

BILTEN SUDSKE PRAKSE

Broj 9/2019.

IZDAVAČ: SUD BOSNE I HERCEGOVINE

ZA IZDAVAČA: *Ranko Debevec, predsjednik Suda BiH*

UREĐIVAČKI ODBOR:

Dr Miloš Babić, sudija, glavni i odgovorni urednik

Vesna Trifunović, sutkinja, zamjenica glavnog i odgovornog urednika

Hilmo Vučinić, sudija

Tihomir Lukes, sudija

Dr Branko Morait, sudija

Sreto Crnjak, sudija

Zvezdana Antonović, sutkinja

Šaban Maksumić, sudija

Jadranka Brenjo, sutkinja

Minka Kreho, sutkinja

SEKRETAR UREĐIVAČKOG ODBORA

Ena Granić Čizmo

Tehnički saradnici Uređivačkog odbora:

Emira Hodžić, registrar

Jasenska Ferizović, pravna savjetnica

Elma Čorbadžić, pravna savjetnica

Una Pelak, pravna savjetnica – asistent

Lektor: *Lejla Karović*

Štampa: *Štamparija Fojnica d.o.o.*

Tiraž: 250

© Sud BiH, u Sarajevu. Sva prava su pridržana. Ovo izdanje je interna publikacija Suda Bosne i Hercegovine i elektronski je dostupna na službenoj web stranici Suda Bosne i Hercegovine: www.sudbih.gov.ba.

SADRŽAJ

I. STRUČNI RADOVI.....7

Dr Miloš Babić, Nova koncepcija krivične odgovornosti u Krivičnom zakoniku Republike Srpske.....8

Doc. dr Dragomir Vukoje i mr Ena Granić Čizmo, Primjena standarda izvan razumne sumnje u praksi Suda Bosne i Hercegovine25

Senadin Begtašević, Seksualni delikti u ratnim zločinima40

Lejla Džaferbegović, Oduzimanje predmeta u krivičnom postupku, u kontekstu člana 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda57

Vesna Trifunović, Sudska zaštita prava na privatnost u Bosni i Hercegovini66

II. SUDSKA PRAKSA77

1. KRIVIČNO PRAVO

1.1. MATERIJALNO PRAVO.....80

1.1.1. Zamjena kazne zatvora novčanom kaznom (član 42a) KZ BiH)80

1.1.2. Primjena pravila sticaja kod odmjeraivanja kazne osuđenoj osobi (član 55. KZ BiH).....81

1.1.3. Zločini protiv čovječnosti – progon (član 172. stav 1. tačka h) KZ BiH) ...82

1.1.4. Mogućnost sabiranja iznosa utajenih poreza kod produženog krivičnog djela (član 210. u vezi sa članom 54. KZ BiH).....83

1.1.5. Nemogućnost kombinacije primjene različitih krivičnih zakona85

1.2. PROCESNO PRAVO87

1.2.1. Pravo optuženog da bude saslušan u svojstvu svjedoka (član 6. stav 2. ZKP BiH u vezi sa članom 6. stav 1. EKLJP)87

1.2.2. Nastavak odgođenog glavnog pretresa pred novim članom vijeća (član 251. stav 2. ZKP BiH).....89

1.2.3. Konkretizacija odgovornosti pripadnika organizovane grupe (član 285. stav 1. tačka a) ZKP BiH).....	90
1.2.4. Primjena načela javnosti i pravičnog postupka prilikom objave presude (član 286. stav 4. ZKP BiH u vezi sa članom 6. stav 1. EKLJP)	91
1.2.5. Dopuštenost žalbe na izrečenu mjeru sigurnosti i odluku o oduzimanju imovinske koristi po prihvatanju sporazuma o priznanju krivice (član 312. u vezi člana 231. stav 6. tačka c) ZKP BiH)	92
1.2.6. Pravo žalbe na drugostepenu odluku (primjena člana 2. Protokola 7. uz EKLJP).....	94
1.2.7. Pozivanje na alibi tokom drugostepenog postupka	95
1.2.8. Obaveza utvrđivanja stepena sumnje o krivici potraživanog lica (član 34. tačka h) i član 35. stav 5. tačka d) ZMPP).....	97

2. GRADANSKO PRAVO

2.1. MATERIJALNO PRAVO.....	100
2.1.1. Odgovornost države za štetu nastalu realizacijom konačne i pravosnažne odluke nadležnog organa entiteta i distrikta.....	100
2.1.2. Odgovornost za štetu prema odredbama Zakona o zaštiti ličnih podataka.....	101
2.1.3. Odgovornost za štetu koju pretrpi učesnik u vojnoj misiji	102
2.1.4. Interni premještaj zaposlenika iz mjesta rada u drugo mjesto	103
2.1.5. Zastara prava na uplatu doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje... ..	104
2.1.6. Osnov i uslovi za ostvarivanje naknade na rad nakon isteka mandata	105
2.1.7. Ostvarivanje prava za autorska djela stvorena u radnom odnosu.....	106
2.2. PROCESNO PRAVO	109
2.2.1. Stvarna nadležnost Suda Bosne i Hercegovine	109
2.2.2. Rok za podnošenje zahtjeva za oslobađanje od troškova sudske takse	110
2.2.3. Zloupotreba procesnih prava	111
2.2.4. Presuđena stvar.....	112
2.2.5. Dopuštenost revizije	113

3. UPRAVNO PRAVO

3.1. MATERIJALNO PRAVO.....	116
3.1.1. Povrat plaćene akcize	116
3.1.2. Nejednak tretman učesnika u postupku javne nabavke	117
3.1.3. Poreski tretman sredstava subvencije	119
3.1.4. Razrez poreza na dodatu vrijednost (PDV) poreskom obvezniku nad kojim je otvoren stečajni postupak	121
3.1.5. Visina carinskog duga nastalog u unutrašnjoj obradi.....	123

4. POSTUPAK PO IZBORNIM ŽALBAMA

4.1. Ispitivanje zakonitosti odluke o nezakonitosti nenovčanih donacija političkom subjektu od strane općine.....	126
4.2. Multietnički sastav općinske izborne komisije.....	127
4.3. Prestanak mandata radi utvrđenog sukoba interesa.....	129

