiH pravo odbrane da ističe prigovore, uključujući i prigovor nezakonitosti dokaza, je rijetko sporno. Međutim, sudovi često o navedenim prigovorima ne odlučuju po njihovom isticanju, nego se odbrani saopšti da će odluka o prigovoru biti u okviru odluke o glavnoj stvari. Odredbama člana 239. ZKP BiH je propisano da o prijedlozima stranaka i branioca odlučuje sudija, odnosno predsjednik vijeća, a da se odluke uvijek objavljuju sa kratkim obrazloženjem razmatranih činjenica. Ova obaveza odlučivanja se odnosi i na prigovore nezakonitosti dokaza. Značaj odluke o navedenom prigovoru je u činjenici da odbrana do okončanja dokaznog postupka tužilaštva mora biti upoznata sa tim na kojim dokazima će sud zasnovati svoju odluku, jer od toga zavisi koje dokaze će odbrana izvoditi u dokaznom postupku odbrane. Nelogično bi bilo očekivati od strana u postupku, kako tužilaštva, tako i odbrane, da iznose završne riječi, a da pri tome ne znaju konačnu odluku o prigovorima nezakonitosti dokaza i da ni prilikom iznošenja završne riječi nisu upoznati na kojim dokazima će sud zasnovati svoju odluku. Moguće su situacije da se radi o komplikovanom pitanju o kome sud nije u mogućnosti odmah da odluči, tako da bi bilo opravdano odložiti donošenje odluke do narednog ročišta, ali u svakom slučaju se o svim prigovorima odbrane na zakonitost dokaza tužilaštva mora odlučiti prije iznošenja dokaza odbrane, a o prigovorima tužilaštva na zakonitost dokaza odbrane prije iznošenja završnih riječi stranaka.

PRIJEDLOZI:

- neophodno je uspostaviti sistem automatske dostave svih podnesaka stranama u postupku.

Vjerovatno je najefikasnije (sa gledišta vremena, ekologije i finansija) uspostavljenje elektronske dostave svih podnesaka između strana u postupku, posebno imajući u vidu da bi ovaj način dostave automatski otklonio i nedoumice vezane za urednost/neurednost dostave, kao i tačno vrijeme iste

- zakonodavno regulisanje prava odbrane na istragu
- zakonodavno regulisanje troškova istrage odbrane
- propisivanje sankcija za kršenje obaveze o objelodanjivanju dokaza i drugih materijala
- sistem objelodanjivanja dokumenata i dokaza bi morao biti uspostavljen, te bi se zahtjevi za dostavu materijala kao i uvid u spise morao rješavati kao hitan

Međunarodna krivičnopravna pomoć

Nikola Sladoje, pomoćnik ministra pravde BiH

1. SAŽETAK RADA

Ovaj rad je baziran na višegodišnjim istraživanjima, kroz uvide u više hiljada predmeta međunarodne krivično pravne pomoći, koji se vode u Ministarstvu pravde BiH, te su se analizom tih predmeta mogla da sagledaju postupanja sudova, tužilaštava i drugih organa koji učestvuju u ovim postupcima. Analiza pokazuje veoma velike razlike u postupanjima različitih organa u istim pravnim stvarima ili različita postupanja nosilaca pravosudnih funkcija u istom organu. Dakle, nosioci pravosudnih funkcija ne postupaju na isti način, pa čak u istoj pravnoj stvari jedni udovoljavaju pravnoj pomoći, dok drugi tu pravnu pomoć odbijaju. Ovakva neujednačena praksa i određena neadekvatna postupanja domaćih organa se odražava na stavove i postupanja organa drugih država u situacijama kada se od tih država traži odgovarajuća pravna pomoć. Česti su slučajevi da određene države uslovljavaju pružanje međunarodne pravne pomoći organima Bosne i Hercegovine, a da prilikom uslovljavanja nismo u mogućnosti sagledati razloge tih uslovljavanja.
Rad će kroz primjere iz prakse i kroz analizu korespodencije između Bosne i Hercegovine i određenih država pokušati objasniti razloge uslovljavanja pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći i dati određena pojašnjenja u vezi zahtjevanog načina pružanja ove pravne pomoći, te pojasniti određena postupanja koja ove postupke mogu učiniti efikasnijim.

2. UVODNE NAPOMENE

Međunarodna krivičnopravna pomoć u praktičnom smislu predstavlja postupanje organa jedne države po zamolnici organa druge države, na način utvrđen međunarodnim ugovorom, kao i obavezu organa jedne države da bez zamolnice, a na osnovu obaveza iz međunarodnog ugovora dostavlja određene podatke drugoj državi (dostava podataka za osuđeno lice državi čije lice ima njeno državljanstvo ili dostava informacija i dokaza da je neko lice počinilo radnje koje bi mogle da predstavjaju krivično djelo...).
Mnogi autori su određivali pojam međunarodne krivičnopravne pomoći, ali kada bi postojala univerzalna definicija ovog pojma ona bi se sigurno koristila kod svih ovih ugovora i to u prvom članu kroz određivanje sadržaja ugovora. Jedna od definicija ovog pojma je da pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći po odredbama iz međunarodnih ugovora (ako su ispunjeni uslovi iz ugovora i ne postoje procesne smetnje za pružanje pomoći), predstavlja ispunjenje obaveze zamoljene države[1].
Ovakvo viđenje je sa sigurnošću naučno utemeljeno i obaveza pružanja ove pomoći je svakako uređena međunarodnim ugovorom. Postavlja se pitanje šta se dešava u situacijama kada država molilja uputi zahtjev za pravnu pomoć, a zamoljena država odgovori da ona vodi paralelnu istragu u odnosu na isto lice i u istom postupku, te smatra da je nadležna za vođenje toga postupka, pa u odgovoru na zamolnicu zatraži ustupanje krivičnog gonjenja svih spisa krivičnog postupka.
Ukoliko dvije države obavezuje bilateralni ugovor, tada nema autoriteta koji bi riješio njihov sukob nadležnosti. U završnim odredbama bilateralnih ugovora koji regulišu ovu materiju u pravilu postoji odredba koja upućuje na to da će se sporna pitanja u vezi sa primjenom toga ugovora rješavati diplomatskim putem. Nesporno je da se države ugovornice mogu dogovoriti u vezi sa rješavanjem određenog spornog pitanja, ali ako ne dođe do tog dogovora, postavlja se pitanje kako spor riješiti. Kod ovakvog sukoba nadležnosti poziciju "jače" strane ima država u kojoj se osumnjičeni zatekne, pa mu se najčešće u ovakvoj situaciji i pritvor odredi[2].
Prethodna zapažanja se mogu sagledati kroz razliku između domaćeg krivičnog postupka i postupka pružanja

1 Dr Davor Krapac: Međunarodna krivičnopravna pomoć, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 5-6, 1985 g.
2 U jednom takvom slučaju „Ilija Jurišić" (predmet se vodi kod Ministarstva pravde BiH pod brojem: 07-14-1- 3770/07), pravo na vođenje krivičnog postupka su polagali i nadležni organi BiH i nadležni organi Republike Srbije, a navedena osoba je lišena slobode na teritoriji R. Srbije zbog osnovane sumnje da je počinio krivično djelo „Upotreba nedozvoljenih sredstava borbe…" . Djelo koje se stavlja osumnjičenom na teret je počinjeno na teritoriji BiH, što u odnosu na obje države nije sporno. Prilikom traženja međunarodne krivičnopravne pomoći od bosanskohercegovačke strane, R. Srbija se pozvala na načelo tkz. univerzalne nadležnosti, pa je zatražila dostavu odgovarajuće dokumentacije, na što je od strane BiH odgovoreno da ne postoji pravni osnov za udovoljenje zamolnici iz razloga što se u odnosu na navedenu osobu već vodi krivični postupak u BiH za iste radnje koje mu se u R. Srbiji stavljaju na teret, s tim što je te radnje nadležni tužilac u BiH kvalifikovao kao obilježja krivičnog djela „Ratni zločin protiv zarobljenika i ratni zločin protiv ranjenih i bolesnih".
Kako između dvije države postoji zaključen bilateralni ugovor koji reguliše međunarodnu krivičnopravnu pomoć, to se ovaj sukob nadležnosti pokušao riješiti kroz odredbe navedenog ugovora. U završnim odredbama ugovora stoji formulacija da će se sporna pitanja u vezi sa primjenom ugovora rješavati diplomatskim putem, pa pošto diplomatski put nije rješilo sporna pitanja, a obje države su istovremeno i članice Evropske konvencije o prenošenju postupaka u krivičnim stvarima (Strasbourg 15.03.1972.), to se Ministarstvo pravde BiH obratilo Evropskom komitetu za kaznena pitanja, kao centralnom tijelu koje rješava sukobe nadležnosti između država potpisnica i stara se o provođenju ove konvencije. Ovo tijelo je

međunarodne krivičnopravne pomoći.U krivičnom postupku procesna radnja može biti preispitana od strane istog suda ili neposredno višeg suda, dok u postupku pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći nema autoriteta koji bi odlučio o nepostupanju ili nepropisnom postupanju nadležnog organa po zamolnici organa strane države. Istovremeno nema ni kontrole postupajućeg organa od strane neposredno višeg organa (suda). Međunarodna pravna pomoć se u pravilu ostvaruje kroz pravni saobraćaj između dvije države u kome država kojoj je potrebna pravna pomoć (država moliteljica) traži od druge države (zamoljena država) da joj tu pomoć pruži. Dakle, u ime svih organa u jednoj državi, ovu pravnu pomoć traži država, s tim što svaka država unutrašnjim propisima odredi jedan organ za komunikaciju sa inostranstvom. Organ za komunikaciju sa inostranstvom se precizira i u svakom međunarodnom ugovoru iz ove oblasti i označava se kao organ veze ili posredovanja. Svaka država može mijenjati ovaj organ veze, pa je tako do uspostavljanja Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine ovu ulogu za Bosnu i Hercegovinu obavljalo Ministarstvo civilnih poslova. Prilikom izmjene organa veze nije potrebno mijenjati međunarodni ugovor, već se ta činjenica saopštava drugoj državi kroz diplomatsku notu, s tim što je opšte pravilo da su organi veze između dvaju država ministarstva pravde ili pravosuđa.

3. MEĐUNARODNA KRIVIČNOPRAVNA POMOĆ KROZ MEĐUSOBNI ODNOS DRŽAVA U PRAVNOJ SARADNJI

3.1. Uslovljavanje ili nepružanje međunarodne krivičnopravne pomoći od strane drugih država (najčešći razlozi za uslovljavanje i mogući izlazi iz ovih situacija)

U prethodnom tekstu u svim kontekstima vezanim za pružanje međunarodne pravne pomoći upotrijebljen je izraz »u pravilu«,iz razloga što u međunarodnim odnosima u vezi sa pružanjem međunarodne pravne pomoći ne postoji autoritet koji će obavezati neku državu da postupi po zahtjevu druge države, ukoliko to ona ne želi. U slučaju nepostupanja druge strane može se uzvratiti recipročno, ali se država ugovornica ne može prinuditi na činidbu.

U praktičnom smislu skoro da nema razlike između postupanja organa dvaju država na osnovu međunarodnog ugovora ili na osnovu uspostavljenog faktičkog reciprociteta, kada je u pitanju postupanje po zamolnicama koje upućuju organi iz Bosne i Hercegovine. Naime, naprijed navedeni primjer u slučaju »Jurišić« je objašnjen kroz situaciju u kojoj BiH i drugu državu obavezuje i bileteralni i multilateralni ugovor (Evropska konvencija) u oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći, a problem nije riješen na način kako je predlagala BiH, odnosno na način koji bi odražavao ciljeve zaključenja ovih ugovora. Česti razlozi za ovakva postupanja se objašnjavaju nepovjerenjem organa jedne države u pravosudni sistem druge države i ovo nepovjerenje se u pravilu veže za region.

Postoje i drugi primjeri u kojima određene države uslovljavaju pružanje pravne pomoći, pa je tako u jednom predmetu ekstradicije, gdje su nadležni organi SR Njemačke odobrili izručenje državljanina BiH u Bosnu i Hercegovinu, prilikom organizovanja transfera tog lica izvijestili nadležne organe u BiH da odustaju od dogovorenog transfera iz razloga što je to lice pružalo otpor prilikom ulaska u avion. Istovremeno je od BiH zatraženo da obezbijedi drugi način transporta iz SR Njemačke. Postavilo se pitanje, koju vrstu prisile mogu da upotrijebe nadležni (policijski) organi BiH na teritoriji druge države, ako tu silu ne mogu da upotrijebe organi te države. U ovakvoj pravnoj situaciji pokušalo se daljim molbama i objašnjenjima prema toj državi zatražiti ponovni transfer traženog lica, da bi na kraju bili obaviješteni da to lice ne može biti izručeno, sada iz potpuno drugih razloga.

Možda bi se neki razlozi za naprijed navedena postupanja mogli objasniti kroz slučaj vezan za izručenje državljanina BiH iz Australije. Nakon višemjesečnog odlučivanja po molbi Ministra pravde BiH, australijske vlasti su obavijestile BiH da su odobrile izručenje potraživanog lica, te se na uobičajan način pristupilo organizaciji njegovog transfera, tako što su INTERPOL-i dvaju država dogovorili mjesto i vrijeme njegovog preuzimanja na aerodromu u Australiji, a preuzimanje toga lica su trebali da izvrše pripadnici Granične policije. Nakon dogovora o terminu i mjestu preuzimanja koji je razmjenom pisanih dokumenata potvrđen, što je

zaprimilo aplikaciju Bosne i Hercegovine, nakon čega je pozvalo predstavnike Republike Srbije da se izjasne o zahtjevu bosanskohercegovačke strane i predložilo sastanak u sjedištu Komiteta u Strazburu na dan 23.10.2008.godine. U odgovour na aplikaciju Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, predstavnici R. Srbije su se izjasnili da… „Republika Srbija nije u poziciji da podrži inicijativu i da učestvuje na predloženom sastanku u vezi sa tim predmetom“ , uz obrazloženje koje je dato u ovom aktu, a odnosi se prvenstveno na to da je R .Srbija prva pokrenula postupak, da se ne radi o istom djelu … Primivši ovaj akt, Komitet je izvjestio BiH da nije u mogućnosti obezbjediti „prijateljski dogovar“ između dvije države i da predlaže da se iste strane dogovore u vezi ovoga predmeta.

Prethodnim primjerom se samo želi osnažiti tvrdnja da u pravilu ne postoji nikakav autoritet koji rješava sukobe nadležnosti između dvaju država, pa su tako države upućene jedna na drugu da se same dogovaraju, jer u protivnom može da se ne pruži zatražena pravna pomoć. Prednji primjer pokazuje i da bez nedovoljne saradnje država na polju pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći nema efikasnih kaznenih postupaka, jer je postupak u slučaju „Jurišić“ vodi od 2007. godine, a u R. Srbiji, je tek 2016.godine donesena pravosnažna presuda, kojom je navedeno lice oslobođrno krivične odgovornosti.

slijedilo i istovremeno rezervisanje avionskih karti za pripadnike Granične policije BiH u oba smjera i rezervaciju avionske karte za potraživano lice iz Australije u BiH, od strane australijskih vlasti slijedilo je obavještenje u kome je između ostalog navedeno:
»Pravo na žalbu na odluku o izručenju koju je donio Ministar, potraživani ima na raspolaganju u svakom trenutku prije nego što ga preuzme vaša strana. Do sada nije uložio žalbu na tu odluku, ali ne znači da je neće uložiti isti dan kada bude trebao biti preuzet od strane vaših organa. Žalbu na odluku ministra o izručenju razmatra nadležni sud i nema garancije da će se to završiti u kratkom roku. Proces zavisi od argumenata i okolnosti i sud nezavisno o tome odlučuje ». U istom obavještenju je dalje navedeno »australijska strana i dalje moli da se nastavi proces pripreme za preuzimanje navedenog lica u dogovorenom terminu, jer bi odgađanje ovoga roka moglo uticati na kredibilitet BiH u postupcima međunarodne saradnje u krivičnim stvarima sa Australijom«.
Iz navedenog akta proizilazi da australijska strana insistira preuzimaje potraživanog lica u naprijed zakazanom terminu, a istovremeno nas obavještava da ne daje nikakve garancije da će to lice u tom terminu biti i preuzeto. Čak šta više, australijska strana podsjeća da potraživano lice u svakom momentu, do ulaska u avion može uložiti žalbu na odluku o izručenju i da će se u tom slučaju izručenje odložiti do konačne odluke po njegovoj žalbi. Prednje obrazloženje je, saglasno Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, prosljeđeno Kantonalnom sudu u Tuzli, koji je potraživao navedeno lice i koji je dužan da obezbjedi troškove transfera toga lica iz Australije u BiH. Sud je odmah po ovom obavještenju predložio odlaganje izručenja do konačnosti odluke, te je u tom pravcu Ministar pravde hitno podnio zahtjev za odlaganje izručenja do pravosnažnog okončanja ovoga postupka u Australiji. Nakon ovoga zahtjeva uslijedio je odgovor australijske strane, prema kome i dalje ostaju kod prvobitno iznesenog stava, što je podrazumjevalo insistiranje australijskih vlasti da ovlašteni predstavnici Granične policije BiH dođu u Australiju da preuzmu navedeno lice, ali i dalje australijska strana ne garantuje da će do toga doći, ako isti uloži žalbu na prvobitnu odluku o izručenju. Ovakvu, neprincipijelnu odluku australijskih vlasti nije smio ispoštovati sud koji je potraživao navedeno lice, jer uz nagovještene rizike nije smio stajati iza velikih novčanih sredstava (preko 20.000 KM) koja u slučaju nerealizacije predmetnog transfera nije mogao opravdati, a u ponovnom pokušaju izručenja nije mogao tražiti dodatna sredstva, ako bi već ta sredstva bezuspješno upotrjebio, a i sam imao informaciju o riziku takve odluke.
U ovom predmetu, uslovljavanjem dolaska u Australiju radi preuzimanja nevedenog lica, australijska strana je jasno izrazila prijetnju BiH da negativana odluka bosanskohercegovačkih vlasti može imati za posljedicu prekid uspostavljenog reciprociteta u svim predmetima pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Kod ovakvog stanja stvari, Ministar pravde BiH je ocjenio da je Ministarstvo pravde, koje je odgovorno za međunarodnu pravnu pomoć i saradnju, obavezno da iznađe sve instrumente kako bi se zadržao uspostavljeni reciprocitet sa Australijom. Dodatni razlog za zabrinutost u vezi sa mogućim ukidanjem reciprociteta od strane Australije bio je i to što se u istom trenutku vodi više postupaka za izručenje iz Australije po zahtjevima Ministra pravde BiH, tačnije nadležnih organa u BiH u ime kojih molbu za izručenje podnosi Ministar pravde. Kod ovakvog stanja stvari Ministarstvo pravde BiH je preuzelo rizik za izvršenje ove ekstradicije, na način što je obezbijedilo sredstva za transfer osuđenog (uključujući sredstva za njegovu pratnju) i obavijestilo australijsku stranu da će potraživano lice biti preuzeto u zakazanom terminu, ukoliko to australijske vlasti dozvole, zavisno od njegove eventualne žalbe na odluku o izručenju.
Ovakvo uslovljavanje od strane druge države bi se ocijenilo veoma neprincipijelno, ukoliko se ne bi dublje ušlo u analizu odnosa između dvije države u oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Naime, u slučaju koji je slijedio opisanom slučaju, australijska strana je više godina vodila postupak ekstradicije državljanina BiH iz Australije u BiH radi krivčnog djela »ratni zločin«, te u momentu kada je u ovom predmetu donijela konačnu odluku o izručenju toga lica u BiH (početak 2015. godine), sud koji je inicirao traženo izručenje obavijestio je Ministarstvo pravde BiH da odustaje od izručenja, jer je nadležni tužilac odustao od optužnice u tom slučaju. Nakon što je Ministarstvo pravde BiH, kao organ veze u ovim postupcima, o prednjem izvjestio australijsku stranu, ista je reagovala sa nezadovoljstvom tražeći obješnjenje za ovakav postupak, tačnije tražeći obješnjenje kako se odustaje od postupka ekstradicije u fazi kada je ta ekstradicja odobrena i zašto je uopšte tražena ekstradicija, ako nisu postojali odgovarajući kvalitetni dokazi za počinjeno krivično djelo. I pored toga što je za konkretni slučaj dato posebno objašnjenje australijskoj strani, ista nije bila zadovoljna takvim postupanjima organa u BiH, pa je diplomatskim rječnikom, na veoma lijep način ukazala na neozbiljnost ovakvih postupanja i zaprijetila mogućim raskidanjem dalje saradnje u oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći.
Prednja dva slučaja su namjerno obrađena paralelno iako na izgled nemaju nikakvu međusobnu vezu. Ipak, iz same korespondencije između Ministarstva pravde BiH i Ministarstva pravde Australije, te akata Ambasade BiH u Australiji, može se izvesti zaključak da su ova dva slučaja izuzetno povezana i da australijska strana posebno vodi računa u postupanju za svaki predmet pojedinačno i tako zauzima svoj stav o tome na koji način i u kom obimu će pružiti pravnu pomoć državi sa kojom nema zaključen bilateralni ugovor u oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći. Iako nikada BiH nije zaključila blateralni ugovor sa australijskom stranom, međunarodna pravna pomoć se između dvije države pruža na osnovu faktičkog reciprociteta, s tim što je australijska strana po prijedlogu BiH za zaključenje takvog sporazuma ostavila mogućnost da se isti u

budućnosti može potpisati, uz objašnjenje, ponovo diplomatski saopšteno, kada se za to steknu uslovi, tj. kada ta država stekne povjerenje u pravosudne organe BiH.

Uslovljavanje BiH u vezi preuzimanja lica, za koga se ne daje garancija da će biti izručeno, a istovremeno se traži dolazak ovlaštenih pripadnika policije BiH da preuzmu to lice je svojevrstan test za organe BiH, jer je poziv bio skoro ultimativan po cijenu raskida dalje saradnje na ovom polju. Pokazalo se da je Ministarstvo pravde BiH imalo pravilnu procjenu o tome da je uslovljavanje u prvom slučaju vezano za postupanje organa BiH u drugom slučaju, jer je tek nakon uspješnog obavljenog izručenja u slučaju uslovljavanja odato priznanje Ministarstvu pravde BiH od strane vlade Australije i u tom priznanju je tek viđena veza između ova dva predmeta, tako što je saopšteno ponovo na diplomatski način da bi nedolazak predstavnika BiH u zakazanom terminu ozbiljno narušio saradnju između dvije države jer je, kako je navedeno, prethodni slučaj »XY« bitno uticao na ugled BiH kao zemlje koju je prihvatila Australija u statusu »ekstradicione države«.

Iz prednjih primjera se može izvući zaključak kako se postupanje nadležnih organa BiH reflektuje na postupanja stranih organa, po zamolnicama organa BiH. Dakle, najčešći razlozi uslovljavanja pružanja pravne pomoći od strane drugih država su u direktnoj vezi sa određenim neadekvatnim postupanjima organa BiH po zahtjevima tih država. Ovakvo uslovljavanje može se često zapaziti i kod urgencija sa naše strane prema drugoj državi posebno u pogledu hitnosti. Naime, po tim urgencijama, česti su odgovori drugih država koji u suštini glase, da će nadležni organ zamoljene države postupiti po zamolnici iz BiH, ali istovremeno naglašavaju da je ta država proslijedila jednu ili više zamolnica BiH. Prednje objašnjenje izrečeno kroz diplomatski jezik podrazumjeva »kada vi postupite po našim zamolnicama i mi ćemo po vašim«. Dakle, i ako ponekad određena ponašanja drugih država na prvi pogled izgledaju neprincipijelna, u pravilu takva ponašanja su direktno vezana za način postupanja organa BiH i ta veza je jedino vidljiva kroz ministarstva pravde, kao centralne organe veze u ovim postupcima.