I. STRUČNI RADOVI

Dr Miloš Babić, sudija Suda Bosne i Hercegovine

NOVA KONCEPCIJA KRIVIČNE ODGOVORNOSTI U KRIVIČNOM ZAKONIKU REPUBLIKE SRPSKE

1. Krivična odgovornost

1.1. Pojam krivične odgovornosti. Savremeno krivično pravo je zasnovano na načelu subjektivne i individualne krivične odgovornosti za izvršeno krivično djelo. Učiniočeva skrivljenost je najautentičniji izraz legitimnosti krivičnog prava i državnog prava na kažnjavanje. Kategorija čovjekove vinovnosti je kriterijum na osnovu kojeg krivično pravo odvajava krivična djela od njegovih štetnih ponašanja učinjenih bez skrivljenosti. Stoga se ona ponekad označava kao most između djela i učinioca; kao vrata na koja učinilac ulazi u krivično pravo. U današnjem krivičnom pravu, ovo načelo se redovno izražava kroz maksimu da *nema krivičnog djela ni kazne bez skrivljenosti učinioca (nullum crimen sine culpa, nulla poena sine culpa)*. Za razliku od protivpravnosti koja podrazumijeva zabrane koje su jednake za sve, krivična odgovornost je *individualna kategorija* i ona predstavlja skup uslova pod kojima učinilac može biti proglašen odgovornim za učinjeno djelo, bez kojih mu se dato djelo ne može staviti na teret. Time se izražava stav da se krivična odgovornost kao subjektivna kategorija u svojoj osnovi temelji na individualnim sposobnostima i mogućnostima određenog učinioca, što je jedna od suštinskih odlika današnjeg krivičnog prava. To je na kraju i izraz načela pravednosti koje predstavlja osnovu ukupnog pravnog poretka. Stoga savremeno krivično pravo ne prihvata ni *kolektivnu, solidarnu ili podijeljenu odgovornost*. Odgovornost je uvijek individualna i subjektivna i kreće se u granicama učiniočeve skrivljenosti, krivice za izvršeno djelo.

Krivična odgovornost pretpostavlja postojanje protivpravnog djela, jer izvan toga krivična odgovornost ne postoji; čovjekova krivica u svojoj osnovi je vezana za protivpravno djelo, što znači da za njeno postojanje mora biti prethodno nesumnjivo utvrđeno postojanje protivpravnosti takvog djela. Tek ako je utvrđeno da određeno čovjekovo ponašanje predstavlja protivpravno djelo, pristupa se utvrđivanju njegove krivične odgovornosti kao uslova za kažnjavanje učinioca. Savremeno krivično pravo odbacuje *presumpciju vinsti* zasnovane na pretpostavci o saglašavanju učinioca sa svim posljedicama njegovog djela (princip „*versari in re illicita*“ – odgovornost za sve posljedice koje predstavljaju rezultat preduzete radnje). Već je

rečeno da je krivična odgovornost uvijek lična, subjektivna i individualna odgovornost koja se kreće u granicama učiniočeve skrivljenosti. To je opšteprihvaćeno pravilo prema kojem učinilac može krivično odgovarati i biti kažnjen samo za ono što je on skrivljeno učinio ili je propustio učiniti, a ne i za postupke ili ekscese drugih.

Krivična odgovornost je veoma kompleksna, subjektivna kategorija kod čije se ocjene mora imati u vidu ličnost učinioca, način na koji se odlučio za izvršenje krivičnog djela, njegova motivacija i unutrašnji razlozi koji stoje iza izvršenja djela. Kao takva – ona leži u suštini samog djela i bitno opredjeljuje njegov karakter, ona je osnovni razlog što jedno ljudsko ponašanje postaje kriminalnim i kažnjivim djelom. Učinilac koji ostvari sva obilježja krivičnog djela u stanju neuračunljivosti nije krivično odgovoran. Ipak, valja imati u vidu da i u ovakvim slučajevima protivpravno djelo u objektivnom smislu postoji, što znači da izuzetno – ono postoji i bez učiniočeve skrivljenosti. Ovo je od značaja za neka pitanja, npr. saučesništvo koje postoji iako učinilac nije krivično odgovoran – limitirana akcesornost, kao i izricanje mjere bezbjednosti medicinskog karaktera.

Krivična odgovornost je istovremeno i *osnov i granica za kažnjavanje*. Kazna može pogoditi učinioca samo pod uslovom da mu se može lično uputiti prijekor za učinjeno djelo. Shvaćena kao lična prekorljivost za protivpravno ponašanje, skrivljenost je neophodna pretpostavka legitimnosti kazne, ona podliježe ovom načelu i mora biti primjerena stepenu krivične odgovornosti učinioca i ne smije prijeći tu mjeru. Riječ je o *principu srazmjernosti skrivljenosti i kazne* kao jednom od osnovnih načela savremenog krivičnog prava. Prema ovom načelu, poznatom još iz rimskog prava, kazna ne smije da bude veća ili stroža od krivice učinioca („*ne maior poena quam culpa sit*“ – neka kazna ne bude veća od krivice). Skrivljenost je osnovna okolnost koja se vrednuje kao olakšavajuća ili otežavajuća u odmjeravanju kazne. Može se zapravo reći da je skrivljenost legitimacija kazne u dvojakom smislu: kao *pretpostavka kažnjavanja uopšte*, kada se o skrivljenosti govori u smislu *osnova kazne*, te kao *pretpostavka odmjeravanja kazne*, kada se skrivljenost pojavljuje kao *mjera kazne*.

1.2. Razvoj teorijskog shvatanja krivične odgovornosti. Najstarije teorije o pojmu vinosti su *psihološke teorije*. Prema ovim teorijama, vinost ili skrivljenost se određuje kao skup psihičkih odnosa učinioca prema svom djelu i ona se sastoji od *uračunljivosti i psihičkog odnosa* učinioca prema djelu koji čini *umišljaj i nehat*. U suštini, skrivljenost se svodi na psihički odnos učinioca prema svom djelu koji

uključuje svijest i volju u odnosu na izvršeno krivično djelo. To znači da za njeno postojanje *nije potrebna svijest o nedopuštenosti ili zabranjenosti djela*. Dovoljno je da je učinilac uračunljiv, da je svjestan svog djela kao realnog događaja, nezavisno od njegovog društvenog i pravnog vrednovanja i ocjenjivanja. Osnovni prigovor koji se ovim teorijama upućuje, sastoji se u tome da je pojam skrivljenosti teško svoditi na goli psihički odnos prema učinjenom djelu, bez uključivanja bilo kakvih normativnih sadržaja. Time se pojam skrivljenosti ili vinosti ograničava na umišljaj i svjesni nehat, a isključuje nesvjesni nehat kod koga *ne postoji bilo kakav psihički odnos* učinioca prema djelu. Pored toga, ove teorije polaze od pretpostavke da ljudi poznaju sve zakone i na taj način podržavaju stare maksime “*ignorantia iuris non excusat*” i “*error iuris nocet*”. Rezultat takvog shvatanja vinosti je neuvažavanje *izvinjavajućeg-ekskulpirajućeg* dejstva pravne zablude, tj. da nepostojanje predstave o zabranjenosti krivičnog djela, koje može biti i iz posve opravdanih razloga, ne isključuje krivičnu odgovornost učinioca. Moglo bi se zapravo reći da ove teorije polaze od pretpostavke da je učinilac koji je svjestan faktičkog i društvenog značaja svog djela, samim tim svjestan i njegove protivpravnosti, pa je zato i nepotrebno posebno zahtijevanje postojanja svijesti o zabranjenosti djela. Ovakvo shvatanje vinosti (koje je bilo vladajuće u našem zakonodavstvu, teoriji i praksi) moglo je biti opravdano u starijim i pravno manje složenim sistemima i društvima, ali je posve prevaziđeno u današnjim uslovima savremenog života u kojem je prisutno nekontrolisano širenje krivičnopravnih normi, naročito kroz sporedno krivično zakonodavstvo, odnosno kroz blanketne modele krivičnih djela. Pri takvom stanju teško je očekivati da ljudi (čak i sa pravnim obrazovanjem) u svakom slučaju pravilno pravno vrednuju svoje ponašanje. Prihvatanje takvog shvatanja imalo bi za posljedicu uspostavljanje odgovornosti i kažnjivosti i onda kada učinilac uistinu *nije znao niti je mogao da zna* da je ono što je preduzeo – *pravno nedopušteno*, odnosno da se kažnjava i onaj koji je radio u uvjerenju da njegovo ponašanje nije zabranjeno. To bi značilo da je za kažnjavanje dovoljno samo ostvarenje protivpravnog djela, što bi predstavljalo reafirmaciju objektivne odgovornosti i istovremeno delegitimisanje krivičnog prava zasnovanog na skrivljenosti učinioca kao najautentičnijem osnovu državnog prava na kažnjavanje.

Na bazi navedene kritike psiholoških teorija, na početku 20. vijeka u Njemačkoj su se pojavile *normativne teorije vinosti* (Frank, Goldschmidt). Prema ovim teorijama vinost se svodi na društveno-etički prijekor koji se učiniocu upućuje za izvršeno krivično djelo. Nastale su na bazi učenja o krajnjoj nuždi, odnosno nekim njenim slučajevima u kojima se nije moglo prihvatiti ili opravdati isključenje postojanja krivičnog djela ili njegove protivpravnosti, ali ni proglašavanje krivim

učinioca na strani kojeg u konkretnoj situaciji nije postojala mogućnost za drugačije postupanje, zbog postojanja određenih okolnosti koje su izvršile uticaj na njegovo ponašanje. Na osnovu ovog učenja, u njemačkom krivičnom pravu je nastala i druga vrsta krajnje nužde, tzv. izvinjavajuća krajnja nužda, kada protivpravnost učinjenog djela istina ostaje, ali postoje takvi izvinjavajući razlozi (*Entschuldigungsgrunde*) koji nevrjednost djela u toj mjeri smanjuju, da prekor učinioca više nije opravdan. Time je mogućnost zahtijevanja drugačijeg ponašanja učinioca i nepostojanje izvinjavajućih razloga postalo normativno obilježje vinosti ili krivice učinioca. Dakle, prema ovim teorijama – vinst učinioca se ne svodi na psihički odnos, već na vrijednosni sud o izvršenom djelu učinioca, vrijednosno-logičku ocjenu datu od nepristrasnog ocjenjivača, koja je čisto normativnog karaktera. To znači da ovo shvatanje psihički odnos kao sadržaj vinosti prenosi u kategoriju protivpravnosti i na taj način krivicu učinioca svodi na vrijednosni sud o tome da je dato ponašanje učinioca prekorljivo.

Značaj normativnih teorija sastoji se posebno u tome što su u pojam vinosti unijele normativni element koji se sastoji u svijesti o nedopuštenosti, protivpravnosti djela. Međutim, one nisu prihvatljive, jer se pojam vinosti u krivičnompravnom smislu ne može pravilno odrediti ukoliko se u njegov sadržaj ne uključe i subjektivni, psihološki sadržaji. Na toj osnovi nastale su umjerene *mješovite, psihološko-normativne teorije* koje polaze od stava da vinst ima svoj unutrašnji supstrat koji čini uračunljivost i psihički odnos učinioca prema djelu koji čini umišljaj ili nehat. Prijekor učinioca za učinjeno djelo mora se zasnivati na psihološkim elementima kao što je njegova uračunljivost, svijest ili mogućnost svijesti o djelu, njegovoj društvenoj nevrjednosti i nedopuštenosti. To znači da se skrivljenost ne može valjano razumjeti ako se u njenu strukturu ne uključe i psihološki sadržaji koji postoje kod učinioca u odnosu na djelo koje je učinio. To je osnov za pripisivanje takvog djela učiniocu, za njegovo proglašavanje krivim, za upućivanje prijekora za njegovo ponašanje. Na taj način skrivljenost obuhvata kako psihološke tako i normativne elemente u njihovoj međusobnoj povezanosti; ona pretpostavlja kombinaciju svijesti o djelu kao faktičkom, realnom događaju u spoljnjem svijetu i svijesti o njegovoj nedopuštenosti, protivpravnosti. Stoga ona nije samo normativni, nevrjednosni sud o učiniocu i njegovom odnosu prema učinjenom djelu (normativne teorije), niti samo čisti psihički odnos učinioca prema djelu (psihološke teorije), već je ona jedna mješavina psihološko-normativnih sadržaja, jedna kompleksna kategorija koja u svoju strukturu uključuje i jednu i drugu komponentu. Ovakvo shvatanje pojma skrivljenosti najviše zadovoljavaju jer najpotpunije određuju ovaj pojam, s obzirom da obuhvata sve ono što je potrebno za krivičnu odgovornost, za

upućivanje prijekora za učinjeno djelo. To je prvenstveno učiniočeva *uračunljivost*, odnosno njegova mogućnost i sposobnost za smisleno ponašanje, zatim *umišljaj* ili *nehat* koji se ispoljavaju u određenom psihičkom odnosu prema konkretnom krivičnom djelu, te, najzad, *svijest*, odnosno *mogućnost postojanja svijesti o nedopuštenosti* i društvenoj nevrijednosti svog djela, tj. *svijest o protivpravosti*. Iz toga proizilazi da *vinost* ili skrivljenost postoje na strani onog učinioca koji je u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio uračunljiv, tj. koji je posjedovao mogućnost za *rasuđivanje ili odlučivanje*, koji je *umišljajno* ili *nehatno* postupao u odnosu na krivično djelo i njegovo izvršenje, pri čemu je bio *svjestan* ili je bio *dužan* i *mogao biti svjestan nedopuštenosti* (protivpravosti) takvog djela. Najkraće, skrivljenost uključuje uračunljivost, umišljaj i nehat, te svijest ili mogućnost postojanja svijesti o zabranjenosti, nedopuštenosti djela.

Krivična odgovornost je isto tako nužno vezana za svoju psihološku dimenziju, za njene dvije komponente: intelektualnu i voljnu – kroz koje se izražava odnos učinioca prema učinjenom djelu: da li je djelo htio, pristao na njega (kada postoji umišljaj) ili je bio samo nehatan, nepažljiv. Subjektivni sadržaji krivične odgovornosti su veoma značajni i za njeno *stepenovanje*, tj. da li se pojavljuje u težem – umišljajnom ili lakšem – nehatnom obliku, ali i za težinu djela u cjelini. Dvije navedene komponente: učiniočeva svijest i predstava o značaju svog ponašanja i njegov psihički odnos prema takvom ponašanju, kao suštinske odrednice njegove krivične odgovornosti, istovremeno predstavljaju i osnov za prijekor koji se upućuje učiniocu za učinjeno djelo.