Dakle, u predmetima međunarodne krivičnopravne pomoći koji se vode u Ministarstvu pravde BiH, na uporednim uzorcima kod različitih postupanja u istoj pravnoj stvari prepoznaće se i greške koje prave postupajući organi. Naravno, da će mogući model postupanja biti odraz kako dobre prakse u BiH, tako i usvajanjem uporedne prakse država sa kojima se ostvaruje ova pravna pomoć, a koja se pokazuje kao efikasna u konketnim predmetima. Prednost ove analize u odnosu na analizu svih drugih postupaka je i u tome što u jednom predmetu imamo uvid u postupanje organa dvije države. Dakle, kroz odgovarajući predmet imamo uvijek sve akte kroz koje postupa domaći organ, kao i povratne informacije od inostranog organa. Ako je inostrani organ nezadovoljan načinom postupanja domaćeg organa, bez obzira da li se radilo o pružanju ili traženju ove pomoći, svoj stav će u pravilu izraziti kroz akt (notu), kojom će ukazati na nepravilnost postupanja, te će predložiti odgovarajući način postupanja uz navođenje pravnog osnova koji je sadržan u ugovoru koji obavezuje dvije države. Ovi akti inostranog organa su osnovni pokazatelji pravilnog rada domaćeg organa, posebno kada se radi o aktima centralnog organu druge države. Prednja konstatacija se ne izvodi iz toga da se veća pažnja poklanja stavu organa druge države, već iz činjenice da je ta zamolnica ili postupanje po zamolnici cijenio inostrani organ koji je tražio pravnu pomoć ili od koga je tražena ova pomoć , kao i centralni organ koji je specijalizovan za ovu vrstu pravne pomoći, pa od stava toga organa zavisi i ishod po zamolici za pružanje ove vrste pravne pomoći.

3.2. Određena postupanja koja mogu doprinijeti efikasnosti i ekonomičnosti postupaka pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći

Dosadašnja istraživanja su pokazala da veoma često određeni sudovi upućuju pozive svjedocima u inostranstvo, a da pri tom ne vode računa o tome da li ti svjedoci mogu biti saslušani na druge načine, bez njihovog pojavljivanja pred sudom. Istovremeno se ne vodi računa ni o tome da li se taj svjedok mora odazvati pozivu suda i kolike bi troškove izazvali dolasci tih svjedoka pred sud. Naime, ovako pozvanim svjedocima bi pripadali troškovi avionskih karata, troškovi noćenja i boravka u Bosni i Hercegovini sve do momenta dok im se ne obezbjedio povratak u zemlju iz koje su pozvani, kao i naknada za izgubljenu dobit za vrijeme koje su proveli u Bosni i Hercegovini u vezi sa svojim svjedočenjem. Sud je prilikom pozivanja ovih svjedoka dužan da ih kroz poziv pouči o naprijed navedenim njihovim pravima, a ne da ih poziva pod prijetnjom prinudnog dovođenja ili kažnjavanja, što čine mnogi sudovi prilikom pozivanja svjedoka iz inostranstva[3].

U konkretnoj situaciji može se pribjeći mnogo ekonomičnijoj i sigurnijoj varijanti, a to je da se ta lica zamolbenim putem saslušaju u državi u kojoj se nalaze, sa taksativno određenim pitanjima na koja treba odgovoriti ili u složenijim slučajevima da se njihovo saslušanje izvrši putem video linka. U slučaju saslušanja zamolbenim putem sud pod prijetnjom poziva svjedoka i uzima njegov iskaz, koji je relevantan pred sudom. U diskrecionim intervjuima sa određenim nosiocima pravosudnih funkcija došlo se do zaključka da su pozive u

3 Svi međunarodni ugovori koji obavezuju BiH iz oblasti pružanja krivičnopravne pomoći (uključujući i Evropsku konvenciju o međusobnoj pranoj pomoći) sadrže odredbe koje se odnose na pozivanje svjedoka iz inostranstva, kao i zaštite koje taj svjedok uživa, ali se domaći sudovi najčešće pozivaju na Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći kod pozivanja svjedoka. Sudovi zanemaruju činjenicu da će se Zakon primijeniti samo u slučaju kada određena pitanja nisu uređena međunarodnim ugovorima, što je regulisano članom 1. Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći. Dakle, sam zakon, i to u svom prvom članu daje primat međunarodnom ugovoru u odnosu na norme koje on sadrži.

inostranstvo upućivali iz razloga što nisu dovoljno poznavali institut saslušanja zamolbenim putem. Ovo je samo primjer o tome kako se prilikom izbora načina traženja međunarodne pravne pomoći treba voditi računa i o ekonomičnosti, pod uslovom da ovaj princip neće uticati na utvrđivanje pravog činjeničnog stanja. U konačnosti ovom vidu saslušanja će se i morati pristupiti, ukoliko se i pozvani svjedok ne odazove pozivu suda.

Dalje analize su pokazale i da sudovi i tužilaštva često traže da se zamolnice za međunarodnu pravnu pomoć upućene drugoj državi proslijede diplomatskim putem i ako je međunarodnim ugovorom precizirano da se komunikacija vrši putem Centralnih organa veze, tj. putem ministarstava pravde ili pravosuđa, a za određene radnje je dozvoljena i direktna komunikacija sa organima strane države. Zahtjev za poštivanje diplomatskog puta, koji ugovorom takođe nije isključen, podrazumjevao bi mnogo duži put, pa bi tako i Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine takvu zamolnicu prosljeđivalo Ministarstvu inostranih poslova Bosne i Hercegovine, a ovo ministarstvo, putem Ambasade ili na drugi način, istu dalje prosljeđivao Ministarstvu inostranih poslova zamoljene države, nakon čega bi to ministarstvo istu dostavljalo Ministarstvu pravde svoje države, koje bi dalje postupalo na isti način kao da je ta zamolnica njemu direktno dostavljena od strane Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine.

Dakle, u ovom slučaju je potpuno nepotreban diplomatski put i isti produžava rok u prosjeku po mjesec dana i stvara dodatne troškove. I kroz ovu analizu se želi skrenuti pažnja da je uobičajni i najkraći put komunikacije, taj koji je propisan odgovarajućim međunarodnim ugovorom za konkretnu državu[4]. Tačno je da postoje i još kraći putevi komuniciranja između organa dviju država kao što je direktna komunikacija, u slučajevima kada je takav način predviđen međunarodnim ugovorom, s tim što treba voditi računa o tome da li je zamoljena država u slučaju multilateralnog sporazuma stavila rezervu na odredbu kojom je preciziran takav način komuniciranja. Primjera radi, Republika Hrvatska je stavila rezervu na odredbu Drugog dodatnog protokola na Evropsku konvenciju o pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, koja se odnosi na način komuniciranja, pa je na taj način isključila mogućnost direktne komunikacije pravosudnih organa sa organima drugih država po osnovu ovog protokola, čije opšte odredbe takvu mogućnost dozvoljavaju.

Dakle, za ovaj način komunikacije pored saznanja procesnog prava, treba imati i informaciju o ovim pitanjima tj. pitanjima rezervi na pojedine odrebe određenih međunarodnih multilateralnih ugovora koji obavezuju Bosnu i Hercegovinu. Pošto je teško očekivati da svi postupajući organi mogu pratiti i sve međunarodne ugovore i rezerve na određene članove iz tih ugovora, koje su države članice dale pojedinačno i to u odnosu na različite članove, to se preporučuje komunikacija putem Centralnih organa veze tj. putem Ministarstva pravde. Ova preporuka ima za cilj da što manje nepravilnih postupanja dođe do inostranih organa i od njih bude prihvaćeno, te postupljeno .Naime, Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine, u čijem sastavu se nalazi i Sektor za međunarodnu pravnu pomoć i saradnju je specijalizovano za ovu oblast, te u koliko zamolnica bude zaprimljena u ovaj organ, isti će sudu ukazati na određene nedostatke.

Kroz ovaj referat se želi ukazati i na određene probleme koji su evidentni u vezi sa neodlučnošću organa (sudova i tužilaštava) u Bosni i Hercegovini za ustupanje krivičnih gonjenja drugim državama, u situacijama kada je to predviđeno međunarodnim ugovorima i u drugim situacijama kada se krivični postupak ne može završiti na drugi način.

Postoje slučajevi kada se za određene postupke smatra da su nerješivi, posebno u situacijama kad se osumnjičeni locira u nekoj državi, a ta država ne dozvoli njegovo izručenje. U ovim situacijama je najčešće jedini način za rješavanje ovog problema kroz upotrebu instituta ustupanja krivičnog gonjenja. Ovaj institut je riješen i kroz Zakon, ali ponovo podsjećamo da Zakon daje rješenja u pogledu uslova za ustupanje samo u slučajevima kad to nije drugačije uređeno međunarodnim ugovorom.

Bilateralni ugovor koji uređuje ovu materiju između BiH i druge države, u svom nazivu nema prepoznatljive riječi vezane za preuzimanje krivičnih gonjenja, već su odredbe koje regulišu ovu materiju sadržane u bilateralnim ugovorima koji u pravilu nose naziv ''ugovor o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima''. Dakle kroz bilateralne ugovore u međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, koji ponekad obuhvataju i građanske stvari, regulisano je pitanje ustupanja i preuzimanja krivičnih postupaka. Za ove postupke, od multilateralnih ugovora je posebno za BiH važna Evropska Konvencija o prenošenju postupaka o krivičnim stvarima (Strazburg 1972. g).

4 Ugovorom između BiH i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima (Sl. glasnik BiH – Međunarodni ugovori broj 07/11 predviđena je mogućnost da organi jedne države (sudovi i tužilaštva) mogu neposredno komunicirati sa nadležnim organima druge države u vezi sa pribavljanjem podataka iz kaznene evidencije. Iste odredbe imaju i Ugovor o izmjenama i dopunama Ugovora između BiH i R.Srbije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima (Sl.glasnik BiH- Međunarodni ugovori broj 08/10) , kao i ugovor sa istim nazivom između BiH i R.Makedonije (Sl.glasnik BiH- Međunarodni ugovori broj 6/14). I pored ovih odredbi iz navedenih ugovora, radi kojih su ugovori i mijenjani u cilju efekasnijih vođenja krivčnih postupaka, većina sudova i tužilaštava u BiH još uvijek ovu vrstu međunarodne pravne pomoći traže putem Ministarstva pravde BiH, pa čak i diplomatskim putem i to u odnosu na države sa kojima je moguća direktna komunikacija. U ovakvim pravnim situacijama organi koji traže međunarodnu pomoć se u pravilu pozivaju na Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, bez konsultovanja međunarodnog ugovora koji uređuje ovu materiju za konkretnu državu.

Ova konvencija ima posebnu važnost iz razloga što su njene članice sve države Savjeta Evrope, a na njih u ukupnoj međunarodnoj pravnoj pomoći sa sigurnošću otpada preko 90% međunarodne pravne pomoći, u odnosu na sve države sa kojim se ova pomoć odvija. Kod činjenice da međunarodni ugovori imaju primat u odnosu na domaće zakonodavstvo,kroz ove postupke se postavlja pitanje da li na konkretnu situaciju primijeniti bilateralni ugovor ili Konvenciju, kao multilateralni ugovor. U odnosu na ovu dilemu veoma su jasne odredbe Evropske konvencije,pa je tako članom 43. Stav (2) određeno da '' države ugovornice ne mogu jedna s drugom zaključivati bilateralne ili multilateralne sporazume o stvarima koje su predmet ove konvencije izuzev u cilju dopune njenih odredaba ili olakšanja primjene principa koja su u njoj sadržana''.

Iz prednjeg proizilazi da bilateralni ugovori zaključeni sa drugim državama služe kao dopuna ovoj konvenciji u smislu olakšanja primjene principa koji su u njoj sadržani. Za ustupanje ovaj odnos je veoma značajan, jer Konvencija daje najšire mogućnosti za ustupanje krivičnih gonjenja,odnosno krivičnih postupaka kako je to Konvencijom definisano. Član 8. Konvencije omogućuje državama ugovornicama da zatraže preuzimanje krivičnog postupka u bilo kom slučaju pod uslovima da lice u pitanju ima stalni boravak u zamoljenoj državi ili je njen državljanin ili u toj državi treba i da izdržava kaznu itd. Ovom odredbom su taksativno nabrojani razlozi za ustupanje i to kao alternativne mogućnosti, što podrazumijeva da se kroz ispunjenje samo jednog od uslova može ustupiti krivično gonjenje.Možemo odmah uočiti da je osnovni razlog za ustupanje krivičnog gonjenja drugoj državi sadržan u stalnom boravku u drugoj državi, a tek poslije toga Konvencija je kao alternativni uslov označila i državljanstvo tog lica, kao i druge uslove.

Institut ustupanja krivičnog gonjenja predstavlja i pogodnost za državu koja ustupa gonjenje, posebno u slučaju kada se radi o postupku protiv lica čije se gonjenje ustupa državi njegovog državljanstva. Razlog za prednji zaključak je činjenica što lice državljanstva druge države, nakon suđenja u Bosni i Hercegovini ima pravo da prema odredbama Evropske konvencije o transferu osuđenih lica i bilateralnim ugovorima, koji regulišu ovu materiju, kaznu izdržava u državi čiji je državljanin, sa korištenjem svih pogodnosti u toj državi, na način kao da je u toj državi i osuđen. Ako se ovom doda i da ustupanje gonjenja predstavlja povjerenje u pravosudne organe druge države to bi trebalo da ohrabri organe Bosne i Hercegovine da više koriste ovaj institut. U prilog prednjem, smatramo da nije suvišno napomenuti i da mnoge ekonomski razvijene zemlje Evrope ustupaju krivična gonjenja Bosni i Hercegovini i to posebno kad se radi o počiniocu, koji je državljanin Bosne i Hercegovine.

Korištenjem ovog instituta, u mjeri i na način kako je to predviđeno Evropskom konvencijom i bilateralnim ugovorima, koji regulišu ovu materiju, a koji obavezuju Bosnu i Hercegovinu, sigurno bi za posljedicu imalo manji broj predmeta pred organima u Bosni i Hercegovini, a samim tim i mogućnost za efikasnije vođenje drugih sudskih postupaka.

4. ZAKLJUČAK

Ovim kratkim referatom se želi ukazati na međusobnu vezu u kvalitetu i načinu pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći od strane nadležnih organa BiH i drugih država od kojih se ta pomoć traži. Kroz određene primjere navedene u referatu izvodi se zaključak da od "kvaliteta" postupanja i obavještavanja organa u BiH po molbama drugih država, u mnogome zavisi i kvalitet pružene pomoći domaćim organima od strane tih država. Teoretski ne bi bilo prihvatljivo da određene države uslovljavaju pružanje krivičnopravne pomoći BiH iz razloga što se ne slažu sa određenim pravnim stavom nadležnog organa u BiH u jednom konkretnom predmetu, ali praksa kroz primjere pokazuje drugačije. Dakle, preporuka je da se u svakom konkretnom predmetu po zamolnicama iz inostranstva treba postupati sa posebnom pažnjom, jer se ta postupanja vrate recipročno u situacijama kada nam takva vrsta pomoći bude potrebna.

Modeli saučesništva i odnos prema UZP

Doc. dr sc Dragomir Vukoje, sudija Suda BiH

U međunarodnom krivičnom pravu (MKP), kao i u svakom nacionalnom pravnom sistemu krivičnu odgovornost povlači ne samo izvršenje krivičnih djela nego i drugi oblici ili modaliteti kriminalnog ponašanja. Svi nacionalni sistemi se približavaju jedan drugom u shvatanju kada dva ili više lica izvrše isto djelo u kom slučaju su jednako odgovorni kao saizvršioci. Međutim, u slučaju kada dva ili više lica ne vrše istu radnju, nego na jedan ili drugi način doprinose izvršenju kriminalnog plana, nacionalni sistemi se međusobno razlikuju. Recimo u SAD (Kalifornija) i sl. sistemima, u kojima sud stvara pravo, svi koji učestvuju u izvršenju krivičnog djela se smatraju glavnim izvršiocima. Nasuprot ovim, u zemljama koje pripadaju tradiciji pisanog prava uspostavljena je normativna linija razgraničenja između dviju kategorija – glavnih izvršilaca i saučesnika.

Pravna dogmatika i praksa sudova na području MKP fokusira se na *vidove odgovornosti*: Udruženi zločinački poduhvat (UZP)[1], odgovornost nadređenog, te pomaganje i podržavanje, dok je manja pažnja upućena na „tradicionalne“ i derivativne vidove odgovornosti: naređivanje, podsticanje i planiranje. Pojedinačna lica nisu odgovorna samo za počinjenje ratnog zločina, već su takođe odgovorna i za pokušaj počinjenja ratnog zločina, kao i za direktno i indirektno pomaganje i stvaranje uslova za lakše počinjenje ratnog zločina. Ona su takođe odgovorna i za planiranje ili podsticanje na počinjenje ratnog zločina[2].

Gore pomenuti vidovi odgovornosti se često preklapaju (engl. *overlapping*), pa otud nema potrebe za postavljanjem čvrstih granica između ovih oblika, već umjesto toga, ma koliko to u neku ruku izgledalo pragmatički, treba primjeniti vid odgovornosti koji najviše odgovara radnjama optuženog – ukoliko je takav oblik u nekom od krivičnih predmeta uopšte primjenljiv.

Normativni osnov oblika krivične odgovornosti o kojim je riječ, sadržan je u čl. 180. KZ BiH (v. čl. 7. stav 1. Statuta MKSJ), ali takođe, u članovima 20-38. KZ BiH. Ono što se ovom prilikom da uočiti odnosi se na to da u krivičnom zakonu oblici krivične odgovornosti iz navedenih članova egzistiraju paralelno i da se kao konceptualno različiti nalaze u do sada neprevladanom sukobu. Ustvari, ovim se pokreće jedno drugo i teoretsko pitanje sa značajnim referencama po praksu nacionalnih sudova. Radi se o penetriranju anglosaksonskog prava u domaće krivično pravo[3]. To se vrši preuzimanjem prakse međunarodnih krivičnih *ad hoc* tribunala u kojoj je anglosaksonsko (preciznije-angloameričko) pravo preovlađujuće[4].

1. Saizvršilaštvo i primjena UZP

1.1. Izvršilaštvo/saizvršilaštvo

Izvršilaštvo je direktno sudjelovanje u *actus reus* krivičnog djela.

a) Svako ko fizički izvrši krivično djelo, bilo sam ili zajednički s drugim licima, krivično je odgovoran. Npr. vojnik koji ubije ratnog zarobljenika ili civila biće kažnjen za izvršeni ratni zločin. Slično tome, pripadnik OS koji siluje neprijateljsko civilno lice i ako se ta radnja uklapa u rasprostranjenu i sistematsku praksu nasrtaja na civile, vršiti zločin protiv čovječnosti.

Izvršenje dakle, znači fizičko činjenje zabranjene radnje kome se pridružuje i psihološki (mentalni) elemenat.

b) Zločine često vrši više lica. Ako svi oni učestvuju u stvarnom izvršenju iste radnje (npr. kao pripadnici jedinice za pogubljenje nedužnih civila) možemo govoriti o saizvršilaštvu. Svi učesnici u zločinu vrše istu krivičnu radnju uz odgovarajući *mens rea*.

U čl. 29. KZ BiH je data definicija saizvršilaštva: “Ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući šta drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela zajednički učine krivično djelo, svaka od njih kazniće se kaznom propisanom za to krivično djelo.”. Takođe, u čl. 22 KZSFRJ propisano je: “Ako više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivično djelo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo”.

1 Odredba člana 180. stav 1. KZ BiH iz čijeg ekstenzivnog tumačenja se izvodi teza o udruženom zločinačkom poduhvatu (engl. *Joint Criminal Enterprise*) je sistematizovana unutar glave XVII KZ BiH, dakle, izvan opštih odredbi tog zakona.

2 Customary IHL – Rule 151. Individual Responsibility. http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter43_rule151 3/12/2014

3 v. Slobodan Perović: Prirodno pravo i kultura mira, Završni dokument Kopaoničke škole prirodnog prava, XVI susret, Kopaonik, 13-17. decembra 2003, str. 41-42.

4 Pravni osnov za takvo preuzimanje se nalazi u Zakonu o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, br. 61/04, 46/06 i 53/06). Ovaj zakon se kao *lex specialis* primjenjuje u odnosu na ZKP BiH.

1.2. Udruženi zločinački poduhvat

Pravna konstrukcija UZP kao sistemskog modela individualne krivične odgovornosti za izvršenje masovnih međunarodnih krivičnih djela zasnovana je na normativnoj strukturi koja kao oblik izvršenja kriivčnog djela predviđa činjenje što, za razliku od modela komandne odgovornosti ne podrazumijeva postojanje hijerarhije između učesnika UZP, a pitanje krivice povezuje se s postojanjem njihovog prethodnog zločinačkog plana tako da svaki od njih odgovara ne samo za sopstveno učešće u krivičnim djelima nego i za radnje drugih učesnika koje nisu bile obuhvaćene njegovim umišljajem ili nehatom, pod uslovom da ih je na osnovu tog plana mogao predvidjeti[5].

Ako su svi učesnici u UZP svjesni cilja i karaktera zločinačke radnje, i ako dijele istu zločinačku namjeru, samim tim moraju dijeliti i krivičnu odgovornost bez obzira na položaj i ulogu koju su imali u počinjenju zločina.

Koncepcija UZP je danas od mnogih teoretičara MKP dobrano osporavana polazeći od toga da su tužioci za njom posegnuli zbog dokaznog deficita za najteže zločine; što su optuživane najodgovornije političke ličnosti koje su u pravilu odsutne sa mjesta gdje su se takvi zločini događali, pa do toga da je ova koncepcija primjenljiva selektivno sračunata na način da se kažnjava političko rukovodstvo malih naroda; da se s njim uspostavlja kolektivna odgovornost, što je protivno opšteprihvaćenom principu individualne krivične odgovornosti u MKP, itd. Takođe, i od strane pojedinih sudija samog MKSJ (Schomburg, Anonetti) i drugih, [6] osporavan je stav Žalbenog vijeća u predmetu protiv *Duška Tadića* koje je prvo primjenilo ovaj oblik krivične odgovornosti, po kom je UZP kao oblik saučesničke odgovornosti „čvrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu“, što jednostavno nije tačno.

Sa pitanjem primjene UZP u praksi, Sud BiH se dosta rano suočio. Tako je u drugostepenoj presudi Suda BiH u predmetu braće *Vuković* optuženim je optužnicom Tužilaštva BiH stavljeno na teret počinjenje krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti iz čl. 172. stav 1. tač. h) u vezi sa tačkama a) i g) KZ BiH u vezi sa čl. 29. istog Zakona, a sve to u vezi sa čl. 180. stav 1. KZ BiH. Ispitujući žalbu odbrane na prvostepenu osuđujuću presudu, Apelaciono vijeće je, između ostalog, zaključilo sljedeće:

“Pojmovi udruženog zločinačkog poduhvata i saizvršilaštva u pobijanoj presudi nemaju činjeničnog osnova, već se radi o pukom navođenju zakonskih odredbi ili njihovog tumačenja. Nemoguće je, kako to žalba u kontekstu navedenog pravilno primjećuje, iz pravnog zaključka izvući više odgovornosti za optužene nego što to proizilazi iz činjeničnog opisa djela.