1.3. Sadržaj krivične odgovornosti. Odredbom člana 28. stava 1. određen je sadržaj krivične odgovornosti, osnovni elementi koji je čine. Svi ti elementi u svojoj cjelini čine pojam krivične odgovornosti i ukoliko bilo koji od njih nedostaje, učinilac nije krivično odgovoran, nije kriv za učinjeno djelo. Prema toj odredbi to su sljedeći elementi: *uračunljivost, umišljaj ili nehat i svijest ili dužnost postojanja svijesti o zabranjenosti djela*. Pri utvrđivanju krivične odgovornosti polazi se od pretpostavke da je svaki učinilac uračunljiv, tj. da na njegovoj strani postoji sposobnost za odgovornost (utvrđuje se samo izuzetno ukoliko se pojavi sumnja u njeno postojanje). Umišljaj i nehat se moraju utvrđivati, jer su oni istovremeno i elementi subjektivne strane krivičnog djela, s tim da se nehat utvrđuje samo ako je kažnjivost datog djela propisana i za njegovo nehatno izvršenje (st. 2). Svijest o protivpravosti djela sada predstavlja autonomni elemenat krivične odgovornosti i stoga se i ona mora utvrditi. Za njeno postojanje dovoljno je da postoji bar *potencijalna svijest* o zabranjenosti djela, a to je svijest koju učinilac nije imao, ali

je bio dužan i mogao je imati. Uključivanjem ovog elementa u pojam krivične odgovornosti naše krivično zakonodavstvo je značajno unaprijeđeno, jer je ovim načelo subjektivne odgovornosti znatno osnaženo i afirmisano. Ovo je upotpunjeno i odredbom o pravnoj zabludi u kojoj stoji da nema krivične odgovornosti ako učinilac iz opravdanih razloga nije znao da je djelo zabranjeno, *niti je bio dužan i mogao biti svjestan da je njegovo djelo zabranjeno* (čl. 36. st. 1.). Sasvim je logično ako neko iz *opravdanih razloga* nije nešto znao, da ne može biti kriv, odgovoran za učinjeno, što je i ranije stajalo kod pravne zablude, ali je učinilac ipak proglašavan krivim. Danas su rijetka krivična zakonodavstva koja krivičnu odgovornost uređuju u smislu psiholoških teorija o vinosti. U našem okruženju svi su prihvatili psihološko-normativne teorije i ovaj element unijeli u pojam krivične odgovornosti, te prihvatili model pravne zablude koja, kada je neotklonjiva, isključuje krivičnu odgovornost, a u KZ Srbije čak i krivično djelo.

Kada je u pitanju svijest o protivpravnosti djela, u najvećem broju slučajeva svijest o društvenom značaju djela, uključuje i svijest o društvenoj negativnosti, nedopuštenosti i zabranjenosti takvog ponašanja. Ako učinilac zna šta radi, ako je svjestan stvarnog značaja djela koje čini, svih stvarnih okolnosti koje predstavljaju obilježja bića određenog krivičnog djela, on je samim tim svjestan i nedopuštenosti, zabranjenosti takvog djela. Ako učinilac npr. nasilno oduzima tuđu pokretnu stvar ili falsifikuje diplomu radi zaposlenja, svijest o značaju takvih djela obuhvata i svijest o njihovoj zabranjenosti. Stoga ovakva djela i nisu razlog za posebno zahtijevanje ovog elementa za krivičnu odgovornost, odnosno zahtijevanje dodatne svijesti o protivpravnosti djela; ona kod ovih djela postoji i bez ovog elementa. Međutim, kako sva djela nisu takva, svijest o djelu kao stvarnom događaju ne obuhvata uvijek i svijest o njegovoj zabranjenosti, pa je stoga za postojanje krivične odgovornosti potrebno isticati i taj elemenat bez koga nema učiniočeve odgovornosti u takvim slučajevima.

1.4. Objektivna odgovornost. U angloameričkom pravnom sistemu i danas je izuzetno prihvaćena objektivna odgovornost i stoga se krivična odgovornost ne mora uvijek zasnivati na skrivljenosti učinioca, jer postoje i krivična djela za koja važi princip objektivne odgovornosti – *strict liability*. Mjerila za korišćenje ovog vida odgovornosti nisu precizno i jasno određena, ali se u praksi ovaj institut koristi, uglavnom kod lakših krivičnih djela kod kojih je dovoljno dokazati da postoji, odnosno da je preduzeta radnja kao materijalni elemenat (*actus reus*), ali ne i subjektivni elemenat odnosno skrivljenost učinioca (*mens rea*). Dakle, suština odgovornosti u anglosaksonskom krivičnom pravu je da se *mens rea*, odnosno

odgovornost kod ovakvih krivičnih djela pretpostavlja. U tamošnjoj literaturi se ponekad ističe da je ovaj vid odgovornosti uveden samo za neke slučajeve, gdje to ima određenog kriminalnopolitičkog opravdanja i svodi se prvenstveno na prevazilaženje teškoća u dokazivanju. Neki autori su mišljenja da je jedini pravi argument u prilog objektivne odgovornosti za neka krivična djela u anglosaksonskom pravu uglavnom utilitaristički pristup, te javni interes i izbjegavanje „kompromitovanja efikasnosti krivičnopravne represije” u lakšim slučajevima. U tom smislu se u literaturi navode slučajevi puštanja u promet proizvoda štetnih za zdravlje, pri čemu se polazi od stava da je za krivičnu odgovornost dovoljno dokazati da je takav proizvod pušten u prodaju, a da je irelevantno to što optuženi nije bio toga svjestan; ili npr. krivično djelo zagađivanja životne sredine kod kojeg je dovoljno dokazati da je radnjom optuženog došlo do zagađivanja vode, a činjenica da on to nije znao, odnosno da je pogrešno smatrao da sistem filtriranja efikasno funkcioniše, ne oslobađa ga krivične odgovornosti i optužbe.

1.5. Terminološka izmjena. U novom KZ pojam „krivice“ (uveden Novelom KZ iz 2010. g.) zamijenjen je ranijim pojmom krivične odgovornosti. Navedenom terminološkom izmjenom iz 2010. godine princip subjektivne odgovornosti nije posebno unaprijeđen. Iako smo izmjenama koncepcije krivične odgovornosti u postojećem Krivičnom zakoniku prihvatili psihološko-normativnu koncepciju vinosti, postojanje kategorija krivične odgovornosti za naše krivično zakonodavstvo i praksu i dalje ima smisla i opravdanja iz više razloga.