Na ovom mjestu, bitno je napomenuti da pobijana presuda postavlja udruženi zločinački poduhvat paralelno sa saizvršilaštvom, čemu po ocjeni Apelacionog vijeća nema mjesta, jer se ova dva instituta međusobno isključuju i nije moguća njihova koegzistencija. Odredba člana 29. KZ BiH jasno definiše pojam saizvršilaštva, kada se navodi: „ako više lica, učestvovanjem u izvršenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi izvršenju krivičnog djela, zajednički izvrše krivično djelo.“ U tom smislu, ako je više lica oglašeno krivim da su izvršili krivično djelo kao saizvršioci, dakle, kao izvršioci u vlastitom djelu, prethodno se u izreci presude moraju navesti radnje izvršenja za svakog saizvršioca ponaosob, jer od opisa tih radnji zavisi i postojanje saizvršilaštva i primjena citiranog člana. Nadalje, odredba člana 32. KZ-a BiH građena je na konceptu limitirane odgovornosti saučesnika i na principu subjektivne krivične odgovornosti koja je potpuno autonomna i ne zavisi od drugih. Svaki saučesnik odgovara prema stepenu njegove krivice, nezavisno od toga u kojoj mjeri odgovaraju drugi učesnici ili da li uopšte odgovaraju. Pošto presuda nije izdiferencirala radnje svakog od saizvršilaca ponaosob, kako u izreci tako ni u obrazloženju, na što skreće pažnju žalba odbrane, ona nije mogla jasno i nedvosmisleno utvrditi vinost svakog od optuženih, već presuda, suprotno odredbi člana 32. stav 1. KZ BiH, oblik vinosti obrazlaže zajedno za oba optužena putem teze o kolektivnom umišljaju. Slijedstveno tome nije bilo moguće utvrditi ni stepen krivične odgovornosti svakog od njih, a time, u krajnjem, ni uspješno realizovati zakonski princip individualizacije kazni. Sa druge strane, pojam udruženog zločinačkog poduhvata, nije propisan niti definisan u našem krivičnom zakonodavstvu, niti ga prvostepena presuda konceptualno pokušava pojasniti, ne zna se naime, da li se radi o posebnom krivičnom djelu ili obliku krivične odgovornosti, te ako prihvatimo ovo posljednje, teško da je ovaj koncept saglasan sa klasičnim institutom saizvršilaštva kakvog poznaje naš krivični zakon. “

Slijedom ove odluke, nepobitna je razlika između svakog od tri oblika UZP (1. osnovni oblik, 2. sistemski oblik, i 3. prošireni oblik), utvrđenih u jurisprudenciji MKSJ-a i instituta saizvršilaštva u smislu člana 29. i 32. KZ-a BiH, naročito na planu *mens rea.* Naime, UZP na nivou subjektivnog elementa predpostavlja zajednički umišljaj, dok saučesništvo u širem smislu kakvog poznaje naše krivično materijalno pravo inauguriše princip limitirane krivične odgovornosti. Usljed toga nemoguće je izjednačiti krivičnu odgovornost propisanu citiranim

5 Bojanić, I., Derenčinović, Ž., Krapac, D. i Srešić, M., (2007), *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo-izazovi i kontroverze,* Akadaemija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, str. 45.

6 Tako M. Simović, M. Blagojević i V. Simović ukazuju da je koncept UZP „kreacija nastala isključivo u praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju“ i kritikuju način na koji se primjenjuje ovaj koncept u sudskoj praksi Suda BiH iako nije predviđena ui domaćem krivičnom zakonodavstvu.. (Simovic, M.N, et al.(2013), str. 187.).U: Vekarić Bruno, doktorska disertacija, 2016., str. 224.

članovima sa konceptom UZP kakvog poznaje jurisprudencija MKSJ i kojeg bez ikakvih ograda kao omiljenu tužilačku figuru većinski slijede vijeća Suda BiH (pre)širokim tumačenjem čl.180. stav 1. KZ BiH[7]. U toj zakonskoj odredbi je u cjelini izvršena recepcija člana 7. stav 1. Statuta MKSJ.
Razmatranje koncepta UZP ukazuje na ranije prisutnu dilemu da li se radi o posebnom obliku krivičnog djela, kako bi se to moglo zaključiti iz činjenice da je sistematizovan u posebni dio krivičnog zakona ili se radi o jednom od vidova krivične odgovornosti. Uostalom, ovo pitanje se razmatralo i pred vijećem MKSJ u predmetu protiv *Vojislava Šešelja*[8]. U tom predmetu u saglasnom mišljenju sudije Antonettija predsjedavajućeg vijeća priloženom presudi, isti se pozvao na stav Pretresnog vijeća VVSK od 12. septembra 2011. (predmet br. 002/19-09-2007-ECCC.TC., par. 2 i 3.) po kojem je naglašeno da: "UZP oblik učešća u krivičnom djelu, a ne krivično djelo."
Tumačenje Statuta MKSJ kakvog je iznijelo Žalbeno vijeće u predmetu *Tadić* se danas osporava. Prije svega, u Statutu MKSJ se izraz UZP ne pominje i mnogi smatraju da se prošireno tumačenje Žalbenog vijeća iz drugostepene presude *Tadić* kosi s načelom legaliteta, budući da je u krivičnom pravu obavezna striktna primjena teksta zakona (v. MKSJ, Žalbeno vijeće, predmet *Martić*, suprotno mišljenje sudije Schomburga, op.cit,;Barthe, str.204. i dalje)[9].
Konačno Rimski statut je primjeni UZP u praksi od strane sudova (ne svih!) želio uspostaviti jasnu podjelu između nevinih i vinih u kažnjivim radnjama, ne povezujući ih s pripadnosti grupi koja bi omogućavala različita tumačenja krivične odgovornosti, što podrazumijeva da pojedinac odgovara za kažnjive radnje koje je izveo. Ovakvo stanovište MKS može se shvatiti kao garancija načela *nullum crimen sine lege* i pravičnog suđenja. Prihvatanje automatske odgovornosti grupe završilo bi u inkriminisanju svih članova grupe, čak i onih koji su se grupi priključili bez ikakve zločinačke namjere i ne znajući za bilo kakav zločinački plan. *In fine*, doktrina UZP smatra se jednim od uzroka brojnog kršenja prava optuženog, posebno kad je riječ o prezumpciji nevinosti i pravu na pravično suđenje. Samo žalbeno vijeće MKSJ je priznalo da UZP nije beskonačno "rastegljiv pojam koji bi omogućio izricanje osuđujućih presuda zasnovanih na krivici po udruživanju."(Drugostepena presuda u predmetu *Brđanin*, par. 428.)[10].
Sudija Casesse, koji je bio član vijeća koje je riešavalo u predmetu *Tadić*, nekoliko godina kasnije se distancirao od te jurisprudencije. On se kao član Specijalnog suda za Liban (SSL) u interlokutornoj odluci od 16. februara 2011, zajedno s drugim članovima vijeća, ogradio od vida III UZP, mada se složio s mišljenjem mnogih o prihvatljivosti prvog i drugog vida UZP, ali je odmah dodao, kako bi ih podveo pod vid odgovornosti naveden u članu 7. Statuta ("lice koje je planiralo"), čime bi se izbjeglo stvaranje pojma koji bi umjesto da sudijama posluži kao jasan i precizan instrument, izuzetno zakomplikovao njihov zadatak, uslijed čega su u situaciji da ga stalno podešavaju i to nauštrb pravne sigurnosti[11].
Suština pitanja oko primjene UZP pokrenuta od strane Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*,za sudiju Antonettija je u tome što se krivično goni grupa i to nauštrb individualne krivične odgovornosti, a uz labav pristup na nivou dokaza[12]. Po njemu, prilikom primjene ove teorije fokus je sa nivoa počinilaštva trebalo pomjeriti na nivo planiranja. Takođe, u svom saglasnom mišljenju priloženom presudi, ovaj sudija smatra neospornim da se između političkog projekta i kriminalnog projekta mora praviti razlika, mada politički projekat može imati kriminalnu komponentu. Kod toga, idejni tvorac plana je pokriven oblikom odgovornosti "lica koje je planiralo", dok su sapočinioci i saučesnici pokriveni drugim oblicima odgovornosti za koje nije uslov da su imali istu namjeru, pošto su oni, ili podsticali činjenje ili naredili ili podržavali ili pomagali ili pak sami počinili zločin. Prema tome, osobi treba suditi samo za njeno lično ponašanje, a ne za pripadnost nekoj grupi. Uz ovo, potrebno je utvrditi elemenat namjere da bi se moglo van razumne sumnje utvrditi da li su svi učesnici imali istu namjeru, jer je moguće da lider ima sasvim drugi cilj, za koji drugi učesnici ne znaju, ili da su se oni čak prevarili u vezi s onim što je zajednički cilj.
U sagledavanju međusobnog odnosa oblika individualne krivične odgovornosti treba analizirati odredbu člana 180. stav 1. KZ BiH, po kojoj:

7 Ovom prilikom ukazujemo na odluku Ustavnog suda BiH u Velikom vijeću u predmetu broj: AP 2706/11 na sjednici održanoj 10. februara 2015. godine, rješavajući apelacije *Slavice Šurlan* i *dr.* U para.127. navedeno je slijedeće:„U predmetu *Kokkinakis protiv Grčke (serija A, br. 260-A, str. 22, stav 52),* Evropski sud je tumačio člana 7. Evropske konvencije tako da taj član nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene kriivčnog zakona na aplikantovu štetu, već taj član, mnogo općenitije, sadrži načelo da samo zakon može ustanoviti postojanje krivičnog djela i da samo zakon može propisati kaznu *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* **kao i načelo da se krivični zakon ne smije široko tumačiti na štetu optuženog.** U navedenom predmetu Evropski sud je posebno istaknuo da je taj zahtijev člana 7. Evropske konvencije zadovoljen kada pojedinac iz sadržaja relevantne odredbe, ukoliko je potrebno i uz pomoć tumačenja suda, može shvatiti koje krivične radnje i propusti ga mogu učiniti krivično odgovornim."
8 MKSJ, predmet br. IT-03-67-T 31. Mart 2016., Tužilac vs. Vojislava Šešelja, str. 172.
9 op. cit., str. 154.
10 Ibid., str. 167.
11 Ibid., str. 176.
12 Op.cit., str. 180.

"*Osoba koja planira, pokrene, naredi, učini ili podstrekava ili pomaže u planiranju ili učinjenju krivičnog djela iz člana 171. (Genocid), 172. (Zločini protiv čovječnosti),[…] ovog zakona, individualno je odgovorna za to krivično djelo.[…].*"

Iz iste je vidljivo da ona polazi od monističke koncepcije saučesništva kojom se izjednačuju svi oblici učešća u izvršenju krivičnog djela, što nije prihvaćeno u teoriji našeg krivičnog prava, pa ni u opštem dijelu KZ BiH.

Izlažući kritiku UZP, Z. Stojanović ističe da je tom konstrukcijom obezbijeđena laka osuda zbog radnji drugih (a nije riječ o odgovornosti nadređenih), i to se najreljefnije manifestuje u tzv. "proširenom obliku UZP" (UZP III) koji ne zahteva znanje da je neko u okviru ostvarivanja nekog zajedničkog plana ili cilja učinio krivično delo pa se, ukoliko se to moglo predvidjeti, svakome ko je delovao u okviru bilo kakvog zajedničkog plana mogu pripisati sva krivična djela koja je učinio bilo ko u ostvarivanju tog plana. Tu je reč, smatra Stojanović, ne samo o gruboj povredi načela krivice i načela zakonitosti (jer ova konstrukcija nema uporište u Statutu a ni u običajnom pravu) već se unosi i potpuna konfuzija u oblast saučesništva i brišu granice između saizvršioca, podstrekača i pomagača[13].

Konačno, da u zemljama anglo-saksonske pravne tradicije dolazi do izmjena u tradicionalnom shvatanju zajedničkog zločinačkog poduhvata na planu *mens rea* govori po sebi skorašnja presuda Žalbenog suda Jamajke. U toj presudi stoji da je sudija dao uputu poroti da optužba mora dokazati da je svaki optuženi dijelio zajedničku namjeru da počini "djelo", te da u tu zajedničku namjeru spada i situacija u kojoj je "optuženi, čiji predmet ovdje razmatrate, znao da postoji realna mogućnost da drugi optuženi može imati određenu namjeru ali je bez obzira na tu svijest nastavio da u tome učestvuje[14]".

1.3. *Diferentia specifica* između saizvršilaštva i drugih oblika saučesništva

Na argumente odbrane u žalbi na prvostepenu presudu u predmetu *Tužilac protiv Miroslava Kvočke i drugih*[15] i na njeno pitanje o razlici između saizvršilaštva, s jedne, i pomaganja i podstrekavanja, s druge strane, Žalbeno vijeće je ostajući u kontekstu primjene UZP odgovorilo da saizvršilac u UZP dijeli namjeru izvršenja tog poduhvata i aktivno radi na njegovom ostvarivanju dok pomagač i podstrekač ne moraju nužno da dijele namjeru drugih učesnika; dovoljno je da budu svjesni da svojim doprinosom pomažu ili omogućavaju zločin koji čine drugi učesnici. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, zaključak o postojanju zajedničke namjere može se izvesti iz saznanja optuženog o zločinačkom karakteru poduhvata i činjenice da je on i nakon tog saznanja nastavio u značajnoj mjeri da u njemu učestvuje. Vijeće je uvažilo činjenicu da se mogu pojaviti teškoće prilikom utvrđivanja razlike između pomagača i podstrekača i saizvršioca, naročito u slučaju optuženih srednjeg ranga koji nisu fizički počinili zločin. Međutim, kada neki optuženi učestvuje u počinjenju nekog krivičnog djela kojim se podspješuje ostvarivanje ciljeva zločinačkog poduhvata, Vijeće je smatralo da će on prije biti odgovoran kao saizvršilac nego kao pomagač ili podstrekač.

Ovakvo opredjeljenje MKSJ, u situacijama kada uloga učesnika u zajedničkom poduhvatu ne može biti potpuno i bez ikakve sumnje do kraja i u svim aspektima rasvijetljena, otvara pitanje da li se njime zaobilazi i krši načelo *in dubio pro reo* koje predstavlja jedno od osnovnih načela kako nacionalnog tako i, još uvijek u povoju, međunarodnog krivičnog procesnog prava[16].

Na području utvrđivanja subjektivnih elemenata u UZP, Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu *Kvočka* je naglasilo „irelevantnost i nedokučivost motiva u krivičnom pravu', utvrdivši da „za postojanje zajedničke zločinačke namjere ne traži se da saizvršilac izvlači lično zadovoljstvo ili da s entuzijaznom, odnosno na vlastitu inicijativu doprinosi udruženom poduhvatu." U pogledu elemenata radnje udruženog zločinačkog poduhvata, Vijeće je u predmetu *Kvočk*a odbacilo tvrdnje odbrane da je tužilaštvo dužno da dokaže postojanje dogovora o izvršenju udruženog zločinačkog poduhvata. Vijeće je prihvatilo stav Tužilaštva da za utvrđivanje postojanja UZP nije potrebno da se dokaže postojanje prethodno utvrđenog ili formulisanog plana, namjere ili cilja. Zajednički plan ili cilj mogu se ostvarivati bez prethodne pripreme i o njihovom postojanju je moguće izvesti zaključak na osnovu činjenice da je više lica jedinstveno radilo na ostvarivanju UZP, jer „kada se optuženi jednom svjesno pridruži i značajno doprinese sistemu zlostavljanja, relevantni "dogovor" se ili podvodi pod sistem u cjelini ili zamjenjuje prihvatanjem sistema kao cjeline (par.117, 118). Sudska praksa je, smatra Vijeće, jasna u vezi s tim pitanjem: UZP iziskuje postojanje zajedničkog cilja koji predstavlja ili čije ostvarivanje povlači za sobom počinjenje zločina, a nije potrebno da zajednički cilj bude prethodno dogovoren ili formulisan, već se se može ostvarivati bez prethodne pripreme (par.118).

1.4. Gledište Statuta i prakse Međunarodnog krivičnog suda naspram primjene UZP

Da bi se uočile razlike u pogledu UZP na način kako je on postavljen u Statutu i praksi međunarodnim krivičnim *ad hoc* tribunalima za Jugoslaviju i Ruandu, potrebno je sagledati kako Statut Međunarodnog

13 Stojanović, Z., (2012), op. cit., str. 73-74

14 v. Judgment R v Jogee (Appellant) Ruddock (Appellant) v The Queen (Respondent) (Jamaica) From the Court of Appeal of Jamaica, before Lord Neuberger, President, lady Hale, Deputy President, Lord Huges, Lord Toulson, Lord Thomas, Judgment given on 18 February 2016, para. 114.

15 MKSJ, Tužilac protiv *Kvočke*…, op. cit., par.106

16 v. Vekarić, Bruno, *Specifičnosti tretmana ratnih zločina u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu,* doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, 2016.

krivičnog suda (MKS) reguliše materiju saučesništva. Rimski statut izričito ne prihvata koncept UZP kao oblika odgovornosti koji je uveo MKSJ, a to potvrđuje i dosadašnja sudska praksa MKS. Relevantne odredbe Rimskog statuta u tom pogledu iznesene su u članu 25. Statuta.

U skladu sa ovim Statutom, Sud može voditi krivični postupak i kazniti izvršioca krivičnog djela samo ako je isti krivično odgovoran i ukoliko je krivično djelo iz nadležnosti Suda: (a) Izvršio lično ili u saučesništvu sa drugim licima ili posredstvom drugog lica, bez obzira da li je to drugo lice krivično odgovorno; (b) Naredio, nagovorio ili podstrekao na izvršenje krivičnog djela, a koje krivično djelo potom bude učinjeno ili pokušano; (c) U cilju olakšanja izvršenja krivičnog djela, pomaže, podstiče ili na drugi način doprinese njegovom izvršenju ili pokušaju izvršenja, uključujući ovdje i stavljanje na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog dela; (d) Na bilo koji drugi način doprinese izvršenju ili pokušaju izvršenja krivičnog djela iza koga stoji grupa lica koja djeluje sa zajedničkim ciljem. Takav doprinos mora biti namjeran i mora biti:(i) učinjen sa ciljem omogućavanja daljeg vršenja krivične aktivnosti ili daljeg ostvarivanja cilja te grupe, kada aktivnost i cilj te grupe imaju za poslijedicu izvršenje krivičnog djela iz nadležnosti Suda, ili (ii) učinjen sa znanjem o namjerama grupe da počini zločin; (e) U vezi sa krivičnim djelom genocida, direktno ili jasno podstiče druge na izvršenje genocida.

Analiza gore navedenog člana pokazuje da Rimski statut afirmiše oblik odgovornosti "grupe sa zajedničkim ciljem" koji odgovara saizvršilaštvu (član 25. stav 3. tačka a.), posrednom izvršilaštvu (član 25. stav 3. tačka a.) i ostalim oblicima odgovornosti grupe sa zajedničkim ciljem (član 25. stav 3. tačka d.) Razlike između koncepta UZP kakvog je kreirao MKSJ i oblika odgovornosti koje obuhvata Rimski Statut proizlaze i iz načina na koji Statut reguliše subjektivni element krivičnog dela. U članu 30. pod naslovom "Vinost" Rimski statut sadrži slijedeće odredbe:

1. Ukoliko nije drugačije predviđeno, lice je krivično odgovorno i može se kazniti kaznom propisanom za krivično djelo iz nadležnosti Suda, samo pod uslovom da je okrivljeni ostvario sva posebna obilježja predmetnog krivičnog djela i da je prilikom izvršenja krivičnog djela postupao svjesno i voljno.

2. U smislu ovog člana, lice postupa voljno ukoliko volja postoji u odnosu na:(a) Radnju izvršenja - lice želi izvršenje krivičnog djela; (b) Posljedicu - lice želi nastupanje posljedice krivičnog djela ili je svjesno da uslijed njegovog činjenja ili nečinjenja zabranjena posljedica može nastupiti, pa pristaje na njeno nastupanje.

3. U smislu ovog člana svijest učinioca krivičnog djela obuhvata spoznaju svih posebnih obilježja krivičnog djela kao i svijest o poslijedici koja će nastupati ako se ostvare ostali elementi bića krivičnog djela. Izrazi "svijestan" i "svijesno" tumače se na isti način[17].

Sudskom praksom MKS u predmetu *Lubanga* sud je prihvatio i posredno saizvršilaštvo kao oblik izvršilaštva. Obzirom da sudska praksa MKS u ovom pogledu još uvek nije dovoljno razvijena, ostalo je diskutabilno u kojoj mjeri odredbe člana 25. stav 3 tačka d. o saizvršilaštvu zajedničkog cilja i "zajedničkog plana" Rimskog statuta imaju dodirne tačke sa konceptom UZP. M. Damaška navodi da ostaje otvoreno pitanje kako će sudska paksa MKS interpretirati Rimski statut u vezi doprinosa krivičnom delu "grupe koja djeluje sa zajedničkom namjerom" (član 25. stav 3) i konstatuje da je "jasno samo to da je Rimski statut nešto blaži od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju jer ne tretira grupni doprinos zločinu kao oblik saizvršilaštva, nego kao oblik saučesništva"[18].

O utemeljenosti UZP-a u odredbama Rimskog statuta u toku je nedovršena debata među stručnjacima za međunarodno krivično pravo. A. Meginjte (Audra Meginyte) smatra da pitanje da li odredbe Rimskog statuta dopuštaju dalju primjenu koncepta UZP-a prema konceptu MKSJ ostaje otvoreno i pledira za dalje preciziranje i prilagođavanje UZP duhu Rimskog statuta kako bi se „u budućnosti izbjegle zbrka i neopravdane inkriminacije.[19]"

Aluzije na mogućnost postojanja „nepravnih" motiva u primjeni UZP iznio je, pored ostalih, i poznati irski krivičar Viljem Šabas (W. Shabas) postavljajući pitanje: „ako je UZP bio dugo vremena institut prihvaćen i poznat u krivičnom pravu zašto je MKSJ toliko dugo čekao da započne sa njegovim korišćenjem? Naime, primjećeno je da je odjednom došlo do „dramatične promjene u pristupu tužioca" i do toga da se već podnijete optužnice dopunjavaju u cilju da obuhvate ovu novu teoriju"[20].

U kritici doktrine po kojoj odgovornost postoji i za ona krivična djla koja nisu u okviru plana, ali je njihovo počinjenje predvidivo (UZP III), autor ukazuje da se u njoj najjasnije pojavljuje mogućnost velikog nesklada osude po zajedničkom zločinačkom planu i principa odgovornosti za krivicu. Značajan doprinos naučno utemeljenoj kritici doktrine udruženog zločinačkog poduhvata dala je grupa zagrebačkih krivičara (I. Bojanić, D. Derenčinović, Ž. Horvatić, D. Krapac, D. i M. Seršić) u studiji „Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze". Oni su u završnom dijelu studije u tekstu „Deset teza o

17 Damaška, M., (2005), " Boljke zajedničkog zločinačkog pothvata", Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu , Zagreb, vol. 12, broj 1/2005, Zagreb, str. 10, fusnota 18.

18 474 MKS, Thomas Lubanga Dyilo, predmet br. ICC-01/04-01/06, Odluka o potvrđivanju optužnice 29.1.2007., Citirano prema: Oblici odgovornosti: izvršilaštvo i saizvršilaštvo, Projekt " Pravda i ratni zločini": deo projekta „Podrška prenošenju znanja i materijala u predmetima ratnih zločina MKSJ-a domadim sudovima", International Criminal Law Services, OSCE-ODIHR; str. 19.