Prvo, kategorija krivične odgovornosti kod nas ima dugu tradiciju i naša sudska praksa nije imala problema u njenom tumačenju i primjeni. Ona je poznata i u drugim krivičnim zakonodavstvima, a poznaje je i Rimski statut (čl. 30). Pored toga, nema jakih argumenata ni za stav da su krivična odgovornost i krivica posve identične krivičnopravne kategorije, imajući u vidu da je krivična odgovornost širi pojam. Neki autori ističu da ona podrazumijeva sve uslove potrebne da bi učinilac mogao biti oglašen krivim za određeno djelo. U tom smislu ona je posebno opravdana kada su u pitanju neki novi oblici odgovornosti, kao što je *komandna odgovornost, odgovornost pravnih lica kao specifičnih subjekata u krivičnom pravu*, te najzad kada su u pitanju neki novi oblici *savremenog, posebno organizovanog kriminala*. Pojam krivice, ne samo što je teško primjenljiv kod nekih oblika komandne odgovornosti, već gotovo da ne postoji. Isto tako, kada su u pitanju pravna lica, ovaj pojam je posve neprimjeren, jer je u pitanju *subjektivna kategorija koja po prirodi stvari ne može postojati kod kolektivnih tijela*. To je razlog što se u našem

krivičnom zakonodavstvu u mnogim odredbama u poglavlju o krivičnoj odgovornosti ovih lica, čak i ne navodi termin „krivična“ već samo odgovornost. To samo po sebi govori da i sam zakonodavac uz određene rezerve i ovaj pojam koristi kod ovih lica, a da ne govorimo o pojmu krivice.

Pored navedenog, tu su i neka pitanja vezana za organizovani kriminal, kao što je npr. *prošireno oduzimanje imovinske koristi*, kao i mnoga *ekološka i medijska krivična djela* za koja je kategorija krivične odgovornosti mnogo prihvatljivija i sa njom se ovi slučajevi lakše krivičnopravno „pokrivaju“ nego sa pojmom krivice. Uz to, valja imati u vidu da se krivica često svodi samo na psihički odnos prema djelu, tj. *na umišljaj i nehat*, dok krivična odgovornost obuhvata i *uračunljivost* kao pretpostavku za kažnjavanje učinioca za izvršeno djelo. Ne smije se gubiti iz vida da je uračunljivost neizostavna pretpostavka krivice, ali krivica nije nužna posljedica uračunljivosti; dakle, nema krivice bez uračunljivosti, ali svaki uračunljiv učinilac ne mora biti istovremeno i vin ili kriv. Pojam krivice je posebno problematičan kod *nesvjesnog nehata* kao njegovog najlakšeg oblika, jer tu nema nikakve psihičke veze između djela i učinioca. Stoga je za takve slučajeve mnogo prikladniji pojam krivične odgovornosti, jer iako nije bilo psihičke veze između djela i učinioca (pa, dakle, ni krivice u strogom krivičnopravnom smislu), na njegovoj strani je postojala dužnost i mogućnost postojanja svijesti o djelu, što je dovoljan osnov za krivičnu odgovornost. Najzad, valja imati u vidu da je pojam krivična odgovornost *imanentno krivičnopravna kategorija*, dok se to ne može reći za krivicu koju veoma često koristimo i u drugim životnim kontekstima u kojima se ne radi o krivičnom pravu. To znači da je krivična odgovornost u većoj mjeri krivična kategorija od pojma krivice. Pored toga, pojam krivice u krivičnom pravu se upotrebljavao dvojako, kao oblik odgovornosti, ali i kao oznaka za krivično djelo, što se ponekad čini i danas, posebno u praksi.

Navedeno predstavlja dovoljnu argumentaciju koja opravdava vraćanje ranije kategorije krivične odgovornosti koja ima dugu tradiciju u našem krivičnom pravu i praksi.

2. Pravna zabluda

2.1. Pojam i vrste zabluda. Zabluda u krivičnom pravu predstavlja nepostojanje svijesti ili postojanje pogrešne svijesti o pravno relevantnim okolnostima krivičnog djela. Nerijetko se dešava da lice koje je primilo lažnu

novčanicu nije bilo svjesno da je lažna i sa njom je platilo ili pokušalo platiti određenu uslugu ili stvari; ili da je mučenje životinja predviđeno kao krivično djelo, itd. U prvom slučaju – on ima pogrešnu predstavu o svom djelu kao stvarnom događaju, a u drugom – on o tome ima pravilnu predstavu, ali pogrešno ocjenjuje njegovu pravnu dopuštenost. Nezavisno od oblika u kojem se zabluda javlja, riječ je o manjkavosti, nedostatku u subjektivnoj dimenziji krivičnog djela, odnosno u subjektivnom odnosu učinioaca prema njegovom djelu. To krivično pravo mora da uvažava kod ocjene učiniočeve odgovornosti, jer se u suprotnom ne bi radilo o subjektivnoj, već o objektivnoj odgovornosti. O kakvoj će se zabludi raditi, zavisi od toga na koje se okolnosti ona odnosi. U starijem krivičnom pravu razlikovale su se dvije osnovne vrste zabluda: zabluda o činjenicama (*error facti*) i zabluda o pravu (*error iuris*). Prva je isključivala krivičnu odgovornost, dok druga gotovo da nije imala nikakvo krivičnopravno dejstvo, jer se zasnivala na krutoj maksimi „*ignorantia iuris nocet*“. Ovakva podjela u savremenom krivičnom pravu nije posve prihvaćena, jer za krivičnopravno dejstvo jedne zablude nije bitno da li se ona odnosi na faktičke okolnosti ili na pravo, već od pozicije i karaktera okolnosti na koje se zabluda odnosi. Tako, zabluda o normativnim obilježjima krivičnog djela, iako po svom karakteru pravna zabluda, u krivičnom pravnom smislu ima značaj stvarne zablude, jer se odnosi na obilježja normativne prirode koja predstavljaju konstitutivne elemente bića krivičnog djela i samim tim moraju biti obuhvaćena učiniočevim umišljajem.

Ako imamo u vidu same nazive ili odredbe u kojima su sadržane, naše krivično zakonodavstvo poznaje samo dvije vrste zabluda: stvarnu i pravnu zabludu. Međutim, ako ove zablude dovedemo u relaciju sa strukturom krivičnog djela, odnosno okolnostima na koje se ona može odnositi, onda možemo razlikovati tri vrste ili tipa zabluda. Prvo, učinilac može imati pogrešnu predstavu o samoj radnji kao najznačajnijem elementu krivičnog djela, kao i svim drugim elementima koji ulaze u objektivnu stranu bića krivičnog djela, kao što su posljedica, način, vrijeme i mjesto izvršenja, objekat radnje, normativna obilježja, itd. To je zabluda o obilježjima zakonskog bića krivičnog djela ili kraće *zabluda o biću krivičnog djela*. Drugo, učinilac može imati pravilnu predstavu o samom djelu koje čini, ali može pogrešno smatrati da postoje okolnosti koje bi, ako bi stvarno postojale, isključivale protivpravnost takvog djela. To bi bila druga vrsta stvarne zablude – *zabluda o okolnostima isključenja protivpravnosti*. Ove dvije vrste stvarne zablude jasno su istaknute u zakonskim definicijama svih krivičnih zakona u BiH. Konačno, može se raditi o učinioocu kome nedostaje svijest o zabranjenosti krivičnog djela. Tada je riječ

o trećoj vrsti zablude, a to je zabluda o protivpravosti, koja se kod nas tradicionalno naziva *pravnom zabludom*.

2.2. *Pravna zabluda*. Pravna zabluda (*error iuris*) predstavlja pogrešnu predstavu o zabranjenosti krivičnog djela, njegovoj protivpravosti. U pravnoj zabludi učinilac pogrešno drži da ono što čini nije pravno zabranjeno, on je u zabludi u pogledu zabrane koju je u datom slučaju morao da poštuje. Za razliku od stvarne zablude kod koje učinilac nije svjestan onoga što čini, ovdje je on toga svjestan, ali ne zna da je to što čini nedopušteno, tj. predviđeno kao krivično djelo. Tako npr. učinilac nije svjestan da je pomaganje drugom u samoubistvu zabranjeno i predviđeno kao krivično djelo (čl. 129.); da je isto tako krivično djelo mučenje životinja, njihovo izlaganje velikim patnjama (čl. 390.); da prisvajanje nađenog novca predstavlja krivično djelo utaje (čl. 229.); da vanbračni život sa licem mlađim od 16 godina također predstavlja krivično djelo (čl. 184.); pogrešno misli da je svako njegovo djelo dozvoljeno ukoliko ga čini po službenom naređenju, itd. U navedenim primjerima su sadržane dvije osnovne vrste pravne zablude koje se u literaturi uobičajeno označavaju kao direktna i indirektna pravna zabluda. Prva četiri slučaja predstavljaju direktnu, a posljednji koji se odnosi na službeno naređenje, indirektnu pravnu zabludu.

Direktna pravna zabluda postoji kada učinilac nije svjestan da je djelo koje čini predviđeno kao krivično djelo. Kod stvarne zablude pogrešna predstava se sastoji u neznanju stvarnog događaja ili činjenica na kojima se zasniva određeni osnov koji isključuje protivpravost, dok je kod pravne zablude u pitanju pogrešna pravna ocjena djela, njegovo pravno vrednovanje, *pogrešna ocjena o zabranjenosti*, pravnoj dopuštenosti djela. Dakle, u osnovi pravne zablude nije pogrešna predstava o činjenicama, već o zabranjenosti učiniočevog ponašanja, što je najznačajniji osnov za razlikovanje ove dvije vrste zabluda. Kod stvarne zablude učinilac nije svjestan svog ponašanja, ne zna šta radi, jer da zna šta zaista radi ne bi to radio, a kod pravne zablude on zna šta radi, ali nije svjestan da to što radi ne smije raditi, ne zna da je to zabranjeno. Tako npr. ako lice uzme tuđu stvar misleći da je njegova, radi se o već navedenoj stvarnoj zabludi o biću krivičnog djela, ali ako oduzme stvar od svog dužnika misleći da kao vjerovnik ima na to pravo, riječ je o pravnoj zabludi; ili ako učinilac djela rodoskrvnenja nije svjestan, u opisu djela navedenog srodničkog odnosa, radi se o stvarnoj zabludi, a ako takva svijest postoji, ali on smatra da to nije zabranjeno krivičnim pravom, radi se o pravnoj zabludi. U svakom slučaju kod učinioca krivičnog djela u pravnoj zabludi nedostaje *svijest o zabranjenosti, nedopuštenosti djela*, pri čemu je moguće da on nije svjestan norme koja se odnosi

na dato djelo ili je pogrešno razumije i smatra da se ona ne odnosi na djelo koje čini. Takav bi slučaj mogao biti kada neko lice skine službeni pečat ili znak sa prostorije, a koji je ovlašteno službeno lice stavilo radi osiguranja predmeta ili prostorije, ne znajući da je to službeni pečat ili znak koji je ovlašteno lice postavilo radi osiguranja predmeta ili prostorija (čl. 311.). Ovdje bi spadala i zabluda kod blanketnih krivičnih djela, kada učinilac nije svjestan nekog vankrivičnog propisa koji dopunjuje biće nekog krivičnog djela (npr. učinilac koji za vrijeme epidemije kakve zarazne bolesti kod životinja koja se može prenijeti na ljude (čl. 195. st. 2.) kolje ili prodaje stoku, ne znajući da je to zabranjeno nekim propisom i odlukom nadležnog organa.

Kod *indirektne pravne zablude* učinilac je svjestan da je djelo koje čini zabranjeno, ali on pogrešno smatra da postoji određeni osnov koji isključuje njegovu protivpravost, a koji zakon ne poznaje ili ga učinilac pogrešno razumije. Ovdje učinilac uzima nešto kao osnov isključenja protivpravosti što nema takav značaj, što pravo ne priznaje kao takvo. To može biti i onda kada on pogrešno cijeni i shvata granice ili domašaj inače pravno priznatog osnova isključenja protivpravosti. Prema tome, ovdje je učinilac *svjestan zabranjenosti djela*, ali on pogrešno procjenjuje postojanje uslova za primjenu nekog od osnova isključenja protivpravosti tog djela. Tako npr. kada, u već navedenom primjeru, službeno lice pogrešno drži da je svako njegovo djelo dozvoljeno ukoliko ga čini po službenom naređenju ili kada učinilac pogrešno misli da eutanazija njegovo djelo čini dopuštenim ili u istom smislu ocjenjuje pristanak oštećenog ili neopravdano proširuje njegovo dejstvo.

Za postojanje pravne zablude nije potrebno da učinilac smatra da je djelo dozvoljeno, dovoljno je odsustvo svijesti o zabranjenosti djela koje čini. Svijest o zabranjenosti djela ne zahtijeva da je učinilac svjestan da je ono što čini predviđeno kao krivično djelo, da poznaje krivičnopravnu normu u kojoj je to inkriminisano, jer je dovoljna opšta svijest da je to što radi pravno zabranjeno. Pri tome valja imati u vidu da u najvećem broju slučajeva svijest o društvenom značaju djela ukazuje na to da je učinilac bio svjestan i njegove nedopuštenosti ili zabranjenosti, tj. da takva svijest istovremeno sadrži i svijest o zabranjenosti onoga što čini. Ako učinilac zna šta radi, ako je svjestan stvarnog značaja djela koje čini, svih stvarnih okolnosti koje predstavljaju obilježja bića određenog krivičnog djela, on je samim tim svjestan i društvene negativnosti, zabranjenosti takvog djela. Ako učinilac npr. nasilno oduzima tuđu pokretnu stvar ili falsifikuje diplomu radi zaposlenja, svijest o značaju takvih djela obuhvata i svijest o njihovoj zabranjenosti. Ovakva djela zapravo i nisu razlog za posebno zahtijevanje postojanja svijesti o zabranjenosti krivičnog djela.