19 Vekarić, Bruno, op. cit.

20 Videti: Shabas, W., (2006), The International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge., p. 311., Citirano prema: Stojanović, Z., (2012), op. cit., str. 74, fusnota 90.

zajedničkom zločinačkom pothvatu“ iznjeli sljedeća mišljenja:
(1) UZP nije bio dio međunarodnog običajnog prava u vrijeme kada su počinjena krivična djela koja se optuženima pred MKSJ stavljaju na teret;
(2) UZP je suprotan načelu krivice kao jednom od temeljnih načela savremenog krivičnog prava;
(3) Opasnim proširenjem elemenata odgovornosti udruženi zločinački poduhvat je približen krivici zbog udruživanja (guilt by association) što nije predviđeno Statutom MKSJ;
(4) Izvođenje zaključka o postojanju optuženikove namjere iz objektivnih okolnosti (inferencija) kod II i III kategorije UZP sporno je sa stanovišta poštovanja načela pretpostavke okrivljenikove nevinosti koje je, između ostalog, propisano članom 21. Stav. 3., Statuta MKSJ;
(5) Sudska praksa MKSJ u vezi primjene teorije UZP i odredaba Statuta u kojima je ta teorija navodno sadržana nije jedinstvena i u suprotnosti je s načelima pravne sigurnosti i pravednosti;
(6) Raširena primjena teorije UZP na cjelokupne političke i vojne strukture države i druga “poznata i nepoznata” lica ne ispunjava uslov preciznog optuženja i može stvoriti utisak o “političkom uticaju” na međunarodno krivično pravosuđe;
(7) Široko koncipirane optužnice utemeljene na teoriji UZP koje sadrže “kolektivno” optuživanje ne samo lica protiv kojih je pokrenut krivični postupak već cjelokupnih državnih i vojnih struktura kao i “znanih i neznanih lica” ugrožava temelje i djelovanje MKSJ;
(8) Davanje kredibiliteta teoriji UZP u postupcima pred međunarodnim krivičnim sudovima stvara rizik od još raširenije i po temeljna ljudska prava intruzivnije primjene te teorije u postupcima pred nacionalnim sudovima. Primjena te teorije podriva savremeno krivično pravo utemeljeno na tradicionalnim načelima i pravnoj dogmatici.
(9) Raširena primjena teorije UZP imaće negativne posljedice na proces afirmacije međunarodnog krivičnog prava i pravosuđa.
(10) U praksi međunarodnih krivičnih tribunala teoriju UZP treba zamijeniti ostalim uvreženim institutima lične krivične odgovornosti kao što su saizvršilaštvo i posredno izvršilaštvo[21].
J.D. Olin (Jens David Ohlin) kritikuje doktrinu UZP smatrajući da su njena tri glavna “konceptualna defekta” sljedeća: prvo, pogrešno pripisivanje krivične odgovornosti licu koje je odustalo od učešća u poduhvatu; drugo, uvođenje krivične odgovornosti za predvidiva djela učesnika u UZP i treće, pogrešno polazište UZP da su svi članovi UZP jednako odgovorni za aktivnosti ostalih članova. Autor smatra da bi Rimski statut trebalo da bude izmijenjen tako da izbjegne primjenu u praksi gore navedenih pogrešnih polazišta. Olin takođe smatra da bi težište korekcije koncepta UZP trebalo staviti na pitanja subjektivnog elementa (mens rea) i pledira za to da se, umjesto potpunog napuštanja koncepta UZP i njegove zamjene teorijom saizvršilaštva, napusti treći oblik UZP (UZP III) koji, kako navodi, doktrinu UZP čini nedovoljno prihvatljivom, zbog neiznijansiranosti pojedinih oblika *mens rea*[22].
Istorijski gledano UZP je potekao iz zavjere kao vrsta krivične radnje kažnjive u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema, koja je nepoznata ili prihvaćena u vrlo skromnoj mjeri u zemljama kontinetalnog pravnog sistema. Zavjera je grupno krivično djelo koje se sastoji u dogovoru dvije ili više osoba da počine krivično djelo. Subjektivni element svakog od učesnika je dvojak: 1) saznanje o činjenicama i okolnostima krivičnog djela koje grupa namjerava počiniti, i 2) namjera da se zavjera ostvari tako što će krivično djelo biti izvršeno[23].

2. Planiranje

Neka osoba može učestvovati u zločinu, a da ne dijeli zločinačku namjeru glavnog izvršioca – pomažući mu u izvršenju. Objektivni element u pomaganju, kao i u podstrekavanju sadrži se u praktičnoj pomoći, ohrabrenju, davanju moralne podrške počiniocu s tim što pomoć i podrška moraju imati bitan uticaj na izvršenje zločina. Subjektivni element kod pomagača je u tome što je on znao da će njegovo djelovanje pomoći počiniocu u izvođenju zločina.
Planiranje se sastoji od osmišljavanja, saglašavanja s drugima, i priprema za izvršenje krivičnog djela. U predmetu Blaškić (prs. 279) pretresno vijeće, smatra da planiranje podrazumijeva slučaj kada „jedno ili više lica smišljaju kako da izvrše zločin, kako u fazi priprema tako u izvršenju“.
Planiranje zločina se često vrši, kako od strane vojnih, tako i civilnih vlasti. Svako ko učestvuje u planiranju međunarodnih zločina bez obzira na rang u hijerarhiji i nivou učestvovanja, krivično je odgovoran. Subjektivni element se sastoji u namjeri da se izvrši zločinačka radnja.
Pitanje da li je pomaganje kažnjivo samo po sebi ili ako je dovelo do izvršenja namjeravane radnje je dosta složeno. U predmetu *Musema* (par. 115), ICTR imajući u vidu čl. 6.1. Statuta tog tribunala koji sadrži načelo individualne krivične odgovornosti Pretresno vijeće je zaključilo: da to „navodi na zaključak da planiranje i pripremanje zločina mora dovesti i do njegovog fizičkog izvršenja.“Kažnjavanje za planiranje približava ovaj

21 Bojanić, I., et al., (2007), op. cit., str. 180

22 Ohlin, J.D., (2011), “Joint Intentions to Commit International Crimes”, Chicago Journal of International Law, Vol. 11 No. 2, Winter, p. 693

23 Pravila međunarodnog prava o zavjeri mogu sde naći samo u Londonskom sporaumu od 1945. godine, u čl. 6. Kojim se utvrđuje da će biti kažnjena osoba koje učestvuje u zajedničkom planu ili zavjeri za činjenje bilo kog zločina protiv mira.

oblik kažnjavanju zbog zavjere, mada se ista zasniva na dogovoru dva ili više lica, dok planiranje može vršiti samo jedno lice. Statuti međunarodnih ad hoc tribunala otvaraju mogućnost kažnjavanja za zavjeru u slučaju genocida, ali ne i za zločine protiv čovječnosti i ratnih zločina. Suprotno ovom u predmetu MKSJ Kordić i Čerkez, Pretresno vijeće je smatralo da „optuženi može biti krivično odgovoran i za samo planiranje (par.386). Ipak vijeće je našlo za potrebu naglasiti isključenje mogućnosti kumulacije počinjenja zločina i planiranja istog zločina. U MKP može se stati na stanovištu da planiranje lakših zločina, za razliku od onih teških, samo po sebi nije zločin.

3. Podstrekavanje/Podsticanje

Actus reus podsticanja znači navesti drugu osobu da počini krivično djelo. Nije nužno dokazati da zločin ne bi bio počinjen bez sudjelovanja optuženog, ali je dovoljno pokazati da je poticaj/podsticaj bio faktor koji je značajno pridonio ponašanju osobe koja čini zločin.

Podstrekavanje na vršenje zločina je način navođenja, ohrabrivanja, ili nagovaranja da se počini neki zločin. Podstrekavanje nužno ne podrazumijeva postojanje nekog hijerarhijskog odnosa. Ono znači preduzimanje psiholoških i fizičkih koraka koja imaju za cilj da se neko navede da počini zločin. Jedan od uslova je postojanje namjere da se izvrši zločin. Podstrekavanje se može sastojati od činjenja i nečinjenja (Blaškić, par. 280). Dakle, podstrekavanje predstavlja zločin pod uslovima: (i) mora biti neprekidno i izričito, i (ii) mora mu uslijediti izvršenje krivičnog djela. To znači da se podstrekavanje ne kažnjava kao takvo, nego samo onda ako dovede do izvršenja krivičnog djela. MKP sadrži, kako je to već navedeno, izuzetak od tog pravila kod krivičnog djela genocida.

Subjektivni element se očituje (i) u namjeri nekog lica da navede nekog da izvrši zločin. To znači da je (ii) lice bar bilo svjesno vjerovatnoće da će, kao posljedica njegovog djelovanja, biti izvršen zločin, i (iii) da lice mora imati *mens rea* potreban za podstrekavanje na zločin.

Podsticanje može biti vršeno verbalnim ili neverbalnim načinima.

Neko lice može učestvovati u zločinu, a da ne dijeli zločinačku namjeru glavnog izvršioca – pomažući mu u izvršenju. Objektivni element u pomaganju (i podstrekavanju) sadržan je u praktičnoj pomoći, ohrabrenju i davanju moralne podrške izvršiocu (tj. inspiratoru, nalogodavcu ili izvršiocu glavnog zločina). Uz to, ta pomoć, podrška itd., sa gledišta MOP, mora imati bitan uticaj na izvršenje zločina. Istina, takav zahtjev nije sadržan u odredbama čl. 31. (Pomaganje) KZBiH (Ko drugom s umišljajem pomogne u učinjenju krivičnog djela,...).

U ovoj kategoriji modaliteta kriminalnog ponašanja razlikujemo tri podvrste: (i) kriminalne radnje koje obuhvataju planiranje i naređivanje, (ii) kriminalne radnje kojima se priprema zločin, a koje podrazumijevaju pokušaj i da nije uslijedilo izvršenje djela pošto su okolnosti (subjektivne ili objektivne) spriječile njegovo izvršenje, i (iii) kriminalne radnje koje su kažnjive kao takve bez obzira da li je ili nije nastupila zabranjena posljedica (podstrekavanje na genocid). Izvan ovog izuzetka, u MKP podstrekavanje je zabranjeno samo ako dovede do stvarnog izvršenja zločina, iz razoga što države i sudovi smatraju da bi zabrana podstrekavanja pretjerano proširila krug zločinačkih radnji.

Subjektivni element na strani pomagača ogleda se u njegovom znanju da će njegovo djelovanje pomoći u izvođenju zločina. (v. *Furundžija*, Pretresno vijeće, para. 190-249). Traži se da lice koje podržava ili pomaže to čini svjesno da time doprinosi izvršenju zločina. Prema tome, ne traži se na strani pomagača ili podstrekača da imaju zajednički plan ili cilj s glavnim izvršiocem, niti da dijele njegovu zločinačku namjeru ili da imaju neki drugi oblik mens rea, jer „glavni izvršilac ne mora ni znati za doprinos saučesnika (*Tadić*, ŽV, par. 229).

U predmetu *Akayesu* (MKTR, PV, par. 706-707) je utvrdilo da je optuženi kao predsjednik opštine i ličnost koja je bila poštovana od strane svojih sugrađana, prisustvovao silovanjima i vršenju seksualnog nasilja nad ženama naroda Tutsi i da je svojim stavovima i primjedbama ohrabrivao vršenje tih akata čime je „prećutno podsticao“ na silovanja., a time je bio krivčno odgovoran za „podstrekavanje na vršenje priprema i ubijanje pripadnika grupe Tutsi i za nanošenje teških tjelesnih i mentalnih povreda pripadnicima te grupe.“

U predmetu *Furundžija* Pretresno vijeće je našlo da je optuženi oficir OS bosanskih Hrvata, bio prisutan kada je jedan drugi oficir, u toku ispitivanja silovao jednu žrtvu, pa je vijeće stalo na stanovište da je na taj način optuženi pomagao, podtstrekavao i davao moralnu podršku, čime je- znajući da to predstavlja pomaganje u zločinu – bitno uticao na drugog oficira da izvrši djelo.

4. Naređivanje

Davanje naređenja pretpostavlja da onaj koji ih daje je *de iure* ili *de facto* pretpostavljeni onom kojem ih daje. Mada, pretresno vijeće MKSJ u predmetu *Kordić* i *Čerkez* je izrazilo stav po kome za slučaj da je pokazano da je opštuženi imao moć da naređuje nije potreban nikakav formalni odnos između pretpostavljenog i počinjenog (par.388). Naime, MKP ne predstavlja nekakvu formalističku granu međunarodnog prava, pošto teži zabrani zločina i njihovom kažnjavajnu bez obzira kako su počinjeni.

Pri tom nije neohodno da naredba bude izvršena, pod uslovom da je želio njeno izvršenje. Subjektivni element koji se traži je postojanje namjere da naredba bude izvršena, a ako je ona uopštena, može biti dovoljno i postojanje eventualnog umišljaja ili svjesnog nehata.

Naređivanje se ne može izvršiti propuštanjem. Za dokazivanje umišljaja ili postojanje svijesti za vršenje o velikoj vjerovatnoći da će se nepostupanjem po naređenju izvršiti kriivčno djelo, moguće je koristiti razne faktore: broj nezakonitih radnji, broj i vrstu korištenih jedinica, stvarno zapovijedanje i rukovođenje tim jedinicama, angažovana logistika, itd.

Umjesto zaključka

Izloženi rad se bavio poglavito doktrinom UZP, a sa ostalim oblicima individualne krivične odgovornosti utoliko da se pojasne razlike između tih oblika i navedene doktrine.

Razlozi za uvođenje UZP kao oblika krivične odgovornosti u sudsku praksu u predmetima ratnih zločina se nalaze u slijedećem: ako su svi oni koji učestvuju u UZP svjesni cilja i karaktera zločinačke radnje i ako dijele istu zločinačku namjeru, moraju samim tim dijeliti i krivičnu odgovornost, takođe, iz razloga što je svako od njih (i) neophodan za postizanje konačnog rezultata, te što bi, gledano s druge strane (ii) bilo teško praviti razliku između stepena krivične odgovornosti, osim u svrhu izricanja kazne.Tri tipa UZP: osnovni oblik (koji odgovara navedenom primjeru), sistemski oblik, (koncentracioni logori), prošireni oblik (kod učešća koje povlači odgovornost za predvidive zločine ostalih učesnika).

Sa druge strane, na osnovu analize najrelevantnije sudske prakse MKSJ u kojoj je primjenjena i obrazložena doktrina UZP kao i djelimičnog uvida u stavove domaćih i inostranih krivičara o tom pitanju moguće je iznijeti određene ocjene o utemeljenosti navedene doktrine u MKP, njenim nedostacima i eventualnoj svrsishodnosti.

Pravna analiza pojedinih komponenti koncepta UZP i, posebno, analiza sudske prakse primjene tog koncepta u konkretnim predmetima Haškog tribunala pokazuje, po našem mišljenju, da je „udruženi zločinački poduhvat“ u praksi MKSJ, a time i Suda BiH koji je takvu praksu preuzeo, pokazao višestruke slabosti. Ove slabosti zasnovane su na nekoliko vrsta prigovora, odnosno argumenata: prvo, na spornoj utemeljenosti u međunarodnom običajnom pravu, i samom Statutu MKSJ kao i na neusaglašenosti sa Rimskim statutom; drugo, na spornoj pravnoj sadržini koja dovodi do nesaglasnosti i sukoba sa nekim tradicionalnim načelima krivičnog prava, treće, na nedoslijednoj i kontroverznoj primjeni u sudskoj praksi MKSJ, te konačno što sudije ovih sudova samostalno interpretiraju Statut MKSJ, odnosno član 180. stav 1. KZ BiH, uvode nove krivičnopravne institute i proširuju elemente kažnjivosti.

Osim toga, u Statutu MKSJ se ne pominje udruženi zločinački poduhvat, a iz člana 7. stav 1. Statuta izvedeno tumačenje i opisi inkriminisanih kriminalnih aktivnosti zasnovani su na odsustvu nedvosmislenih argumenata da se uporišta za to nalaze u običajnom međunarodnom pravu i nekim nacionalnim krivičnim pravima. Smatramo da MKSJ nije dokazao da koncept udruženog zločinačkog poduhvata ima korijene u međunarodnom običajnom pravu, odnosno da ih je imao u vrijeme kada su bili počinjeni zločini koji su predmet suđenja u MKSJ. To, u izvjesnoj mjeri, potvrđuje i studija kapitalnog značaja Običajno međunarodno humanitarno pravo Međunarodnog komiteta Crvenog krsta koja je potvrdila utemeljenost komandne odgovornosti u međunarodnom običajnom pravu, ali ne i UZP[24]. Konačno, ni Rimski Statut u materiji saučesništva u međunarodnom krivičnom djelu izričito ne afirmiše doktrinu UZP već govori o tri oblika izvršilaštva: neposrednom izvršilaštvu, saizvršilaštvu i posrednom izvršilaštvu. Ova doktrina posebno njena proširena varijanta (UZP III) nije u svemu usaglašena sa odredbama Rimskog statuta i ostaje sporno u kojoj mjeri UZP može da pronađe uporište u tom dokumentu.

24 494 Vidjeti posebno Pravila 151 – 153., Henckaerts, J.M. i Doswald-Beck, L. (2005), op. cit. p. 46 U: Vekarić, B., op. cit.

Pregled seminara u organizaciji OKO-a za 2016. godinu

1.1. Odsjek za edukaciju u kaznenim stvarima pred Sudom BiH je u razdoblju od 01.01. - 15.11.2016. godine realizirao deset (10) seminara kontinuiranog stručnog usavršavanja, devet jednodnevnih i jedan dvodnevni, kroz koje je prošlo ukupno 535 branitelja. Seminari su realizirani uz financijsku potporu donatora i međunarodne zajednice, posredstvom IPA fondova i misije OESS-a u BiH, a kroz projekte: "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH" i „Praćenje rada na predmetima ratnih zločina", kako slijedi:

- 26.02.2016. godine u Sarajevu, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „DNK dokazi i zakonitost istih" koji definira znanstvene aspekte DNK dokaza, moguće prigovore na iste, te relevantnu sudsku praksu u vezi s ovim tipom dokaza. Predavači su bili prof.dr. Damir Marjanović, gđa. Aleksandra Martinović, sudac Ustavnog suda Federacije BiH i gosp. Dragiša Jokić, odvjetnik Odvjetničke komore RS;
- 11.03.2016. godine u Sarajevu, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Zapovjedna odgovornost u predmetima ratnih zločina", s posebnim osvrtom na važne pojmove i vrste zapovjedne odgovornost, kao i relevantnu sudsku praksu. Branitelji su imali priliku aktivno sudjelovati u predavanjima na temu zapovjedna odgovornost u zakonodavstvu bivše SFRJ i država koje su nastale njenim raspadom, zapovjedna odgovornost u praksi sudova u BiH i sudova s prostora bivše SFRJ, priroda zapovjedne odgovornosti u međunarodnom pravu i Dodatni protokol 1 Ženevske konvencije, elementi zapovjedne odgovornosti i koncept zapovjednika iz članka 7 (3) Statuta MKSJ kao i praktično sudjelovati u studiji slučaja. Predavači su bili gđa.Vasvija Vidović, odvjetnik Odvjetničke komore Federacije BiH i gosp. Munib Halilović, tužitelj Tužiteljstva Federacije BiH;
- 18.03.2016. godine u Mostaru, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Posebne istražne radnje – zakonitost dokaza" s osvrtom na zakonitost dokaza pribavljenih tim radnjama, a posebno na zakonitost presretenih razgovora, te uvođenje transkripata kao dokaza. Predavači su bili gđa. Diana Kajmaković, tužiteljica Tužiteljstva BiH, gosp. Mirza Jusufović, sudac Suda BiH i gosp. Davor Knežević, stručni savjetnik-istražitelj Tužiteljstva BiH;
- 15.04.2016. godine u Bijeljini, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Pravni lijekovi u kaznenom postupku" s osvrtom na pojam, značaj i vrste pravnih lijekova, njihovu primjenu kao i ograničenja. Predavači su bili gosp. Zlatko Knežević, sudac Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i gosp. Aleksandar Lazarević, odvjetnik Odvjetničke komore Republike Srbije;
- 20.05.2016. godine u Banjoj Luci, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Međunarodna pravna pomoć u kaznenim stvarima", s posebnim osvrtom na pojam, značaj i okvire međunarodne pravne pomoći u kaznenim stvarima, kao i postupak ustupanja kaznenog gonjenja, ekstradicije, priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda. Predavači su bili gosp. Nikola Sladoje, pomoćnik ministra pravde BiH, i gđa. Vasvija Vidović, odvjetnik Odvjetničke komore Federacije BiH;
- 24.06.2016. godine u Teslići, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Svjedoci pod imunitetom / svjedok pod sporazumom". Cilj seminara bio je definiranje pojmova, vrste i porijekla imuniteta kao oblika zaštite od samooptuživanja, kao i međunarodnih standarda koji reguliraju ovu tematiku. Predavači su bili gosp. Munib Halilović, tužitelj Tužiteljstva Federacije BiH i gosp. Miodrag Stojanović, odvjetnik Odvjetničke komore RS;
- 16.09.2016. godine u Bijeljini, u suradnji sa Zborom odvjetnika Bijeljina, finansiran iz sredstava IPA fondova, seminar na temu „Međunarodna pravna pomoć u kaznenim stvarima" s posebnim osvrtom na pojam, značaj i okvire međunarodne pravne pomoći u kaznenim stvarima, kao i postupak ustupanja kaznenog gonjenja, ekstradicije i priznanja i izvršenja stranih sudskih presuda. Predavači su bili gosp. Nikola Sladoje, pomoćnik ministra, Ministarstvo pravde BiH i gosp. Ismet Šuškić, tužitelj Tužiteljstva BiH;
- 20.09.2016. godine u Sarajevu, seminar financiran iz sredstava IPA fondova, na temu „Praktičan rad na izradi apelacije Ustavnom sudu" na kojem su sudionici imali priliku steći praktična saznanja o tehnici izrade

apelacije Ustavnom sudu, njenim osnovnim elementima i značajkama. Predavači su bili gosp. Zvonko Mijan, registrar Ustavnog suda BiH i gosp. Adil Lozo, odvjetnik Odvjetničke komore Federacije BiH;

- 23.09.2016. godine u Banja Luci, u saradnji sa Odvjetničkom komorom RS, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH, kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Praktičan rad na izradi apelacije Ustavnom sudu" na kojem su učesnici imali priliku steći praktična saznanja o tehnici izrade apelacije Ustavnom sudu BiH, njenim osnovnim elementima i značajkama. Predavači su bili g-đa Božana Vasković, šefica Odjela za dopustivost Ustavnog suda BiH i gosp. Vlado Adamović, odvjetnik Odvjetničke komore Federacije BiH;
- 29. i 30.09.2016. godine u Neumu, dvednevni seminar zajednički financiran iz sredstava IPA fondova i misije OESS-a u BiH kroz projekat „Praćenje rada na predmetima ratnih zločina", na temu „Zakonitost dokaza" na kojem su učesnici imali priliku steći teoretska saznanja o zakonitosti i objelodanjivanju dokaza, imali mogućnost upoznati se sa relevantnom sudskom praksom koja se tiče ovog sve češćeg problema u praksi, te njegovim eventualnim rješenjima. Predavači su bili g-đa Aleksandra Martinović, predsjednica Ustavnog suda Federacije BiH, gosp. Dragomir Vukoje, sudija Suda BiH i g-đa Vasvija Vidović, odvjetnik Odvjetničke komore Federacije BiH;
- 07.10.2016. godine u Banja Luci, u saradnji sa Advokatskom komorom RS, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH kroz projekat „Praćenje rada na predmetima ratnih zločina", seminar na temu „Posebne istražne radnje – zakonitost istih", s posebnim osvrtom na pojam, vrste, značaj, uvjete za primjenu i realizaciju posebnih istražnih radnji, kao i zakonitosti dokaza prikupljenih primjenom istih. Predavači su bili gosp. Mirza Jusufović, sudija Suda BiH, g-đa Dijana Kajmaković, tužilac Tužilaštva BiH i gosp. Davor Knežević, istražitelj Tužilaštva BiH;
- 14.10.2016. godine u Tesliću, u saradnji sa Zborom advokata Doboj, uz financijsku potporu misije OESS-a u BiH kroz projekat "Jačanje kapaciteta za učinkovito procesuiranje predmeta ratnih zločina u BiH", seminar na temu „Pritvor i garancije pravičnog suđenja" sa osvrtom na osnovne elemente, opće i posebne uvjete za određivanje i trajanje pritvora, kao i relevantnu sudsku praksu kada je u pitanju ovaj pravni institut. Predavači su bili gosp. Aleksandar Lazarević, advokat Advokatske komore Srbije i g-đa Minka Kreho, sudija Suda BiH;
- 26.10.2016. godine u Sarajevu, u saradnji sa Regionalnom advokatskom/ odvjetničkom komorom Sarajevo, seminar finansiran iz IPA sredstava, na temu „Svjedoci pod imunitetom/svjedoci pod sporazumom" na kojem su predavači, gosp. Miodrag Stojanović, advokat Advokatske komore RS i gosp. Dragan Andrić, v.d. rukovodilac Odjela za zaštitu svjedoka pri SIPA-i, učesnike upoznali sa institutom svjedoka pod imunitetom nad kojima se vrše proceduralne mjere zaštite, svjedocima koji su u programu zaštite, svjedocima pod sporazumom kao i njihovom primjenom u praksi pred sudovima u BiH kao i pred MKSJ-om;
- 28.10.2016. godine u Tuzli, u saradnji sa Regionalnom advokatskom/odvjetničkom komorom Tuzla, seminar finansiran iz IPA sredstava, na temu „Posebne istražne radnje – zakonitost istih", s posebnim osvrtom na pojam, vrste, značaj, uvjete za primjenu i realizaciju posebnih istražnih radnji, kao i zakonitosti dokaza prikupljenih primjenom istih. Predavači su bili gosp. Mirza Jusufović, sudija Suda BiH, g-đa Dijana Kajmaković, tužilac Tužilaštva BiH i gosp. Davor Knežević, istražitelj Tužiteljstva BiH; I
- 01.11.2016. godine u Sarajevu, seminar finansiran iz IPA sredstava, na temu „Žalba i žalbeni osnovi", s posebnim osvrtom na na žalbene osnove u skladu sa ZKP-om BiH, obrazlaganje žalbenih osnova i standarde za odlučivanje po žalbama. Predavači su bili gosp. Saša Sarajlić, tužilac Tužilaštva BiH i g-đa Tatjana Savić, advokat Advokatske komore RS.

Svi seminari su od strane sudionika ocijenjeni izuzetno uspješnim zbog izbora vrlo aktualnih tema od iznimnog značaja za buduću kazneno-pravnu praksu u BiH, kao i zbog izbora predavača, za koje je ocijenjeno da su ove izuzetno kompleksne teme predstavili na razumljiv i praktično primjenjiv način. Ministarstvo pravde BiH, Odsjek za edukaciju u kaznenim stvarima pred Sudom BiH će nastaviti sa pružanjem podrške u ovom izrazito važnom aspektu odvjetničke prakse.

1.2. U nastavku, dajemo kratke osvrte na neke od seminara organiziranih tokom 2016.godine.

1.2.1. Dana 11.03.2016. godine održan je seminar na temu "Zapovjedna odgovornost u predmetima ratnih zločina" sa predavačima gđom Vasvijom Vidović, odvjetnicom Odjvetničke komore Federacije BiH i gosp. Munibom Halilovićem, tužiteljem Tužilaštva Federacije BiH.

Pored teoretskog dijela izlaganja, akcenat seminara bila je praktična primjena, te specifične situacije sa kojima su se sami učesnici seminara suočili u radu na predmetima komandne odgovornosti, kako pred domaćim sudovima tako i pred Međunarodnim sudom za bivšu Jugoslaviju.

U prvom dijelu predavanja gosp. Halilović naglasak je stavio na primjenu ovog instituta u KZ BiH, te na praksu domaćih sudova, kao i pravne defininicije kako su one navedene u Dodatnom protokolu I. Nadalje gosp. Halilović iznosi stavove KZ SFRJ u pitanju načina izvršenja krivičnog djela, kao i važnost implementacije obaveza iz Protokola I.

Ono što je jako bitno razjasniti kad je u pitanju ovaj institut jeste postojanje odgovornosti na osnovu *de iure* i *de facto* kontrole, te element svijesti. Upravo je to o čemu se velikim dijelom raspravljalo u ovom dijelu predavanja, te se pokušalo doći do nekih praktično primjenjivih i korisnih rješenja. Kao relevantne presude iz ove sfere, gdin Halilović navodi prvostepenu presudu Branimir Glavaš (Odluku Suda BiH o preuzimanju presude), zatim presuda Suda BiH u predmetu Stupar, drugostepena presuda u predmetu Gasal i dr.

U svom dijelu izlaganja, advokat Vasvija Vidović naglašava primjenu ovog oblika odgovornosti u međunarodnom pravu dodatno analizirajući Dodatni protokol I Ženevske konvencije. Bavi se pitanjem elemenata komandne odgovornosti te kako su oni ustanovljeni u pravnoj praksi MKSJ-u, a skladu sa odredbama 7(3) MKSJ Statuta.

Kao relevantnu praksu gđa. Vidović navodi presudu Vrhovnog Suda SAD u predmetu Yamashita, predmet Čelebići, zatim slučaj „Taoci“, te slučaj „Visoke komande“ –Von Leeb.

Pored toga u praktičnom dijelu seminara gđa Vidović iznosi konkretan slučaj iz vlastite prakse kako bi se pokušalo doći do rješenja dilema sa kojima se advokati susreću u svom radu kad su u pitanju predmeti komandne odgovornosti. Svi prisutni aktivno su učestvovali u ovom dijelu seminara, a prisustvo tužitelja u svojstvu predavača dodatno je povećalo interes, jer su se na jednom mjestu našle dvije „sukobljene“ strane. Ovakva metodologija rada, prema jedinstvenoj ocjeni branitelja, predstavlja uspješnu formulu koja bi trebala biti u češćoj primjeni pri organizaciji seminara, kako za branitelje, tako i za tužitelje.

1.2.2. Dana 24.06.2016. godine održan je seminar u Tesliću na temu “Svjedoci pod imunitetom/svjedok pod sporazumom”. U ulozi predavača predstavili su se gosp. Munib Halilović, tužilac Tužilaštva Federacije BiH i gosp. Miodrag Stojanović, advokat Advokatske komore RS. Dana 26.10.2016. godine održan je isti seminar u Sarajevu, a braniteljima su se obratili predavači, gosp. Miodrag Stojanović i gosp. Dragan Andrić, v.d. rukovoditelj Odjela za zaštitu svjedoka pri SIPA-i. Svaki je iz svog kuta gledišta na odličan način približio ne samo značenje pojma „svjedok pod imunitetom“ već, u svezi s istim i problematiku s kojom se susreću u svojoj praksi.
Tema seminara obrađena je sa dva suprotna stajališta – stajališta tužilaštva kao tijela koje je jedino ovlašteno za davanje imuniteta svjedoku te stajališta odbrane koja se u ovom slučaju nalazi u nepovoljnijoj poziciji.

G. Halilović se u svom dijelu izlaganja bavi definicijom imuniteta kao posebnog oblika pravne zaštite određenih osoba u posebnim okolnostima. Upravo s obzirom na te posebne okolnosti može se napraviti razlika između tri kategorije imuniteta: osobni koji se odnosi na visokopozicionirane vladine dužnosnike (šefovi država i diplomati); zatim funkcionalni imunitet koji bi se odnosio na državne službenike koji se štite od krivičng gonjenja za kaznena djela počinjena u vršenju službe (sudijski ili tužilački), te treća kategorija imunitet kao oblik zaštite od samooptuživanja. Ova kategorija odnosi se na osobe koje bi odavanjem različitih informacija i podataka organima gonjenja sebe izložile krivičnom gonjenju. Američka krivično pravna praksa razlikuje: potpuni, blanketni imunitet na osnovu kojeg svjedok ima punu zaštitu od krivičnog gonjenja za bilo koje prethodno počinjeno kazneno djelo, te ograničeni imunitet u kojem slučaju se svjedoku garantuje da njegov iskaz niti drugi dokazi koji su proizašli iz njegovog iskaza neće biti korišteni protiv njega. Međutim, ukoliko tužilac prikupi druge dokaze, odvojeno i neovisno od iskaza svjedoka može ga na osnovu takvih dokaza procesuirati za konkretno krivično djelo.

Imunitet od krivičnog gonjenja je u pravilu rezervisan za svjedoke sa ograničenom ličnom odgovornošću i sa presudnim insajderskim poznavanjem činjenica bitnih za predmet. Iako ovaj institut može osigurati vjerno svjedočenje javlja se problem kada je u pitanju motiv potencijalnog osumnjičenog (optuženog) da se stavi u poziciju lica koje ima značajna saznanja ističući time činjenice koje idu na štetu optuženih, a da samim time minimizira svoju ulogu u zločinima.

Negativna strana ovog instituta sa aspekta odbrane očituje se u ohrabrivanju lažnog svjedočenja te ugrožavanju jednakosti strana u postupku. Odbrani nije pružena ova mogućnost te stoga sud mora osigurati otvorenost tužilaštva po pitanju detalja dogovora o imunitetu, da ne „kupuje“ svjedoka.

Što se tiče zakonske regulative ovog instituta, u međunarodnom pravu ističe se Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organiziranog kriminala[1] u kojoj se ovaj institut uvodi kroz poticaj osobama koje učestvuju ili su učestvovale u organiziranim kriminalnim grupama u svrhu pribavljanja informacija za što efikasnijom istragom. U tu svrhu svaka će država razmatrati stvaranje mogućnosti za ublažavanje kazne optužene osobe, kao i davanje imuniteta osobi koja ostvari znatnu saradnju u istrazi i gonjenju.

Ono što je vrlo bitno istaći kada je u pitanju zakonska regulativa ovog instituta je činjenica da EKLjP uopće ne sadrži odredbe o imunitetu svjedoka ili osumnjičenog, odnosno optuženog. Prema praksi ovog suda ne može

1 Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN br. 55/25 od 15. novembra 2000 g. U BiH ratificirana u martu 2002, “Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori br 3/02”, Konvencija UN protiv korupcije usvojena rezolucijom Generalne skupštine UN br. 58/4 od 31.10.2003 ratificirana u BiH u septembru 2005, “Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori br. 5/06”

se zasnovati osuđujuća presuda isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu takvog svjedoka.

Statut Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut) u svom članu 54. uvodi ovaj pojam samo kao „mogućnost tužioca da stupi u različite vrste ugovornih angažmana sa ciljem efikasnijeg procesuiranja kaznenih djela iz nadležnosti MKS-a".

Pravilnik MKSJ u Pravilu 90 E propisuje da se svjedok može usprotiviti davanju bilo koje izjave koja bi ga mogla inkriminirati, ali vijeće može „prisiliti" svjedoka da odgovori na pitanje. Tako „prinudno" dobijeno svjedočenje ne može se kasnije upotrijebiti u krivičnom postupku protiv svjedoka. Prilikom odmjeravanje kaze pretresno vijeće uzima kao olakotnu okolnost značajnu saradnju osuđenog sa tužiocem.

Domaća zakonska regulativa ima drugačiji stav kada je u pitanju ovaj institut. Pored odredbe člana 84 st. 1. gdje svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja, a u stavu 3. istog člana navodi se „Imunitet se daje odlukom Glavnog tužitelja" što uvodi institut Imuniteta u našu praksu. Ta odluka bi morala biti donesena u pismenom obliku sa izričitom izjavom Gl. tužitelja da neće preduzeti krivično gonjenje za krivično djelo na koje bi upućivao odgovor svjedoka na pojedina pitanja, te mora biti predata svjedoku prije nastavka njegovog ispitivaja. Zakon ne predviđa davanje imuniteta osumnjičenoj osobi.

Svjedok koji je sklopio sporazum o priznanju krivnje je najčešća vrsta svjedoka u praksi. Međutim zakon nije propisao mehanizam kako da ovog svjedoka „natjera" da svjedoči tj. da svjedoči na način kako je to dogovoreno sporazumom. Ovakav svjedok nije svjedok pod imunitetom ali uživa određene beneficije – najčešće prijedlog za blaže kažnjavanje. Pitanje koje se u ovom slučaju postavlja je vjerodostojnost takvog iskaza o čemu imamo dvije odluke Ustavnog suda koje razrađuju ovu problematiku[2].

U praksi se često javljaju dileme oko određenih pitanja u samoj primjeni ovog instituta:

U kojoj fazi postupka se može dati imunitet? Uvijek kada se u konkretnom predmetu pojavi takva situacija (faza istrage, glavni pretres, drugostepeno vijeće)

Da li se imunitet može dati osumnjičenom/optuženom? Imunitet se isključivo daje svjedoku. Postoji izuzetak u slučaju kada se u krivičnom postupku može promijeniti svojstvo određene osobe-npr. saučesnici od kojih svaki ima svojstvo osumnjičenog. Da bi jedan od njih dobio imunitet mora se „pretvoriti" iz osumnjičenog u svjedoka a to se radi razdvanjem predmeta. Nakon toga saizvršilac koji treba da svjedoči dobija imunitet poziva se u svojstvu svjedoka.

Kako utvrditi šta svjedok zapravo zna o izvršenju krivičnog djela i njegovom počiniocu prije nego što mu se da imunitet? Tužilac obavlja prethodni neformalni razgovor sa svjedokom da izvrši procjenu opravdanosti i potrebe te istinitosti njegovih navoda.

U kojem momentu se o imunitetu koji je dat svjedoku odlukom Gl. tužitelja obavještavaju sud i odbrana; treba li pismenu odluku o imunitetu dostaviti i sudu i odbrani? Odluka o imunitetu interna je tužilačka odluka, ne postoji zakonska obaveza da se ona dostavlja bilo kome, iako nije sporno da i sud i odbrana trebaju biti obaviješteni da je određeni svjedok dobio imunitet, u razumnom roku prije saslušanja.

Na koji način se može ograničiti imunitet dat svjedoku? Može se ograničiti na vrijeme i mjesto izvršenja krivičnog djela . Također je tu i mogućnost da se imunitet da preciznim opisom radnji koje je svjedok u određeno vrijeme i na određenom mjestu poduzeo.

Može li se imunitet dati za krivično djelo za koje se istraga/glavni pretres već vodi pred drugim sudom/ tužiteljstvom? U tom smjeru ne postoje nikakva zakonska ograničenja. Nije moguće da tužitelj daje imunitet osobi koja mu je potrebna kao svjedok u postupku koji vodi za učešće u krivičnom djelu za koje je stvarno ili mjesno nadležno drugo tužiteljstvo.

Osiguranje od „izigravanja" tužitelja od strane svjedoka? Može se kontrolisati sklapanjem posebnog sporazuma o saradnji koji je dvostrana izjava volje, ugovorni odnos gdje su ugovorne strane dužne izvršiti svoje obaveze i snositi posljedice njihovog neizvršenja. Tužitelj ima pravo koristiti iskaz svjedoka pod imunitetom dat u fazi istrage ako ovaj odbije svjedočenje na glavnom pretresu ili bitno izmjeni svoj iskaz, ali je u tom slučaju dokazna snaga tog iskaza znatno oslabljena.

U pogledu kriterija za davanje imuniteta u našem zakonodavstvu odredbe su nedovoljne i neprecizne, što zahtjeva razvijanje sistema jasnih pravila i kriterija što bi olakšalo daanje imuniteta a ujedno i služilo kao kontrolni mehanizam u ocjeni opravdanosti donošenja takve odluke. Budući da odluka o davanju imuniteta predstavlja odstupanje od principa legaliteta u tom je ona i velika odgovornost tužitelja.

Prilikom davanja imuniteta svjedoku neophodno je prvao razmotriti primjenu drugih krivično-pravnih instituta. Sporaz o priznanju krivnje gdje bi u zamjenu za saradnju optuženog sa tužiteljstvom njemu osigurana blaža kazna, kao i odredbe koje omogućuju oslobađanje od kazne.

2 Odluka Ustavnog suda br. AP 3896/08 i Odluka Ustavnog suda BiH br. AP 661/04

Da bi se u praksi primjenio ovaj institut potrebno je da se zadovolje osnovni principi: da je u interesu pravde od većeg značaja korištenje iskaza svjedoka koji je umiješan u izvršenje krivičnog djela nego procesuirati tu osobu za krivično pravne radnje koje je počinila; da je dobijanje informacija na taj način ima veći značaj nego krivično gonjenje pojedinca; te da je nemoguće ili malo vjerovatno prikupiti informacije i dokaze o krivičnom djelu na drugi način.

U završnom dijelu izlaganja g. Halilović iznosi jedan praktičan primjer Odluke o imunitetu, njene dijelove, formu, razloge njene opravdanosti sa svrhom upoznavanja učesnika sa samim sadržajem takve odluke, te detalje na koje bi advokati trebali obratiti pažnju kad se u praksi susretnu sa ovim institutom. Vrlo je bitno da advokati razumiju ovaj institut i uvjete njegovog korištenja jer je to snažno oružje u rukama tužitelja koji velikim dijelom narušava princip jednakosti oružja u postupku, te odbranu stavlja u nepovoljniji položaj.

Na seminaru u Tesliću je uvodnu prezentaciju započeo g. Stojanović, sa temom „Procedure davanja imuniteta svjedoku prema ZKP BiH i komparacija sa pravilima MKSJa". Imunitet kao pravni institut, može se definirati kao specifičan oblik pravne zaštite određenih osoba u posebnim okolnostima, a u ovisnosti od tih okolnosti, mogu se razlikovati i tri osnovne vrste imuniteta: osobni (imunitet rationae personae), funkcionalni (imunitet rationae materiae) i imunitet kao oblik zaštite od samooptuživanja. Imunitet rationae personae i imunitet rationae materiae su u Bosni i Hercegovini regulirani posebnim zakonima o imunitetu, kako na nivou države, tako i na nivou entiteta, ali i u sklopu krivično-pravne legislative za situacije kada se krivično gonjenje protiv osoba koje uživaju ovakav imunitet ne može poduzeti ili kad je za to potrebno posebno odobrenje nadležnih organa. Potpuni i ograničeni imunitet,predavači su obradili na hipotetičkim slučajevima, radi boljeg razumijevanja i jasnijeg razlikovanja dva modaliteta.

Kao posebno važan, g. Stojanović je istakao postupak dodjeljivanja imuniteta svjedocima prema Zakonu o kaznenom postupku BiH i njegovu komparaciju sa relevantnim pravilima Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKSJ), kao i stalnog Međunarodnog kaznenog suda (ICC).

Statut Međunarodnog kaznenog suda (Rimski Statut), ne sadrži direktne odredbe o imunitetu osoba koje surađuju sa organima gonjenja, ali se člankom 54. ovog Statuta (Dužnosti i ovlašćenja tužitelja u istrazi), daje posredna mogućnost tužitelju da stupi u različite vrste ugovornih aranžmana s ciljem efikasnijeg procesuiranja kaznenih djela iz nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda, pa prema stavku 3. točka d. navedenog članka, tužitelj može: „stupiti u takve dogovore i sporazume koji nisu u suprotnosti s ovim Statutom, kako bi se olakšala suradnja s državom, međunarodnom organizacijom ili određenim osobama." Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju također ne sadrži direktne odredbe o imunitetu, ali se Pravilom 90 (E) propisuje: „Svjedok se može usprotiviti davanju bilo kojeg iskaza koji bi ga mogao inkriminirati. Međutim, vijeće može „prinuditi" svjedoka da odgovori na pitanje. Svjedočenje dobijeno takvom prinudom ne može se upotrijebiti kao dokaz u kasnijem kaznenom postupku protiv svjedoka za bilo koje drugo kazneno djelo, osim za davanje lažnog iskaza." Dakle, radi se o svojevrsnom, posredno datom imunitetu, u slučaju kada svjedok sebe inkriminira usljed prinude od strane suda da odgovori i na takvo pitanje, a posebno je interesantno da se ovakvom svjedoku, na način kako to propisuje citirana odredba, zapravo daje dosta širok opseg imuniteta (za bilo koje kazneno djelo) u eventualnom kasnijem postupku protiv tog svjedoka. Ostaje nedorečeno kako će sud osigurati ovo pravo koje je garantirao svjedoku.