Međutim, kako sva krivična djela nisu takva, ostaje potreba da se kod njih za postojanje krivične odgovornosti utvrđuje navedena svijest. Pravne zablude neće biti ni u onim slučajevima u kojima na strani učinioca postoji sumnja u zabranjenost djela („možda jeste, a možda i nije zabranjeno“), ali ga on bez obzira na to čini.

U teoriji se naglašava da je razlikovanje direktne i indirektno pravne zablude dosta fluidno i da je njihovo razgraničenje često prilično složeno i upitno. To je osnovni razlog što krivični zakoni ovu podjelu pravne zablude i ne predviđaju, već samo ističu zahtjev za utvrđivanje njene opravdanosti, odnosno utvrđivanje opravdanih razloga zbog kojih učinilac nije znao, odnosno nije bio dužan ili nije mogao da zna da je njegovo djelo zabranjeno. Iako se u oba slučaja radi o pravnim zabludama koje karakteriše odsustvo svijesti o zabranjenosti djela, ipak među njima postoje razlike, pa stoga u ocjeni opravdanosti ovog vida pravne zablude, sudovi trebaju imati mnogo restriktivniji pristup. To je opravdano radi toga što se u ovom slučaju radi o učiniocu kod koga ipak postoji svijest o zabranjenosti krivičnog djela i njegova pogrešna predstava odnosi se na vanzakonske osnove isključenja zabranjenosti djela, čime se on na neki način stavlja u poziciju presudioca da li je njemu dozvoljeno nešto što je inače zabranjeno. U ovakvim situacijama, a u zavisnosti od konkretnog slučaja, povećani su zahtjevi za traženjem obavještenja i stručnih mišljenja, kako bi učinilac stekao pravilnu predstavu o pravom stanju stvari (npr. od stručnih, upravnih, carinsko-izvoznih službi i sl.). Ako učinilac nije koristio takve mogućnosti, a za to je bilo razloga, onda je takva zabluda neopravdana. Ova zabluda, ipak, može biti neotklonjiva ako učinilac iz opravdanih razloga nije znao da osnov na koji se pozivao nije predviđen ili da je imao opravdane razloge da vjeruje da se radi o valjanom razlogu na osnovu kojeg je smatrao da je njegovo djelo dopušteno. To bi moglo biti npr. u slučaju kada lice koje se bavi nedozvoljenom trgovinom određenom robom smatra da je njegova djelatnost legalizovana, jer je poreska uprava donijela odluku o oporezivanju prometa takve robe.

Najzad, potrebno je ukazati i na razliku između indirektno pravne zablude i stvarne zablude o okolnostima koje isključuju protivpravnost. Kod stvarne zablude o okolnostima koje isključuju protivpravnost, učinilac pogrešno smatra da postoji neka stvarna okolnost, zbog koje bi kada bi ona stvarno postojala, protivpravnost djela bila isključena (misli da postoji napad u smislu nužne odbrane koga u stvari nije bilo ili opasnost kod krajnje nužde koje stvarno nije bilo). Kod pravne zablude u pogledu osnova koji isključuju protivpravnost, učinilac je svjestan stvarnih okolnosti, ali on ima pogrešnu predstavu o pravnom značaju tih okolnosti; učinilac ovdje pogrešno drži da nešto predstavlja osnov isključenja protivpravnosti, a što

zakon ne poznaje ili u toj mjeri ne priznaje ili pogrešno razumije neki priznati osnov, odnosno uslove za njegovu primjenu (npr. pogrešno misli da naređenje u svakom slučaju njegovo djelo čini dopuštenim ili misli da ima pravo na nužnu odbranu i kada je protivpravni napad prestao).

U starijoj teoriji i zakonodavstvu, pravnoj zabludi nije pridavan poseban značaj, jer se polazilo od dosta krutog načela *ignorantia iuris nocet*, tj. da nepoznavanje zakona škodi, odnosno trpi ga onaj ko ga ne poznaje; ili nepoznavanje zakona nikoga ne izvinjava (*ignorantia legis non excusat*). Ovakvo shvatanje se zasniva na psihološkim teorijama vinosti i ono u savremenom krivičnom pravu nailazi na žestoku kritiku. Zbog toga se i sama maksima *ignorantia iuris nocet* gotovo u potpunosti napušta u današnjem krivičnom zakonodavstvu i sve više prihvata pravilo *ignorantia iuris prodest*, tj. da nepoznavanje prava koristi, što znači da se pravna zabluda iz opravdanih razloga tretira kao osnov isključenja krivične odgovornosti. U korist ovog shvatanja navode se i određeni argumenti, od kojih je osnovni *pravednost i humanost*, jer nije pravedno i humano da se kažnjava onaj ko iz *opravdanih razloga* nije znao da čini nešto što nije dopušteno. Pri tome se posebno naglašava da danas imamo hipertrofiju krivičnopravnih normi s različitim zabranama, koje teško da mogu poznavati i pravnici, a pogotovo se to ne može očekivati od običnih građana. Dakle, shvatanje da pravna zabluda i kada je opravdana (neotklonjiva) ne isključuje krivičnu odgovornost, u gotovo svim evropskim krivičnim zakonodavstvima je napušteno kao prevaziđeno rješenje, jer je u suprotnosti sa načelom subjektivne odgovornosti za čije postojanje se, pored uračunljivosti, umišljaja i/ili nehata, zahtijeva i *svijest o protivpravnosti*. I svi krivični zakoni s jugoslovenskih prostora su napustili psihološku teoriju vinosti i prihvatili novu koncepciju pravne zablude prema kojoj je isključena odgovornost učinioca ukoliko se nalazio u pravnoj zabludi iz opravdanih razloga, odnosno neotklonjivoj pravnoj zabludi (psihološko-normativna koncepcija vinosti).

2.3. *Stepenovanje opravdanosti pravne zablude*: opravdana-neopravdana; neotklonjiva-otklonjiva. Novi KZRS je prihvatio mješovitu ili psihološko-normativnu koncepciju u uređenju ustanove pravne zablude koja je vladajuća u današnjem krivičnom pravu i zakonodavstvu. Prema odredbi člana 36. stava 1. nije krivično odgovoran učinilac krivičnog djela koji u vrijeme njegovog izvršenja iz opravdanih razloga nije znao da je njegovo djelo zabranjeno. Međutim, zakon pri tome ne daje nikakve kriterijume utvrđivanja kada je ova zabluda opravdana ili neotklonjiva. I većina drugih zakonodavstava u kojima se pravna zabluda iz opravdanih razloga tretira kao osnov isključenja krivične odgovornosti, postupa na

sličan način i ne precizira osnove utvrđivanja opravdanosti ove zablude. Neki krivični zakoni to ipak čine i određuju neke bliže kriterijume na osnovu kojih se utvrđuje kada je pravna zabluda otklonjiva ili neopravdana. Tako npr. Krivični zakonik Austrije u § 9. određuje da zabluda može da se pripíše učiniocu kada je on, i svako drugi, mogao lako da spozna nepravo djela ili kada se nije upoznao sa određenim propisima, iako je na to bio obavezan prema njegovom zanimanju ili na osnovu drugih okolnosti. Potpuno istu odredbu je preuzeo i KZ Hrvatske.