U pozitivnim procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini u uporabi je termin „svjedok" i terminološki se ne razlikuje od bilo kojega drugog svjedoka, ali u javnosti je kolokvijalno ustaljen izraz „svjedok pokajnik". Davanje imuniteta u kaznenom postupku prema ZKP BiH propisano je i određeno člankom 84. pod nazivom (Pravo svjedoka da ne odgovara na pojedina pitanja): Svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja ako bi ga istinit odgovor izložio krivičnom gonjenju. (1) Svjedok koji koristi pravo iz stavka 1. ovog članka, odgovorit će na pitanja ako mu se da imunitet. (2) Imunitet se daje odlukom glavnog tužitelja BiH (3) Svjedok koji je dobio imunitet i koji je svjedočio, neće se kazneno goniti osim ako je dao lažni iskaz. (4) Svjedoku se, odlukom Suda, za savjetnika određuje odvjetnik za vrijeme trajanja saslušanja, ukoliko je očito da sam nije u stanju da koristi svoja prava u vrijeme saslušanja i ako njegovi interesi ne mogu biti zaštićeni na drugi način. U navedenoj zakonskoj odredbi govori se o svjedoku, a ne o osumnjičenoj osobi, tako se imunitet daje svjedoku zbog svjedočenja, a ne osumnjičenoj ili optuženoj osobi, mada se u najvećem broju slučajeva radi o saizvršitelju, pomagaču ili osobi koja je prikrila izvršenje kaznenog djela, te na taj način počinila kazneno djelo. Uglavnom, u pravilu radi se o pripadniku grupe za organizirani kriminal čije je svjedočenje neophodno da bi se otkrili svi članovi grupe, njena struktura, metodologija rada, sve kriminalne veze, hijerarhija, kaznena djela koja je grupa počinila, imovina koju su pripadnici kriminalne grupe pribavili itd. Prije ispitivanja svjedoka, prema članku 86. stavak 2. ZKP BiH, dužnost je, između ostalog, da se svjedok upozori da nije dužan odgovoriti na pojedina pitanja ako bi ga istinit odgovor izložio kaznenom gonjenju, a upozorenje se mora unijeti u zapisnik. U ovoj odredbi je navedeno korištenje prava da se uskrati odgovor na pojedina pitanja, a ne pravo oslobađanja od svjedočenja. Odredba članka 84. stavak 5. ZKP BiH značajna je i zbog toga što uvodi mogućnost da svjedok tijekom saslušanja ima savjetnika odnosno procesnog punomoćnika – odvjetnika, ukoliko je očito da sam nije u stanju da koristi svoja prava i ako njegovi interesi ne mogu biti zaštićeni na drugi način. Zakon ne propisuje način postupanja kad se svjedok pozove na svoje pravo da ne odgovori na pojedina pitanja, što predstavlja nedoumicu kod daljnjeg postupanja, a također nije naznačeno kako prepoznati da svjedok možda

zloupotrebljava to svoje pravo. Jasno je da svjedok treba objasniti okolnosti i učiniti vjerojatnim da bi po njega nastupile posljedice ako bi dao odgovor na postavljeno pitanje. Opravdanost razloga za uskraćivanje odgovora u istrazi ocjenjuje tužitelj, a u tijeku glavnog pretresa sud. Međutim, ukoliko nadležni tužitelj procjeni da je svjedočenje neophodno za daljnje uspješno vođenje kazenog postupka, odnosno ukoliko bi korist od svjedočenja bila veća od štete za oslobađanje od kaznenog gonjenja, postupajući tužitelj predlaže Glavnom tužitelju da donese odluku o davanju imuniteta osumnjičenoj, odnosno optuženoj osobi. Nakon davanja imuniteta, **svjedok je dužan** odgovoriti na sva pitanja za koja više ne može biti kazneno gonjen, osim za davanje lažnog iskaza. Naime, odluka o imunitetu svjedoka predstavlja izuzetak od principa legaliteta krivičnog gonjenja (članak. 17. ZKP BiH) i primjenu načela oportuniteta kaznenog gonjenja. Procesni položaj svjedoka koji je prema odluci Glavnog tužitelja dobio imunitet od krivičnog gonjenja, u principu se ni po čemu ne razlikuje od bilo kog drugog svjedoka u postupku. Sud će i ovog svjedoka, kao i svakog drugog, poučiti da ima pravo ne odgovoriti na pojedina pitanja ukoliko bi ga istinit odgovor izložio kaznenom gonjenju. Iz ovog razloga postoji potreba da tužitelj upozna sud da se svjedok nalazi pod imunitetom, tako da isti u tom slučaju ne može koristiti to svoje pravo i sud ima pravo zahtijevati odgovor na svako postavljeno pitanje. Iako kazneno zakonodavstvo BiH to ne propisuje, važan razlog da sud bude upoznat sa ovom činjenicom je razlog što sud ne može zasnovati svoju odluku samo na iskazu svjedoka pod imunitetom, jer je to ustaljena praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu, zbog eventualne zloupotrebe ovog prava, pa je za donošenje sudske odluke potrebno predočiti i neke druge dokaze. Naime, ovaj sud je u svojoj praksi zauzeo jasan stav da se osuđujuća presuda ne može temeljiti samo na iskazu svjedoka koji ima status „pokajnika“, već da ona uz njegov iskaz mora biti utemeljena i na još nekom dokazu. Taj dokaz može biti i onaj na koji je ukazao upravo svjedok „pokajnik“, tj. kako je iskaz takvog svjedoka sam po sebi zakonit, ako nema razloga za koje sud nalazi da je utvrđena nezakonitost tog iskaza, dokazi na koje on ukaže ne spadaju u kategoriju dokaza pribavljenih prema doktrini „plodova otrovne voćke“. Ovaj argument ima svoj smisao i u suprotnom smjeru tj. ako je zbog nekog određenog razloga iskaz svjedoka „pokajnika“ izdvojen iz spisa predmeta kao nezakonit, tada su nevaljali i svi dokazi proizašli iz njegovog iskaza. U kaznenom materijalnom zakonodavstvu za neka najteža kaznena djela postoje odredbe da se svjedok koji je prijavio pripremanje kaznenog djela, prijavio njegove izvršitelje i o tome svjedočio može blaže kazniti ili se može osloboditi kazne. Prema odredbama kaznenog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine, ukoliko „svjedok pod imunitetom“ odbije da svjedoči, javlja se realan problem zbog nepostojanja zaštitnog mehanizma predviđenog za situacije ove vrste. Jedna zakonska mogućnost, predviđena člankom 268. ZKP BiH, jeste da se takav svjedok kazni za odbijanje svjedočenja, kao i svaki drugi svjedok koji odbije da svjedoči, i to novčanom kaznom do 30.000 KM, a ako i nakon toga odbije svjedočiti, zakonodavac predviđa mogućnost izricanja kazne zatvora. Zatvor traje dok svjedok ne pristane svjedočiti, ili dok njegovo svjedočenje ne postane nepotrebno, ili dok se kazneni postupak ne završi, ali najdulje 30 dana. Međutim, ovdje nije objašnjeno šta se dešava sa predmetom ukoliko dođe do situacije da svjedok pod imunitetom da lažan iskaz na ročištu i koliko je u tom slučaju „ugrožen“ predmet. Naime, u pravilu davanje imuniteta svjedoku se daje u početnoj fazi istrage, i iskaz svjedoka nakon datog imuniteta otvara mogućnost da se dođe do materijalnih dokaza na koje je svjedok ukazao.

U provedbi zakonskih odredbi o programu za zaštitu svjedoka u Bosni i Hercegovini u okviru Državne agencije za istrage i zaštitu (SIPA) uspostavljen je Odjel za zaštitu svjedoka koji prilikom odlučivanja o zaštiti svjedoka naročito uzima u obzir težinu kaznenog djela i stupanj rizika, prava svjedoka te efekt poduzetih mjera.

G. Dragan Andrić posebno je govorio o svjedocima u programu zaštite te je pokušao približiti problematiku s kojom se SIPA susreće i s kojom odvjetnici nisu najbolje upoznati.

Veoma je teško doći do tzv. insajdera u kriminalnoj organizaciji upravo iz razloga što bi to moglo izazvati posljedice koje su neminovne, kako po njega samog, tako i po članove njegove obitelji, ali i zbog osjećaja lojalnosti prema svojoj kriminalnoj organizaciji sa čijim članovima ih po pravilu veže obiteljska ili prijateljska veza. Pripadnici organiziranog kriminaliteta po pravilu ne žele biti svjedoci, osim toga ako ne pristanu da svjedoče neće se bojati za svoju sigurnost, a sa druge strane mogu računati da će ta kriminalna organizacija preuzeti brigu oko njihove egzistencije odnosno zadovoljenja njihovih životnih potreba te osiguranja redovnih i sigurnih prihoda. Iz navedenih razloga potrebno je da se svakom važnom svjedoku, čije svjedočenje je posebno važno za kaznenii postupak protiv zločinačke organizacije, osigura zaštita u skladu sa Zakonom o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka, kao i u svakom slučaju davanja potpunog imuniteta, bez čijeg svjedočenja nema izgleda da se u kaznenom postupku istraže i utvrde činjenice, ili bez čijeg svjedočenja bi to bilo znatno otežano, osigura efikasna zaštita prema Zakonu o programu zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini. Primjena odredbi navedenih zakona je veoma važna i često je njihova dosljedna primjena odlučujući faktor da svjedok na glavnom ročištu ispuni svoju obavezu i iskazuje, bez straha i pritiska te bojazni za svoj život i život svoje porodice. Cilj svake kriminalne organizacije je, ukoliko se nađe pod istragom ili optužbom, da eliminira svog dojučerašnjeg člana, koji se pokajao i pristao na suradnju sa pravosuđem, tako da od adekvatne zaštite takvog svjedoka često zavisi učinkovitost kaznenog postupka da se kriminalna organizacija osudi za počinjena kaznena djela.

Program zaštite svjedoka osmišljen je tako da u potpunosti osigura efikasnu zaštitu svjedoka tijekom i nakon kaznenog postupka, kako bi mu se omogućilo slobodno i otvoreno svjedočenje u kaznenom postupku pred Sudom BiH. Nakon okončanja kaznenog postupka ili nakon što svjedok da svoj iskaz, ne znači da se potreba

za njegovom zaštitom tog momenta i završava. Zaštita svjedoka se i dalje nastavlja, a o obliku zaštite, mjestu i dužini zaštite odlučuje Odjel za zaštitu svjedoka.

Nakon izlaganja ove za odbranu, izuzetno zanimljive i korisne tematike, kao i tokom samog seminara, nazočni su aktivno sudjelovali, postavljali pitanja i diskutirali na teme koje su im prezentirane, te su naglasili da značajnu ulogu u pripremanju kvalitetne obrane u predmetima koji se vode pred Sudom BiH, u nemalom broju slučajeva u suradnji sa braniteljima ima i Odsjek kaznene obrane Ministarstva pravde BiH.

Na kraju seminara, svjesni važnosti koju ima uloga zaštite svjedoka kao i značaja procedure davanja imuniteta svjedocima, nazočni su zaključili da je potrebno unaprijediti određene norme vezane za zaštitu svjedoka i dodjeljivanje imuniteta kako bi se dodatno zaštitili svjedoci koji često imaju ključnu ulogu u kaznenom postupku.

1.2.3. Dana 20.09.2016. godine održan je seminar u Sarajevu na temu "Praktičan rad na izradi apelacija Ustavnom sudu BiH". Braniteljima su se obratili predavači g. Zvonko Mijan, registrar Ustavnog suda BiH i g. Adil Lozo, odvjetnik Advokatske/Odvjetničke komore Federacije BiH. Oba predavača su, pored općih činjenica, istakli problematiku s kojom se susreću te ukazali na najčešće greške koje čine apelanti. Da bi izbjegli te nepotrebne situacije obradili su sljedeća pitanja:

Kada se apelanti mogu obratiti Ustavnom sudu BiH?

- Prema članku VI/3.b) Ustava BiH, Ustavni sud ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH.
- Apelaciju je moguće podnijeti ne samo protiv presuda već i protiv drugih odluka i rješenja redovnih sudova kojima se **konačno** rješava o određenim pravima i slobodama.
- Ustavni sud može **izuzetno** razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u BiH.

Tko može podnijeti apelaciju?

- Apelaciju mogu podnijeti stranke u postupku u kojem je donesena odluka koja se osporava apelacijom. Podnositelj apelacije može imati zastupnika ali u tom slučaju mora imati **posebnu punomoć** za zastupanje pred Ustavnim sudom. To znači da nije dovoljna punomoć data za zastupanje pred redovnim sudovima.

Šta je sadržaj apelacije iz članka VI/3 Ustava BiH?

- Odluka suda u BiH koja se osporava
- Odredbe Ustava ili međunarodnog dokumenta o ljudskim pravima koje se primjenjuju u BiH za koje apelant smatra da su povrijeđene
- Navodi, činjenice i dokazi na kojima se apelacija zasniva
- U nedostatku osporene odluke, razlozi za podnošenje apelacije
- Potpis podnositelja apelacije, odnosno ovlaštenog opunomoćenika
- Posebna punomoć za zastupanje pred Ustavnim sudom ako podnositelj apelacije ima zastupnika.

Kako podnijeti apelaciju?

- Apelacija se podnosi obavezno na posebnom obrascu dostupnom u Ustavnom sudu ili na webstranici Ustavnog suda (www.ustavnisud.ba).
- Apelacija upućena Ustavnom sudu šalje se poštom ili se predaje neposredno Ustavnom sudu koji nema obavezu vraćanja originalnih dokumenata dostavljenih uz aplikaciju.
- Elektronska pošta, pismena dostavljena telefaksom i brzojavi se ne smatraju podnescima kojima se pokreće ustavnosudski postupak.

Šta treba imati u vidu prilikom podnošenja apelacije?

- Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi i ako je podnesena u roku od 60 dana od dana kada je podnositelj apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio. Prema pravilu o iscrpljivanju pravnih lijekova, apelant mora doći do konačne odluke. Konačna odluka predstavlja odgovor na posljednji pravni lijek, koji je djelotvoran da ispita nižestupanjsku odluku kako u činjeničnom, tako i u pravnom pogledu. Pri tome apelant odlučuje o tome da li će koristiti pravni lijek bez obzira na to da li je riječ o redovnom ili vanrednom pravnom lijeku. Odluka kojom je pravni lijek odbačen zato što apelant nije ispoštovao formalne zahtjeve pravnog lijeka (rok, plaćanje taksi, forma ili ispunjnje drugih zakonskih uvjeta) ne može se smatrati konačnom. Korištenje takvog pravnog lijeka ne prekida rok od 60 dana propisan člankom 16. stavak 1. Pravila Ustavnog suda. Dopuna apelacije može se podnijeti samo u roku koji teče za apelaciju.

- Ustavni sud će odbaciti apelaciju kao očigledno (prima facie) neosnovanu kada utvrdi da ne postoji opravdan zahtjev stranke u postupku, odnosno da predočene činjenice ne mogu opravdati tvrdnju da postoji kršenje prava zaštićenih Ustavom i kada se za stranku u postupku utvrdi da ne snosi posljedice kršenja Ustavom zaštićenih prava, tako da je ispitivanje merituma apelacije nepotrebno.
- Ustavni sud će odbaciti apelaciju kada ocijeni da apelant nije pretrpio značajniju štetu osim ako poštivanje ljudskih prava, kako je to definirano u Ustavu, zahtijeva razmatranje apelacije u meritumu (članak 18. Pravila).

Šta je dopuna apelacije?

- Kada je apelacija upućena Ustavnom sudu nepotpuna, u smislu članka 21. Pravila US, ili ne sadrži podatke neophodne za vođenje postupka, Ustavni sud će zatražiti od apelanta, da u određenom roku, a najdulje u roku od 15 dana od dana prijema poziva za dopunu, te nedostatke ukloni.
- Ako apelant u ostavljenom roku ne otkloni nedostatke, apelacija će se odbaciti.
- Apelacija se bez zahtjeva Ustavnog suda ne može dopunjavati van roka za podnošenje apelacije iz članka 18. stavak 1. Pravila US.

Podnositelj apelacije dužan je obavijestiti Ustavni sud o svim promjenama adrese, pravnog i činjeničnog stanja u svezi s apelacijom koje su se desile nakon podnošenja apelacije Ustavnom sudu.

Šta treba imati u vidu prilikom koncipiranja apelacije?

- Ustavni sud nije redovni sud treće, odnosno četvrte instance i **apelaciju ne treba koncipirati kao žalbu**
- Ustavni sud ne odlučuje o tome da li je činjenično stanje potpuno i pravilno utvrđeno niti o pravilnoj primjeni materijalnog i procesnog prava, to je zadatak redovnih sudova.
- Ustavni sud odlučuje da li su u osporenom postupku i obrazloženjima osporenih odluka ispoštovane garancije sadržane u ustavnim pravilima apelanta.
- Činjenice moraju biti jasne, precizne i koncipirane tako da ukažu na ustavnopravno pitanje koje se pokreće apelacijom.
- Treba izbjeći ponavljanje identičnih navoda koji su korišteni pri donošenju žalbe ili u drugim podnescima tijekom osporenog postupka jer nije u fokusu primjena materijalnog i procesnog prava.

Predavači su se dotakli i članaka 5., 6. i 7. Evropske konvencije o ljudskim pravima, budući da se apelanti najviše pozivaju na povredu istih, te su kroz primjere iz prakse obrazložili odluke Europskog suda. Predavač Adil Lozo je na primjeru Ap-4613/12 od 17.03.2015. Abduladhima Maktoufa i Gorana Damjanovića protiv BiH podsjetio na pitanje primjene blažeg zakona u kontekstu odluke Europskog suda za ljudska prava i niza drugih odluka koje su pratile ovaj predmet.

Iz svega navedenog možemo izvesti sljedeći zaključak:

- Pri popunjavanju obrasca apelacije ne treba gubiti iz vida neophodnost povezivanja okolnosti konkretnog slučaja s principima i standardima ustavnih prava zaštićenih odredbama Ustava BiH, Europskom konvencijom i drugim instrumentima sadržanim u Aneksu I uz Ustav BiH.
- Paziti da rečenice budu jasne i precizne te se držati samo relevantnih činjenica koje precizno ukazuju na navodna kršenja ustavnih prava.
- Korisno je pozvati se na relevantnu praksu Ustavnog suda i Europskog suda koja je primjenjiva na okolnosti konkretnog slučaja.
- Adekvatnim koncipiranjem i formuliranjem apelacionih navoda povećava se mogućnost ishodovanja meritorne odluke o apelacionim navodima kojom će, ukoliko su navodi apelacije osnovani, apelacija biti usvojena, čime će biti otklonjena povreda ustavnih prava u konkretnom slučaju, te spriječena povreda u svim budućim slučajevima koji se odnose na isto pitanje jer je praksa Ustavnog suda obvezujuća za sudove i druge organe.

1.2.4. Dana 29. i 30.09.2016. godine održan je dvodnevni seminar u Neumu na temu "Zakonitost dokaza". Predsjednica Ustavnog suda Federacije BiH, sudija Aleksandra Martinović otvorila je seminar uz konstataciju da se iz ustavnopravnog aspekta, značaj materije zakonitosti dokaza ogleda u zaštiti Ustavom garantiranih prava. Dokazno pravo je srce krivičnog postupka pri čemu egzistira konstantni „sukob" dvije tendencije: zaštite ljudskih prava s jedne strane, te efikasnost postupka s druge. Pojam dokazivanje u najširem smislu je procesna radnje utvrđivanja sadržine dokaza. Dokazi su svi izvori saznanja o činjenicama koje su predmet dokazivanja, pri čemu je nezakonit dokaz, dokaz pribavljen na nezakonit način. Kad su u pitanju opšti principi odlučivanja o zakonitosti dokaza, sudija prvo cijeni zakonitost i prihvatljivost dokaza, a zatim i njegovu vjerodostojnost, odnosno kvalitet.

U praksi, svaka sudska odluka može biti predmet preispitivanja što je jako bitno za advokate, i njihovu profesionalni angažman u pravcu zaštite građana od moći državnog aparata. Tokom predavanja, sudija Martinović je prezentovala niz praktičnih rješenja koja bi, prema njenom iskustvu, bila od iznimne pomoći advokatima pri sačinjenju i podnošenju apelacije ustavnom sudu kao mehanizma ostvarivanja prava zagarantovanih Ustavom i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

Ukoliko nezakonitost dokaza nije isticana pred redovnim sudom, apelacija ustavnom sudu će biti odbačena. Da bi apelacija bila razmatrana i eventualno usvojena, osporavani dokaz mora biti po prirodi ključan, a njegova

nezakonitost prethodno isticana u postupku pred redovnim sudom. U tu svrhu Zakon o krivičnom postupku Republike Hrvatske daje vrlo praktično rješenje uvodeći tzv. „suđenje u malom“, što predstavlja posebno „mini“ suđenje samo o tom dokazu, njegovoj (ne)zakonitosti.

Kad su u pitanju utvrđene činjenice kao osnovni standard stoji da „Činjenično utvrđenje u ranijem postupku ne treba sprječavati neku stranu da u postupku dokazuje i podnosi dokaze da je ta činjenica netačna[3].

Za slučaj prepoznavanja optuženog navodi se da: “Zakon izričito ne propisuje broj lica između kojih se vrši prepoznavanje, tako da je to standard koji ustanovljava sudska praksa, a sud u svakom konkretnom slučaju cijeni da li je on zadovoljen...[4]“.

Kao interesantan primjer u slučaju ocjene drugih informacija važnih za postupak i mogućnost njihovog uvođenja u dokazni postupak navodi se izvod iz Rješenja Suda BiH br X-KRŽ-06/217 od 13.08 2007.g.

U pogledu zakonitosti presuda po priznanju krivnje, lica koja su u toj fazi postupka bili sa optuženim u istom predmetu i presuda po sprazumima o priznanju krivnje kao dokaza, smatra se da takve presude nisu nezakoniti dokazi u smislu da bi pozivanje na njih predstavljalo bitnu povredu odredaba postupka. Pitanje koje se može postaviti u tom slučaju je korištenje samih presuda na osnovu priznanja krivnje ili sporazuma o priznanju krivnje iz jednog predmeta, kao dokaza u drugom predmetu tj. postavlja se pitanje šta se takvim presudama može ili ne može dokazivati. Vijeće u izloženom predmetu[5] smatralo je da presuda po priznanju krivnje može u drugom predmetu biti uložena kao dokaz koji bi imao za cilj dokazivanje isključivo da je takav sporazum zaključen od strane određenog lica i da mu je izrečena određena sankcija. Utvrđene činjenice iz ovih presuda ne mogu se koristiti kao dokaz u drugom krivičnom postupku kako bi se utvrdilo postojanje krivičnog djela ili krivične odgovornosti optuženog. Svjedočenje svejdoka koji je sklopio sporazum o priznanju krivice, a samim tim priznao krivnju za djela za koja se tereti, ili svjedok kojem je dat imunitet, predstavlja dokaz kao i svi drugi dokazi i u odnosu na njih se primjenjuju pretpostavke pouzdanosti ili nepouzdanosti. Kada se osuđujuća presuda u najvećoj mjeri zasniva na iskazu svjedoka koji je sa tuziocem sklopio sporazum, a sud ne daje logično i uvjerljivo obrazloženje za ocjenu kako tog tako i drugih provedenih dokaza, već se ta ocjena doima proizvoljnom postoji kršenje prava na pravično suđenje.

Kroz brojne primjere iz sudske prakse sudija Martinović pokušala je učesnicima-advokatima ukazati na greške koje se često ponavljaju prilikom podnošenja apelacija ustavnim sudovima, a sve u svrhu što efikasnijeg ostvarivanja prava iz EKLJP i domaćeg zakonodavstva.

U svom dijelu izlaganja, gđa Vasvija Vidović istakla je pravo osumnjičenog, odnosno optuženog na branitelja po vlastitom izboru. Istakla je važnost vremena potrebnog za spremanje obrane kao i pravo pristupa obrane svim dokazima i informacijama koje ima tužiteljstvo, u svim fazama postupka, uz rijetke izuzetke (npr. tajna). Prema riječima braniteljice Vidović, odbrana je korektiv u pravosuđu, a vijeće garant jednakosti oružja.

Što se tiče prigovora zakonitosti, odbrana je dužna reagirati odmah čim uoči nezakonitost, čak i po potvrđivanju optužnice, a ne čuvati to kao as u rukavu za žalbu. O nezakonitim dokazima se treba riješiti odmah da ne bi postali prejudicirajući, te sud treba i mora bez odlaganja preispitati prirodu njihove nezakonitosti[6]. Pitanje nezakonitosti dokaza se riješava neovisno o probativnoj vrijednosti istog. Dokaz može biti isključen bez obzira na njegovu autentičnosti, relevantnost i pouzdanost jer saznanje vrijednosti tog dokaza ne može konvalidirati nezakonistost. Sud prvo rješava pitanje dopustivosti dokaza, pa se tek onda bavi i njegovom vrijednošću. Svaka sudska odluka o prihvaćanju ili odbijanju dokaza mora biti jasno obrazložena.

Nezakonito pribavljen je svaki dokaz koji krši *Konvenciju o sprječavanju mučenja i drugog okrutnog, neljudskog i ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja*[7], također nezakoniti su i dokazi pribavljeni povredom prava na obranu[8], povredom prava na dostojanstvo, ugled i čast[9] i povredom prava na nepovredivost ličnog i porodičnog života[10]. Dokaz dobijen suprotno normama što ih definira EKLJP, poput izjava dobivenih uz primjenu torture ili drugih nehumanih postupaka suprotnih članu 3. EKLJP, ili dokaz pribavljen tako da su prekršeni principi privatnosti, suprotno članu 8. EKLJP, već su po tom osnovu suprotni EKLJP[11].
Poseban je naglasak stavljen na radnje dokazivanja za koje je potrebno sudsko odobrenje-naredba (naredba za pretres lica, naredba za pretres stana[12], naredba za privremeno oduzimanje predmeta[13], za privremeno oduzimanje pisama, telegrama i drugih pošiljki, naredba o prinudnom dovođenju svjedoka, naredba o vještačenju, naredba o tjelesnom pregledu osumnjičenog/optuženog, naredba o sređivanju knjigovodstva radi

3 Primjer iz prakse Suda BiH u odnosu na prihvatanje utvrđenih činjenica – potvrđeno Rješenje X-KR-06/200 od 22.08.2007., predmet Mejakić i dr.
4 Presuda VSRS 118-0-Kž-06-000257 od 29.11.2007
5 Presuda Suda BiH br. KPŽ-16/09 od 26.02.2010
6 Bykov protiv Rusije, odluka broj 4378/02 od 10.03.2009. godne
7 Čl. 1 Konvencije
8 Čl.297. st.1, točka d) ZKP BiH, čl.14., st.3 MPGPP, čl.6., st.3. EKLJP
9 Čl.7 MPGPP, čl.3 EKLJP
10 Čl.17 MPGPP, čl.8 EKLJP
11 X protiv Belgije,1978., D&R 9 (1978), str.108 (110)
12 Ustavni sud BiH br. AP 3306/07, br. AP 2120/09
13 ESLJP, *Funke protiv Francuske*, presuda od 25.02.1993

vještačenja poslovnih knjiga te naredbe za posebne istražne radnje). Posebna se pažnja treba obratiti na zakonitost naredbe za posebne istražne radnje[14] do kojih dolazi samo onda ako se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, odnosno ako bi pribavaljanje istih bilo nesrazmjerno teško. Ono što je vrlo važno i zbog čega u današnjoj praksi „padaju" presude je sadržaj tih naredbi[15] u kojem mora postojati obrazloženje osnovane sumnje za svaku pojedinačnu osobu kao i razlog zbog kojeg je primjena tih mjera neophodna za pribavljanje dokaza[16]. U suprotnom, dokazi proizašli iz posebnih istražnih radnji, a koje su provedene na osnovu nepotpunog zahtjeva tužitelja pa samim time i nepotpune naredbe suda, predstavljaju dokaze tzv. trule voćke, odnosno dokaze koji su nezakoniti i koji se moraju isključiti. Dakle, ako je naredba nezakonita, onda su i posebne istražne radnje nezakonite bez obzira što su provedene zakonito.

U praksi su česte naredbe ili dokazi stranih država. Ti dokazi provedeni od strane pravosudnih tijela strane države zahtijevaju posebnu provjeru zakonitosti da bi mogli biti korišteni pred domaćim sudovima, a za koju je potrebno poznavanje ne samo domaćeg prava nego i prava strane države te međunarodnih standarda sadržanih u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Da bi se na takvom dokazu zasnovala sudska odluka mora biti zadovoljen tzv. test dvostruke prihvatljivosti, dakle dokaz mora biti zakonit i po kriteriju strane države, ali i po kriteriju države moliteljice.

Na temu zakonitosti dokaza kao predavač učesnicima se obratio i Dragomir Vukoje, sudija Suda BiH. Nadovezujući se na ranija izlaganja predavača on je istakao da je zakonitost dokaza usko isprepletena sa zaštitom osnovnih ljudskih prava te da zakonodavac nije mogao prepustiti pitanje upotebe nezakonitih dokaza isključivo sudu nego sudskoj diskreciji postavlja čvrste granice. Primjenom standarda „Dokazivanje izvan razumne sumnje" osigurava se da se svi dokazi optužbe pravilno podvrgavaju strogoj, detaljnoj analizi uz iscrpnu kontrolu njihovih slabosti i jakih strana. Na taj se način otklanja mogućnost da presuda bude zasnovana na glasinama, nagovještajima, pretpostavkama ili sumnji, ili da je „etnički pristrasna" (ako se radi o predmetima ratnih zločina), ili zasnovana na pogrešnim informacijama. Npr. neće postojati povreda na pravično suđenje kada redovni sud odluku nije donio koristeći pisanje medija kao svoju procesnu građu, već je do zaključaka iz svoje presude došao provođenjem zakonitog postupka i utvrđivanjem istine odgovarajućim dokazima[17]. Pored kategorije *nezakonitih dokaza* u teoriji se navodi i pojam *pravno nevaljanih dokaza*. Pravna posljedica nezakonitog dokaza je nemogućnost zasnivanja sudske odluke na takvom dokazu, dok je pravni učinak kod pravno nevaljanog dokaza predviđena krivičnopravna mjera za lice koje je tom prilikom počinilo krivično djelo. Dokazne zabrane predstavljaju pravila po kojima se s jedne strane određena dokazna sredstva načelno isključuju iz upotrebe u krivičnom postupku, te se neki izvori dokaza iz određenih razloga (neetičnost, striktna zakonska zabrana, njihov kriminalni karakter..) ne mogu koristiti za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku. To su zabrane apsolutnog karaktera jer nikad određene metode ne mogu biti legalna dokazna sredstva. S druge strane imamo grupu relativnog karaktera, tj dokazna sredstva i izvore dokaza koji su načelno dopušteni u krivičnom postupku, ali zbog određenih propusta u njihovom dobijanju odnosno korištenju, njihovi rezultati nemaju potreban dokazni kredibilitet i ne mogu poslužiti kao osnova za donošenje sudske odluke o predmetu postupka (npr. ako osumnjičeni/optuženi ispitan bez prisustva branioca, a radi se o obaveznoj odbrani – u tom slučaju njegov iskaz ne bi imao nikakav dokazni kredibilitet u krivičnom postupku).

Sudija Vukoje nadalje navodi da prilikom razmatranja pitanja (ne)zakonitosti dokaza domaće sudije trebaju konsultovati praksu Evropskog suda za ljudska prava kao jedinog autentičnog tumača prava garantovanih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U pitanjima zakonitosti dokaza sa aspekta pravičnog postupka Evropski sud razradio je pretpostavke na temelju kojih se utvrđuje nepravičnost postupka. Prva grupa pretpostavki vezana je za procesna jamstva odbrane – mogućnost provjere vjerodostojnosti dokaznog sredstva i protivljenja njegovoj upotrebi. Druga grupa odnosi se na kvalitet dokaza, tj. na njihovu vjerodostojnost i istinitost koji je doveden u pitanje samom činjenicom da je dokaz pribavljen kršenjem procesne forme. Važan kriterij je okolnost temelji li se presuda samo na nezakonitom dokazu ili postoje i drugi dokazi u korist optužbe.Prva presuda kojom je Evropski sud uveo tzv. ekskluzijsko pravilo – presuda temeljena na nezakonitom dokazu u tom slučaju uvijek će dovesti do nepravičnog postupka gdje je Evropski sud otišao i korak dalje u zaštiti optuženog navodeći da zbog teškog zadiranja vlasti u fizički i psihički integritet osobe protiv njezine volje radi o nečovječnom i ponižavajućem postupanju u smislu člana 3. Konvencije[18]. Kao posebnu snagu za osporavanje pravičnosti postupka Evropski sud navodi privilegiju od samoinkriminisanja koja je opšte poznat međunarodni standard kao srž načela pravičnog postupka, a smisao im je u zaštiti optuženog od nedopuštene prisile državnih tijela[19].

Pred Sudom BiH pitanje zakonitosti dokaza razmatra u okviru žalbenih prigovora bitne povrede krivičnog postupka, ali i prilikom razmatranja vanrednog pravnog lijeka – ponavljanje postupka u korist osuđenog. Kao

14 Glava IX ZKP BiH
15 Čl.118. st.1 ZKP BiH
16 ESLJP *Dragojević protiv Hrvatske* presuda od 15.01.2015., Sud BiH *Tužitelj protiv Ždralovića, Čage, Lukića, Kenjića*
17 Ustavni sud BiH, br AP 177/05 od 12.04.2006
18 Jalloh v. Njemačka od 11.07.2006
19 Funke v. Francuska iz 1993, Saundres v. Ujedinjeno Kraljevstvo iz 1996 god.

interesantne presude na ovu temu predavač navodi sljedeće:

Predmet Zijad Poljo i dr., gdje se ističe pitanje da li iskazi svjedoka koji su zaključili sporazum o priznanju krivice predstavljaju dokaze koji imaju jednaku vrijednost kao i svi drugi dokazi koji se koriste u krivičnom postupku, te na koji način se ti dokazi, u skladu sa zakonom, mogu koristiti u krivičnom postupku, odnosno na koji će način vijeće pristupiti njihovoj ocjeni[20]. Vijeće je dužno, prilikom razmatranja svakog svedočenja, pa tako i svjedočenja svjedoka koji je sklopio sporazum o priznanju krivice ili dobio imunitet postupiti obazrivo i razmotriti sve činjenice koje utiču na njegovu pouzdanost[21].

U predmetu Đorđe Ždrale i dr., odbrana posebno ukazuje na nezakonito pribavljene nalaze i mišljenja Biološkog fakulteta iz Beograda, pozivajući se na odredbe međudržavnog ugovora o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, gdje Sud zauzima stav da formalne procedure u pogledu pribavljanja nalaza i mišljenja vještaka ne mogu uticati na njegovu dokaznu snagu i vrijednost jer je vještak K .D. nalaz iznio i obrazložio na glavnom pretresu[22]. U predmetu Rustempašić i dr., odbrana u okviru prigovora o nezakonitosti dokaza ukazuje na status zaštićenog svjedoka „L“ budući da je po karakteru svojih radnji imao status prikrivenog informanta, za šta je bilo potrebno imati naredbu o provođenju posebne istražne radnje, svjedok se pojavljuje kao policijski informator bez ikakvog naloga suda te su dokazi pribavljeni od strane ovog svjedoka po tvrdnji odbrane nezakoniti[23].

Sudija Vukoje se u svom izlaganju osvrnuo i na pitanje objelodanjivanja dokaza. Po pitanju objelodanjivanja dokaza pred Sudom BiH postoji dosta neujednačena praksa[24]. U predmetu pred Sudom BiH, Memić i dr., odbijen je pristup materijalima za koje je odbrana imala saznanja da su u posjedu tužioca sa obrazloženjem da je tužilaštvo odbrani otkrilo sve dokaze kao i da odbrana ne može vršiti uvide i tražiti dokaze iz drugih predmeta. U predmetu pred Sudom BiH Apelaciono vijeće je uvažilo žalbu odbrane te usvojilo njen zahtjev za dostavljanje podataka o svjedocima Tužilaštva BiH, radi obavljanja razgovora, a odbilo zahtjev Tužilaštva za izdavanje naredbe o zabrani obavljanja razgovora branilaca sa svjedocima Tužilaštva BiH[25].

U pitanjima koja se odnose na pristup odbrane dokazima najčešće se ističe problem pristupa dokazima u posjedu tužilaštva. U predmetima pred pred Sudom BiH, omogućen je posredan, ograničen pristup dokazima u posjedu MKSJa, a kroz pretraživanje elektronskog sistema objelodanjivanja dokaza EDS (Electronic Disclosure System), u suradnji sa Odsjekom krivične odbrane. Pored ovog, uočen je problem pristupa odbrane redigovanim iskazima svjedoka, nepostojanje efikasnog sredstva kojim bi se omogućio pristup dokazima drugih država i međunarodih organizacija, kao i problem direktnog pristupa dokazima u posjedu organa BiH i vojnih arhiva.

Obaveza objelodanjivanja dokaza od strane tužilaštva, kako onih koji terete osumnjičenog tako i onih koji mu idu u korist, od suštinskog je značaja za strategiju odbrane i ne samo procesnopravnu jednakost strana u krivičnom postupku, već i gledano sa holističkog aspekta[26] kao uslov za ocjenu pravičnosti tog postupka u cjelini.

1.2.5. Dana 14.10.2016. godine održan je seminar u Tesliću na temu “Pritvor i garancije pravičnog suđenja”. Predavači su bili g. Aleksandar Lazarević, odvjetnik Odvjetničke komore Srbije i gđa Minka Kreko, sutkinja Suda BiH.

Sloboda čovjeka je jedna od tekovina razvoja društva i neprikosoveno pravo proklamirano Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda te Poveljom Ujedinjenih nacija o pravima i slobodama čovjeka i građanina. Pritvor, s druge strane, kao prinudna procesna mjera u kaznenom postupku zadire u to pravo, stoga nitko ne može biti lišen slobode osim u slučajevima i postupku koji su predviđeni zakonom.

Na ovom seminaru govorilo se o razlozima za pritvor, uobičajnim argumentima tužiteljstva te načinu suprotstavljanja istima kroz žalbe branitelja, o mjerama zabrane kao alternativama pritvoru, komparaciji mjera zabrane i mjera pritvora. Budući da je pritvor najstroža mjera koja se može izreći u kaznenom postupku, a koja uskraćuje prvo i osnovno ljudsko pravo – pravo na slobodu, poseban je naglasak na braniteljima optuženih koji su obvezni svoje klijente zastupati s pažnjom i vrlo profesionalno, pazeći da standardi pravednog postupka budu ispoštovani, bez obzira jesu li postavljeni po službenoj dužnosti ili privatno izabani. Istaknuta je važnost dobro argumentiranih podnesaka obrane koji trebaju biti potkrijepljeni činjenično i dokazima, pozivati se na nedostatke u prijedlogu tužiteljsva, blagovremenost tužiteljevog prijedloga za produženje mjere pritvora ili eventualno neizjašnjavanje tužitelja po tom pitanju, što bi rezultiralo obvezom Suda za ukidanjem mjere, zatim pozivati se na nedostatke u sudskim rješenjima, treba zahtijevati primjenu manje represivnih mjera, s tim da se prijedlog potkrijepi neophodnom dokumentacijom, te pozivati se se na domaće i međunarodne pravne norme,

20 Zijad Poljo i dr. KPŽ-16/09
21 Drugostepena presuda Suda BiH br KPŽ-44/05 protiv A.Maktoufa od 04.04.2006 god.
22 Đorđe Ždrale i dr. X-K-08/540-1
23 Rustempašić i dr. Br. S1 2 K 003342 10 K od 10.11.2011
24 Mensur Memić i dr br. X-KR-09/786, transkript od 28.09.2010, transkript od 20.09.2010, transkript od 09.11.2010
25 Rješenje br S1 1 K 008494 12 Krl od 12.04.2012 god. str.3 pasus 4.
26 Grč. Holos-cijelo

međunarodne standarde o ljudskim pravima i drugu relevantnu domaću i međunarodnu sudsku praksu (posebno presude ESLJP), koji bi išli u prilog osumnjičenom ili optuženom, ali i bili od pomoći sudu prilikom odlučivanja. Sve to skupa je upotpunjeno bogatim iskustvom i praktičnim primjerima predavača.

Predavanje je otvorio g. Lazarević počevši od postojanja i opravdanosti osnovane sumnje kao općeg uvjeta za određivanje ne samo pritvora, nego i bilo koje druge mjere zabrane, ali kumulativno s nekim od razloga za pritvor iz člana 132. ZKP BiH. Postojanje osnovane sumnje jedan je od aspekata zakonitosti lišavanja slobode koje se mora uzeti u obzir prilikom razmatranja opravdanosti rješenja o pritvoru. Pored toga, u opseg osporavanja zakonitosti lišavanja slobode ulazi i provjeravanje proceduralnih uvjeta, odnosno propisanosti postupka za izvršenje lišenja slobode i garancija prava[27]. Konvencija[28] predviđa postojanje osnovane sumanje prije hapšenja, odnosno pritvaranja. U domaćem zakonodavstvu osnovana sumnja se opisuje kao viši stupanj sumnje zasnovan na prikupljenim dokazima koji upućuju na to da je izvršeno krivično djelo[29]. Često se desi da tužiteljstvo priloži izvještaj policijskih organa o počinjenju kaznenog djela, što nije dokaz i na osnovu toga se ne može izvoditi zaključak o osnovanosti sumnje. Također, informacije o kaznenom djelu (naziv i pravna norma) same po sebi nisu dovoljne za opravdanost sumnje.
Pritvor određuje ili produžava rješenjem Sud na prijedlog tužitelja. Sud je jedina poluga vlasti koja je nadležna lišavanju slobode i tako je svugdje u svijetu (Europa, SAD, Afrika..). U primjeni prisilnih mjera prema osumnjičenom, sud se drži načela srazmjernosti koje je vezano uz pravo na slobodu i pretpostavku nevisnosti. Primjena ovog načela na određivanje i trajanje pritvora izvodi se iz člana 5. stav 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda , prema kojoj pritvor mora biti nužan za ostvarivanje njegovih legitimnih ciljeva što znači da može biti primjenjen samo kad je to apsolutno nužno kao krajnja i najstroža mjera i samo toliko koliko je nužno. Prilikom određivanja ili produženja mjere pritvora, sud ima ingerenciju odrediti i kraći rok trajanja pritvora od onog koji je propisan zakonom, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, vodeći računa opravdanosti dužine trajanja izrečene mjere i o tome da trajanje mjere pritvora mora biti svedeno na najkraće nužno vrijeme[30].

Prvi razlog za određivanje pritvora osumnjičenom, propisan članom 132. stav 1 ZKP BiH jest ako se isti krije, odnosno ako postoje druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bjekstva. Najčešći razlozi koji idu u prilog opasnosti od bjekstva, a koji su argumenti tužitelja za određivanje pritvora, su: boravište/ prebivalište u blizini granice; poroznost granica; nezaposlenost/zaposlenost; obitelj koja živi u drugoj državi; dijete koje se školuje u drugoj državi; državljanstvo druge države te ozbiljnost optužbe, odnosno zapriječena kazna[31].

Drugi razlog za određivanje pritvora jest postojanje osnovane bojazni da će osumnjičeni uništiti, sakriti, izmijeniti ili krivotvoriti dokaze ili tragove važne za krivični postupak ili ako naročite okolnosti ukazuju da će ometati krivični postupak utjecajem na svjedoke, saučesnike ili prikrivače. Nakon podizanja optužnice, pritvor određen zbog ovog razloga ne bi trebao dalje trajati jer su dokazi prikupljeni, iskazi uzeti i ne egzistira više razlog zbog kojeg je pritvor određen, međutim, tužitelji često ističu da je dio svjedoka ispitan samo od strane SIPA-e pa da i dalje postoji opasnost od utjecaja na iste.

Treći razlog za određivanje pritvora jest opasnost od ponavljanja, odnosno dovršavanja djela pri čemu se prvo postavlja pitanje radi li se o djelu koje je takve prirode da se može ponoviti, odnosno dovršiti (npr. ratni zločini), zatim je li djelo koje se može ponoviti istovrsno te je li osumnjičeni/optuženi već kažnjavan za istovrsno djelo (protek vremena- brisanje kaznene evidencije).

Četvrti razlog za određivanje pritvora jest opasnost narušavanja javnog reda, odnosno prijetnje po sigurnost građana ili imovine. Ovaj razlog, tzv. žvaka paragraf, je vrlo sporan (čak je Komitet UN-a za ljudska prava iznio preporuku Bosni i Hercegovini za razmatranje mogućnosti uklanjanja ovog osnova iz zakonodavstava zbog nejasnoća u konceptu sigurnosti građana)[32] i primjena pritvora po ovom osnovu zahtijeva ozbiljno preispitivanje. U praksi Suda BiH se kao razlog za pritvor javlja u predmetima terorizma, a u ratnim zločinima nikad nije uzet u obzir.

Posebno je zanimljiva bila rasprava o stavu da tijekom cijele istrage tužitelj može tražiti određivanje pritvora, kao i nakon potvrđivanja optužnice, ali ne i od trenutka podizanja do trenutka potvrđivanja optužnice jer zakon nije predvidio mogućnost određivanja pritvora nakon okončanja istrage (podizanja optužnice), a prije potvrđivanja optužnice[33]. Međutim, ovo pitanje je pravni limbo i nema jedinstvenog stava u praksi.

Osim pritvora, mjere koje se mogu odrediti osumnjičenom, odnosno optuženom radi osiguranja njegovog

27 ESLJP: *Jafarov protiv Azerbejdžana* (aplikacija broj 69981/14, odluka od 17.03.2016.); *Manerov protiv Rusije* (aplikacija broj 49848/10, odluka od 05.01.2016.); *Butkevičius protiv Litvanije* (aplikacija broj 48297/99, odluka od 26.03.2002.)
28 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl.5(c)
29 Čl.20 ZKP BiH
30 Sud BiH S1 1 K 008494 13 KRŽ 2 od 13.05.2013.
31 Ustavni sud BiH, AP- 1262/11
32 Zaključne napomene Komiteta za ljudska prava o Bosni i Hercegovini (CCPR/C/BIH/CP/), stavka 18
33 Sud BiH S1 1 K 007949 11 KV2 od 03.09.2013

prisustva i neometanog vođenja kaznenog postupka su poziv, dovođenje, mjere zabrane i jamstvo[34]. Radi se o mjerama koje su po intezitetu ograničenja slobode i drugih zaštićenih prava, blaže i manje zadiru u prava i slobode osumnjičenog/optuženog.

Mjere zabrane[35] su alternativa mjeri pritvora i u praksi su vrlo primjenjive u svim svojim vrstama, kako pojedinačno tako i u kombinacijama. Kada se postavi pitanje trebali se odrediti mjera pritvora ili mjera zabrane, procjenjujući svaki konkretni slučaj, Sud će u pravilu odrediti izricanje jedne od mjera zabrane ako se njome, kao blažom mjerom, imajući u vidu pritvorske razloge, može postići isti cilj i svrha kao i mjerom pritvora. Ako su za istog osumnjičenog/optuženog u jednom predmetu određene mjere zabrane jednog karaktera, a u drugom predmetu mjere zabrane drugog karaktera, one mogu paralelno egzistirati (tzv. duple mjere), s tim da će se posebno preispitivati i da ne smiju isključivati jedna drugu.

Mjere zabrane su, u odnosu na mjeru pritvora, blaže jer dovode do manjih ograničavanja prava i sloboda građana, čak i u svom najstrožem obliku kada se kretanje osumnjičenog/optuženog ograniči na njegov dom (mada je prema ESLJP kućni pritvor veliko ograničavanje slobode i uračunava se u kaznu). Praktična primjena mjera zabrane rezultira pozitivnim učincima koji se ogledaju u manjoj mjeri ograničavanja prava i sloboda osumnjičenog/optuženog s jedne strane, te u ekonomičnosti samog postupka, s druge strane, a sve to skupa uz ostvarivanje istog cilja i svrhe koji bi se mogao postići i određivanjem mjere pritvora.

Međutim, u praksi se pojavilo dvojako teorijsko shvaćanje mjera zabrane, od toga da su to u pogledu uvjeta za određivanje, potpuno samostalne mjere, do toga da su to isključivo supstituti mjeri pritvora jer se mogu odrediti samo ukoliko postoji jedan ili više uvjeta za određivanje mjere pritvora.

1.2.6. Dana 18.11.2016. godine održan je seminar u Mostaru na temu "Žalba i žalbeni osnovi", uz sudjelovanje 39 sudionika, te iskusne i stručne predavače, gđu. Tatjanu Savić, odvjetnicu Odvjetničke komore RS i g. Lukes Tihomira, suca Suda BiH. Stručno usavršavanje bilo je prilika za učenje kroz razmjenu iskustava i interaktivnu raspravu predavača i sudionika seminara.
U uvodnom djelu predavači su se osvrnuli na pravo na žalbu, rok za žalbu, subjekte žalbe, branitelja kao subjekta žalbe i pravila dobre prakse pri sačinjavnju žalbe.

Član 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Svatko kome su povrijeđena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji uma pravo na djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršile osobe koje su postupale u službenom svojstvu.

Član 2. Sedmog protokola uz Konvenciju

(1) Svatko tko je odlukom suda osuđen za kaznneo djelo ima pravo na preispitivanje osude ili kazne od strane višeg suda. Ostvarivanje ovog prava uključujući i osnov za njegovo korištenje, uređuje se zakonom.
(2) Ovo pravo može podlijegati izuzecima u odnosu na djela manjeg značaja, koja su određena zakonom, ili u slučajevima kada je osobi u prvom stupnju sudio najviši sud ili je bila osuđena na osnovu žalbe protiv oslobađajuće presude.

Protiv presude donesene u prvom stupnju može se podnijeti žalba u roku od 15 dana od dana dostavljanja prijepisa presude. U složenim stvarima, na zahtjev stranaka i branitelja, sud može produžiti rok za žabu najduže 15 dana. Na seminaru je postavljeno pitanje kratkoće rokova, osobito u iznimno složenim slučajevima, gdje se presuda nalazi na nekoliko stotina stranica, te gdje i uz dozvoljeno produženje roka, odvjetnicima ostaje rok u prosjeku od 7 dana za pripremanja žalbe (uzimajući u obzir vrijeme dostave i primitka Rješenja o produženju roka), što je upitan rok za kvalitetnu analizu presude i pripremu žalbe.

Što se tiče subjekata žalbe, jedna od tema rasprave je bila i to treba li u kazneno procesno zakonodavstvo vratiti mogućnost oštećenog da se uključi u postupak kao supsidijarni tužitelj. Uz nekoliko iznimaka, većina sudionika raspave nije bila za tu izmjenu, navodeći pojedina negativna iskustva Republike Srbije po tom pitanju.

Predavači su još jednom naglasili pravila kod pisanja žalbe, te istakli primjer iz anglosaksonskog sustava, kad je u pitanju branitelj kao subjekt žalbe, gdje su česti slučajevi da žalbeni postupak vodi novi odvjetnik ili tim odvjetnika. Prednost navedenog leži u činjenici da novi odvjetnik razmatra predmet iznova i objektivno sagleda kompletan predmet. No, postavlja se naravno pitanje, hoće li novi odvjetnik imati dovoljno vremena da se temeljito upozna s cijelim predmetom, ali je zato savjetovano tijekom rasprave iz ranijih iskustava odvjetnika, da je uvijek tijekom žalbe dobrodošla konzultacija s kolegom koji nije bio branitelj u konkretnom predmetu.

Analizirani su i svi žalbeni osnovi osobito bitne povrede odredaba kaznenog postupka. U pogledu čl. 297.

34 Član 123 ZKP BiH
35 Član 126. ZKP BiH

stavak 1. točka d) ZKP BiH Povreda prava na obranu, razmatrani su neki od elemenata prava na odbranu:

a) Obavještenje o optužbama,
b) Dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu odbrane,
c) Pravo na ispitivanje svjedoka.

Na tu temu naveden je i primjer Rješenja Vrhovnog suda FBiH broj: 01 0 K 006240 12 Kž od 23.5.2013. godine.

„Prije svega treba podsjetiti da, iako odredba čl. 6. stavak 3. Točka d) EKLJP, ne daje strankama neograničeno pravo da izvode dokaze pred sudom, što znači da sud koji vodi kazneni postupak mora imati određenu diskreciju u ocjeni da li bi izvođenje predloženih dokaza bilo relevantno ili ne, conditio sine qua non kod takvog odlučivanja je da sud u obrazloženju presude navede razloge zbog kojih je odlučio da odbije određene prijedloge stranaka za izvođenje dokaza. Takva obveza suda jasno proizilazi i iz odredbe čl. 305. stavak 7. ZKP FBiH, prema kojoj je sud dužan između ostalog, da u obrazloženju presude navede razloge zbog kojih nije uvažio pojedine prijedloge stranaka.

Vezano za naprijed navedeno pitanje, pomenuta je i problematika u praksi, a u vezi s pravom branitelja na postavljanje pitanja u korist vlastitih tvrdnji, čl. 262. stavak 1. ZKP BiH. Navedeni su slučajevi iz prakse kada sud nije dozvolio branitelju pitanje svjedoku u korist vlastitih tvrdnji, uz navođenje da branitelji u tom slučaju mogu pozvati tog svjedoka ponovno kao svjedoka odbrane, što nije ni u skladu s navedenom odredbom ZKP BiH, niti doprinosi efikasnosti i ekononomičnosti postupka, a svjedoka izlaže bespotrebnom dodatnom svjedočenju.

> *(1) Dozvoljeno je ispitivanje svjedoka od stranke, odnosno branitelja koji je pozvao svjedoka (direktno ispitivanje), zatim ispitivanje tog svjedoka od suprotne stranke, odnosno branitelja (unakrsno ispitivanje) i ponovno ispitivanje svjedoka od stranke, odnosno branitelja koji ga je pozvao. Svjedoka ispituje stranka koja ga je pozvala, ali sudac, odnosno predsjednik i članovi vijeća mogu u svakoj fazi ispitivanja postaviti svjedoku odgovarajuće pitanje. Pitanja svjedoku od suprotne stranke ograničavaju se i odnose na pitanja koja su prethodno postavljena tokom ispitivanja svjedoka od stranke koja je pozvala svjedoka i pitanja u korist vlastitih tvrdnji. Pitanja na ponovnom ispitivanju svjedoka od stranke koja ga je pozvala ograničavaju se i odnose na pitanja postavljena tokom ispitivanja svjedoka od suprotne stranke. Nakon što svjedok bude ispitan, sudija, odnosno predsjednik i članovi vijeća mu mogu postavljati pitanja.*

Na seminaru se također raspravljalo i o provođenju posebnih istražnih radnji, te su se mogli čuti i stavovi kako po ZKP-u BiH ne postoji radnja Vještačenje mobitela, već da se u tom slučaju treba raditi o Naredbi za pretres pokretnih stvari, te je navedeno kako se uskoro očekuje i odluka suda po tom pitanju, na zahtjev branitelja optuženog pred Sudom BiH.

Odvjetnica Savić je navela i nekoliko zanimljivih sudskih odluka, a vezano za nezakonite dokaze:

Posebne istražne radnje (Dragojević protiv Hrvatske i predmet Čago, Sud BiH), Otvaranje predmeta (Ustavni sud BiH: predmeti Janjić i Papac; Sud BiH predmeti Doderović i odluka vijeća Apelacijskog odjeljenja u predmetu S1 3 K 014606 15 Kžk od 20.10.2015. godine), te presudu Vrhovnog suda FBiH broj 04 0K 003843 14 Kžk od 17.2.2015. godine
(„Za istaći je da ZKP FBiH ne poznaje radnju dokazivanja pod nazivom kriminalističko-tehnički pregled vozila, te da se ovlašteni djelatnici policije u samom zapisniku nisu pozvali na odgovarajuću odredbu procesnog zakona temeljem koje su konkretnu radnju obavili. Nije sporno da je prilikom obavljanja ranije navedene radnje predmetno vozilo otvarano i da su iz istog izuzeti razni predmeti radi provođenja naknadnih vještačenja. Upravo ova okolnost da je prilikom obavljanja kriminalističko-tehničkog pregleda došlo do otvaranja vozila, da je, dakle, narušen njegov integritet, opravdava stav po kojem se u konkretnom slučaju radi o pretresu kao radnji dokazivanja za čije je zakonito provođenje uvijek neophodna odgovarajuća naredba suda. U spisu predmeta takva naredba nije sadržana.“)
Svi sudionici sastanka su se složili kako u budućnosti treba razmisliti o zajedničkoj odvjetničkoj inicijativi koju bi uputili Parlamentarnoj skupštini BiH o izmjenama i dopunama ZKP BiH na temu upućivanja prethodnih prigovora na optužnicu, za koje smatraju da se trebaju uložiti prije potvrđivanja, a ne nakon potvrđivanja optužnice, kao i na temu potrebe audio snimanja saslušanja svjedoka u istrazi kako bi se spriječili problemi koji se javljaju u praksi vezano za pitanja da li je svjedok bio pod prisilom, da li se radi o zakonitom dokazu kad je u pitanju iskaz svjedoka, itd.
Sudionici su seminar ocijenili kao iznimno uspiješan, te izrazili želju za učestalijim održavanjem istih u Mostaru na ovu, kao i druge relevantne teme. Posebno zadovoljstvo, po ocjeni mnogih, bili su stručni predavači, sa kojim su uspješno razmijenili brojna korisna iskustva i stekli saznanja o novijoj sudskoj praksi, kako u BiH, tako i regionu.

Banja Luka, 20.05.2016.

Sarajevo, 01.11.2016.

Neum, 29.-30.09.2016.

Zahvaljujemo se osoblju angažovanom u Odsjeku krivične odbrane, a koje su finansira iz IPA sredstava, za sudjelovanje i asistenciju u izradi izvještaja za ovaj broj OKO Reportera: Marijana Sentić, Faruk Čolaković, Ana Markešić, Jasmina Isaković i Matea Ćorluka.

Nova praksa Suda BiH—dosuđivanje odštetnog zahtjeva oštećenim osobama

Mersiha Smajić Fazlić, pravni savjetnik

Mnogi međunarodni i evropski dokumenti za zaštitu ljudskih prava, a posebno dokumenti Vijeća Europe preporučuju svojim članicama ili potpisnicama da u okviru krivičnog postupka žrtve trebaju imati pravo na potraživanje odštete tj. na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva[1]. Za Bosnu i Hercegovinu je najznačajnija Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava koja je prema Ustavu BiH i to članu II (2) direktno primjenjiva u domaćem pravnom zakonodavstvu i koja je iznad domaćeg prava i zakona, koja u svom članu 5. stav 5) i članu 13. afirmira pitanje reparacije.

U ovom članku fokus će biti imovinskopravni zahtjev u predmetima ratnog zločina pred Sudom Bosne i Hercegovine. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine regulira imovinskopravni zahtjev za materijalnu i imovinskopravni zahtjev za nematerijalnu štetu nastalu izvršenjem krivičnog djela. Zakon predviđa da oštećene osobe mogu podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva. Ovdje glavnu ulogu ima postupajući tužilac koji u okviru svojih zakonskih ovlasti u toku istrage može osigurati dokazivanje visine imovinskopravnog zahtjeva oštećene osobe. Svjedoci moraju prilikom saslušanja u toku istrage, ili na glavnom pretresu biti upitani da li žele ostvarivati imovinskopravni zahtjev. Tek ukoliko to ne obavi postupajući tužilac, Sud može pitati oštećenu osobu na postavljenje imovinskopravnog zahtjeva, ali je to zakonska obaveza tužioca. Tužilac ima obavezu da prikupi dokaze koji su relevantni za imovinskopravni zahtjev, te da utvrđuje činjenice potrebne za odlučivanje o istom[2].

Na ovaj način je pružena mogućnost oštećenima da bez dodatnih troškova budu pravno informisani i da ostvare svoja prava na imovinskopravni zahtjev u sklopu krivičnog postupka, a s druge strane Sud (ukoliko je postavljen imovinskopravni prijedlog) ima obavezu da o prijedlogu odluči u presudi. Kada se optuženi oglašava krivim, Sud može oštećenoj osobi dosuditi imovinskopravni zahtjev u cjelosti ili djelimično, a za ostatak ga uputiti na tužbu u parničnom postupku[3].

Praksa Suda Bosne i Hercegovine do 2015. godine je bila da imovinskopravni zahtjev nije bio preciziran u toku krivičnog postupka, a ni dosuđivan, već su oštećeni upućivani na parnicu sa imovinskopravnim zahtjevom. Presudom od 24. juna 2015. godine u predmetu *Marković Bosiljko i dr.* praksa Suda BiH se mijenja, pa se imovinskopravni zahtjev kojeg je oštećena osoba postavila dosuđuje po prvi put. Ovo je bio presedan u praksi Suda da se prvostepenom presudom u predmetu jednog ratnog zločina pred Odjelom I Suda Bosne i Hercegovine dodijeli tačan iznos koji je preciziran imovinskopravnim zahtjevom u toku glavnog postupka. Nakon ovog predmeta uslijedile su još dvije presude kojima je u cjelosti ili djelimično usvojen imovinskopravni zahtjev oštećene osobe. Sve tri spomenute presude se odnose na predmete ratnog zločina protiv civilnog stanovništva.

Konkretno, u ovom krivičnom predmetu protiv optuženih *Bosiljka i Ostoje Marković*, Sud obavezuje optužene da oštećenoj na ime naknade nematerijalne štete nastale izvršenjem krivičnog djela za koje su optuženi terete, isplate solidarno iznos od 40.000,00 KM. Ovakav imovinskopravni zahtjev potvrđuje i drugostepena presuda u istom predmetu, s tim da je na osnovu pojedinačnih vještačenja oštećenoj dosuđen imovinskopravni zahtjev u iznosu od 26.500,00 KM, dok se za iznos preko dosuđenog dijela imovinskopravnog zahtjeva (13.500,00 KM) upućuje na parnicu.

Imovinskopravni zahtjev dosuđen je u predmetima ratnih zločina pred Odjelom I i protiv *Slavka Savića* i *Krste Dostića*.

U predmetu *Slavko Savić* optuženi se obavezuje da oštećenoj na ime naknade nematerijalne štete isplati ukupan iznos od 30.000,00 KM i to na ime: - duševnih bolova zbog povrede slobode ili prava ličnosti iznos od 16.000,00 KM: - duševnih bolova zbog smanjenja životne aktivnosti iznos od 14.000,00 KM.

Sud je ovdje djelimično usvojio imovinskopravni zahtjev oštećene, pa se optuženi obavezuje da oštećenoj osobi na ime naknade nematerijalne štete, isplati ukupan iznos od 40.000,00 KM[4] i to na ime: - duševnih bolova zbog povrede slobode ili prava ličnosti iznos od 15.000,00 KM;

1 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948.godine (član 8.), Međunarodna konvencija o građanskim i političkim pravima (član 2. i 9.), Konvencija Ujedinjenih narodan protiv mučenja i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni i postupaka (član 14.), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (član 6.) i dr.
2 Član 35. Stav 2. (g) i 197. ZKP-a BiH
3 Član 198. Stav 2. ZKP-a BiH

- duševnih bolova zbog smanjenja životne aktivnosti iznos od 25.000,00 KM, sve sa zakonskim zateznim kamatama od dana donošenja prvostepene presude dana 06. oktobra 2016. godine, a sve u roku od 90 (devedeset) dana od dana pravosnažnosti presude, pod prijetnjom prinudnog izvršenja, te se za preostali dio oštećena osoba upućuje na parnicu.

Ove presude su novine u praksi Suda gdje se u predmetima ratnih zločina pred Odjelom I Suda Bosne i Hercegovine dodjeljuje tačan iznos koji je preciziran imovinskopravnim zahtjevom u toku glavnog postupka u cjelosti ili djelimično. Ostaje da vidimo na koji način će dosuđeni imovinskoopravni zahtjev biti realiziran.

Sektor za krivičnu pomoć i edukaciju u krivičnim stvarima pred Sudom BiH

Odsjek krivične odbrane (OKO) predstavlja organizacioni dio Sektora za krivičnu pomoć i edukaciju u krivičnim stvarima pred Sudom BiH Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine. To je jedinstvena institucija u oblasti međunarodnog krivičnog prava čija je uloga da osigura najviše standarde odbrane u suđenjima za ratne zločine pred pravosuđem Bosne i Hercegovine. **Od 01.02.2016. godine se nalazimo na adresi Ministarstvo pravde BiH (Odsjek krivične odbrane), Hamdije Ćemerlića 2/15, 71 000 Sarajevo.**
OKO pruža pravnu i administrativnu podršku advokatima pred Sudom BiH, kao i stručne programe obuke za advokate i druga lica uključena u sudske postupke. OKO takođe provodi i druge aktivnosti u pravnoj zajednici u cilju osiguranja širenja informacija o procesuiranju ratnih zločina počinjenih u regiji kao i pružanje podrške advokaturi.
Sektor za krivičnu pomoć i edukaciju u krivičnim stvarima pred Sudom BiH
Novim Pravilnikom o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji Ministarstva pravde BiH , Sektor je organizovan u dva Odsjeka: Odsjek krivične obrane i Odsjek za edukaciju u kaznenim stvarima pred Sudom BiH.
Zahvaljujući gostoprimstvu Suda BiH, OKO koristi i uredske prostorije locirane u zgradi kompleksa pravosudnih institucija BiH.

Sarajevo dobija Informativni centar ICTYja

Preuzeto sa www.balkans.aljazeera.net

Memorandum o razumijevanju između Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY) i Grada Sarajeva, na osnovu kojeg će biti uspostavljen Informativni centar ICTY-ja u Sarajevu, predstavljen je u Sarajevskoj vijećnici.

Sudija ICTY-a Fausto Pocar izjavio da je bitno što će nakon 20-ogodišnjeg rada na prikupljanju različitih materijala ti materijali sada biti dostupni i javnosti, a ne samo istraživačima i historičarima.

Istakao je da je bitno što će tim materijalima sada, kroz informacijski centar, imati pristup i populacija na koju je rat direktno utjecao "i da će se kroz sve te materijale moći vidjeti ne samo konkretne, finalne presude nego i sjećanja i svjedočenja ljudi koji nam konkretno govore o istini, o onome što se desilo".

"Dokumenti u samom centru, u arhivu, jako su kompleksni, teški, dugi, komplicirani dokumenti, u kojima se također navode diskusije o pravu i često je potrebno da ih eksperti tumače. Svi imaju pristup tim dokumentima, toj arhivi, ali to često nije dovoljno jer je potrebno da i privatne osobe mogu vidjeti šta je nađeno tokom istraga Tribunala", navodi Pocar, a prenosi Fena.

Uspostava centara u regiji

Ocijenio je da je velika stvar i važnost tog centra to što ima adekvatno osoblje, koje u takvim kompleksnim istraživanjima može pomoći javnim osobama da dođu do informacija i činjenica.

Kaže da je zasad to jedini centar, međutim, ideja je da se uspostave slični centri i u BiH i regiji, Hrvatskoj i Srbiji.

"Da bi se to ostvarilo, moramo imati pozitivne reakcije na uspostavu ovog centra", smatra.

Najavio je da će još jedan centar biti u Srebrenici: "On još uvijek nije dovršen, ali će biti uspostavljen."

Portparol ICTY-ja Nenad Golčevski kazao je da će korisnici prvog informativnog centra koji će biti osnovan u Sarajevu imati pristup više od 400.000 dokumenata iz sudskih procesa pred Tribunalom. Od toga su blizu 100.000 dokazni predmeti.

"Dakle, direktno, dokumenti koji svedoče o samim zločinima, koji uključuju više od 3.000 videosnimaka, koji su sačinjeni u vreme počinjenja zločina. Također, sadrže fotografije sačinjene u tom periodu, artefakte, predmete koji su pronađeni na mestima zločina, u masovnim grobnicama i slično", pojasnio je on.

Gradonačelnik Sarajeva Ivo Komšić ocijenio je da je za grad Sarajevo i za BiH arhiva Haškog tribunala jako bitna, kako je naveo, ključna.

"Ona je ključna za suočavanje s prošlošću, jer bez suočavanja s prošlošću mi ne možemo graditi mir i stabilnost i ne možemo graditi svoju budućnost", smatra.

Bez istine nema pravde

Komentirajući činjenicu da će informativni centar biti smješten u Vijećnici, gradonačelnik Komšić kazao je kako misli da to jest pravo mjesto i simbolički, a i stvarno najbolje mjesto gdje ta arhiva može biti smještena.

Vršilac dužnosti glavnog tužioca Tužilaštva BiH Gordana Tadić izjavila je da je otvaranje informativnog centra u Sarajevu od velikog značaja za BiH, a posebno za pravosuđe i Tužilaštvo BiH.

"Mi smo dali svoj doprinos u ovom projektu jer Tužilaštvo BiH u svom okviru ima poseban odjel za ratne zločine, koji ima veliki broj riješenih predmeta. Ali pred nama je dug posao za rješavanje preostalih neriješenih predmeta i stoga će ova arhiva, koja će biti dostupna tužiocima Tužilaštva BiH, biti od neizmjerne koristi u daljnjem radu", navodi Tadić.

Predsjednica Udruženja "Majke enklava Srebrenica i Žepa" Munira Subašić rekla je da bez istine nema ni pravde, bez pravde nema povjerenja, a bez povjerenja nema pomirenja.

"Koliko je to važno za nas majke, više je važno za našu djecu, koja ostaju iza nas, da nešto nauče iz prošlosti da bi imala bolju i sretniju budućnost", zaključila je.

Ured za besplatnu pravnu pomoć

Preuzeto sa www.klix.ba

Građani Bosne i Hercegovine će uskoro imati pravo na besplatnu pravnu pomoć u Ministarstvu pravde BiH, izjavila je za Klix.ba glasnogovornica Ministarstva pravde BiH Marina Bakić.

Prema njenim riječima, radi se na izradi provedbenih propisa i izbora adekvatnog osoblja, a radi osiguranja što kvalitetnijih uvjeta za efikasno pružanje pravne pomoći. Prema Zakonu o **pružanju besplatne pravne pomoći**, koji je nedavno usvojen u Parlamentarnoj skupštini BiH, nadležno tijelo za pružanje besplatne pravne pomoći u tijelima i institucijama BiH je Ured za pružanje besplatne pravne pomoći BiH, koji je unutrašnja organizaciona jedinica u sastavu Ministarstva pravde.

"Osim službenika ovog ministarstva, kao davaoci usluga zakonom su predviđeni i advokati koji su na listi pružaoca besplatne pravne pomoći i ovlašteni zaposlenici u udruženjima i fondacijama koje su registrirane za pružanje besplatne pravne pomoći. Način prijave, vođenje i ažuriranje liste pružatelja besplatne pravne pomoći precizno će biti uređeno i **kontrolirano odgovarajućim pravilnicima** Ministarstva", pojasnila je Bakić.

Navodi da je usvajanjem Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći BiH dobila Zakon za koji se Ministarstvo pravde BiH zalagalo nekoliko godina i koji je nekoliko puta mijenjan, ali za čije usvajanje **nije bilo neophodne podrške** parlamenta.

"Sve do stupanja na snagu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći nije postojao zakon koji regulira pitanje besplatne pravne pomoći na nivou države. Na nižim nivoima vlasti besplatna pravna pomoć se i do sada pružala, kroz niz različitih zakona, koji nisu usaglašeni i koji se bitno razlikuju, počevši **od entiteta do kantona**. Međutim, ovo pravo se nije moglo ostvariti i u državnim institucijama pravosuđa", kaže Bakić.

Ističe da je stupanjem na snagu Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći, prvi put svakom građaninu, bez obzira na imovinsko stanje, osigurano pravo na djelotvoran i jednak pristup pravdi u postupku u organima i institucijama Bosne i Hercegovine, bez obzira na to da li ostvaruju ili štite pojedinačna prava, obaveze ili interese.

Bakić napominje da pravo na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju **sve osobe bez obzira na status i imovinsko stanje.**

"Sve druge, zakonom propisane vidove besplatne pomoći, ostvaruju osobe koje primaju socijalnu pomoć - djeca u skladu s Konvencijom o pravima djeteta, osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljele osobe, osobe koje primaju penziju nižu od prosječne plate ostvarene na nivou BiH, osobe koje su nezaposlene i nemaju drugih redovnih primanja i prihoda, žrtve nasilja u porodici ili nasilja na osnovu spola, tražioci azila, osobe pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, osobe u postupku protjerivanja, apatrid i žrtve trgovine ljudima. Pravo na besplatnu pravnu pomoć posebno ostvaruju i osobe lošeg imovinskog stanja kada to utvrdi nadležni organ za pružanje besplatne pravne pomoći", pojasnila je Bakić.

Dodala je da će prvi put pravo na besplatnu pravnu pomoć imati i osobe oštećene u krivičnom postupku u slučajevima gdje se ostvaruje imovinskopravni zahtjev.

Odsjek krivične odbrane (OKO) je odsjek Sektora za krivičnu pomoć i edukaciju u krivičnim stvarima pred Sudom BiH Ministarstva pravde BiH čiji je zadatak da osigura najviše standarde odbrane tokom suđenja u predmetima ratnih zločina.

www.okobih.ba

Odsjek kaznene obrane
Odsjek krivične odbrane
Одсјек кривичне одбране

OKO Reporter o ratnim zločinima

OKO Reporter o ratnim zločinima se objavljuje nekoliko puta godišnje i namjenjen je za informisanje o suđenjima za ratne zločine u jugoistočnoj Evropi, a posebno pred Sudom Bosne i Hercegovine.

Objavljen na jezicima naroda u BiH, Reporter će biti izvor informacija o pravnim dešavanjima na domaćim suđenjima, sadržavaće i članke koji se odnose na specifične probleme koji se pojavljuju u praksi.

Hamdije Čemerlića 2/15
71000 Sarajevo

Tel: +387 33 560 260
Fax: +387 33 560 270
oko@okobih.ba
www.okobih.ba