Ni u krivičnopravnoj teoriji ne postoji razrađeni i opšteusvojeni pristup u određivanju kriterijuma na osnovu kojih bi se utvrđivalo kada je pravna zabluda opravdana ili neotklonjiva. Pri tome se uglavnom naglašavaju neki opšti zahtjevi koji su više metodološkog karaktera nego što predstavljaju pouzdane osnove za navedenu ocjenu. Isto tako, ni sudska praksa u onim zemljama koje duže vrijeme primjenjuju ustanovu pravne zablude, nije utvrdila neke sigurnije kriterijume za ocjenu opravdanosti pravne zablude. Ono što je u tom pogledu sigurno je to da sudska praksa u svim zemljama generalno ima restriktivan pristup u priznavanju i primjeni instituta pravne zablude.

a) *Neotklonjiva ili opravdana pravna zabluda.* U ocjenjivanju opravdanosti pravne zablude osnovni kriterijum predstavlja odnos učinioca prema dužnosti poznavanja zabranjenosti njegovog djela. Pravna zabluda je opravdana onda kada učinilac nije povrijedio *prosječnu mjeru dužne pažnje*, kao ni *subjektivnu dužnu pažnju*, odnosno kada mu se ne može predbaciti *nemaran odnos prema zabranama pravnog poretka* koje se odnose na poštovanje pravnih dobara. Radi se, dakle, o takvoj zabludi koja je po svom karakteru neotklonjiva, jer je učinilac, kao ni bilo koji drugi razuman čovjek, nije *mogao izbjeći*. Obrnuto, zabluda je neopravdana ili *otklonjiva* kada učinilac nije uložio potrebnu dužnu pažnju koja mu je bila moguća prema njegovim ličnim svojstvima i sposobnostima u konkretnom slučaju.

Pri utvrđivanju da li se radi o jednoj ili drugoj zabludi, sud treba da ima u vidu sve okolnosti konkretnog krivičnog djela i lična svojstva samog učinioca. Razumije se da je potrebno cijenity one okolnosti koje su od značaja za utvrđivanje njegove dužnosti i mogućnosti spoznaje zabranjenosti njegovog djela. U tom smislu bi se kao relevantne, a što zavisi od konkretnog slučaja, mogle cijenity *sljedeće okolnosti*: da li je zabrana nova ili nije; da li je objavljena na propisan način, te da li je bila dostupna učiniocu; da li je riječ o preširokoj i nejasnoj odredbi; do kojeg zakonskog nivoa je navedena zabrana, da li je u pitanju lokalni propis koji učinilac nije mogao znati; da li se radi o strancu koji se prvi put susreće sa domaćim propisima

koji su tipični za lokalnu sredinu; da li je u pitanju norma koja je sadržana u stranom propisu; kojeg je uzrasta učinilac, njegovo životno iskustvo, profesija, djelatnost kojom se bavi (lice koje se bavi spoljno-trgovinskim poslovima mora poznavati carinske i uvozno-izvozne propise; vozač je dužan poznavati saobraćajne propise), kao i njegove lične sposobnosti da otkloni takvu zabludu; da li je u pitanju odredba koja je pogrešno ili različito već tumačena u teoriji i praksi (npr. odluka nadležnog organa kojom je pogrešno protumačena neka zakonska zabrana i sl.); da li se radi o blanketnim propisima koji su često mijenjani ili ukidani, opštim pravnim aktima, kolektivnim ugovorima i sl. Kod ocjene o postojanju dužnosti i mogućnosti postojanja svijesti o zabranjenosti djela, mogu biti relevantne i okolnosti koje se odnose, ne samo na psihički odnos učinioca prema konkretnom djelu, već i na samu ličnost učinioca, njegovo životno iskustvo, njegova vrijednosna opredjeljenja, profesiju (pravnik, ljekar, finansijski stručnjak i sl.), kao i druge okolnosti koje su relevantne za rasvjetljavanje odnosa učinioca prema zabranama pravnog poretka koje nije ispoštovao.

Već je navedeno da je za utvrđivanje osnovanosti ili opravdanosti pravne zablude značajna i priroda konkretnog krivičnog djela. Ako je riječ o krivičnim djelima koja ulaze u kategoriju djela čija je neprihvatljivost očigledna, za koja je očigledno i opšte poznato da imaju protivdruštveni karakter; djela koja su sama po sebi kriminalna i predstavljaju zlo (*delicta per se*), kod njih je postojanje pravne zablude praktično nemoguće. Krivična djela kao što je npr. ubistvo, silovanje, razbojništvo i slična djela, predstavljaju krivična djela u gotovo svim društvima, pa je stoga teško prihvatiti da normalan čovjek nije svjestan da su takva djela nedopuštena i zabranjena. Riječ je o takvim djelima koja ne predstavljaju povredu samo pravnog poretka, već i povredu osnovnih moralnih načela koja predstavljaju opšte ljudske vrijednosti i stoga nije teško spoznati njihovu kriminalnost, pa svako pa i učinilac lako može imati predstavu o zabranjenosti i nedopuštenosti takvih postupaka. Pravna zabluda dolazi u obzir prvenstveno kod djela iz kategorije tzv. *evolutivnih* ili *zakonskih krivičnih djela* koja uglavnom zavise od ocjene zakonodavca u određenom društvu. Za razliku od djela iz prve kategorije, kod ovih djela njihova nedopuštenost nije tako očigledna, pa je u odnosu na njih moguće postojanje pravne zablude (npr. neka finansijska i privredna krivična djela, djela sa blanketnim opisima koja su povezana sa određenim administrativnim propisima koji se često mijenjaju i sl.). Međutim, i u ovakvim slučajevima, neotklonjiva pravna zabluda postojaće samo ako je, s obzirom na sve okolnosti date situacije, *ponašanje učinioca bilo savjesno*, tj. ako bi pod istim okolnostima u takvu zabludu upao i *svaki drugi razuman i savjestan čovjek*. Zabluda će se tretirati otklonjivom i skrivljenom,

odnosno ona se neće moći smatrati zabludom iz opravdanih razloga, ako se radi o učiniocu koji, s obzirom na sve okolnosti slučaja i svoja svojstva, nije pokazao *dužnu mjeru opreza* kako bi uvidio zabranjenost svog djela. Ako je učinilac sumnjao ili smatrao da njegovo djelo može biti zabranjeno, a on ga i pored toga preduzima, ne može se raditi o pravnoj zabludi.

Prema našem ranijem rješenju – učinilac koji se nalazio u pravnoj zabludi, iako je ona bila iz opravdanih razloga, smatrao se krivično odgovornim. Kao što je rečeno, takvo rješenje je bilo prevaziđeno i ono je u suprotnosti sa načelom subjektivne odgovornosti, jer iako je pogrešna predstava učinioca o zabranjenosti djela za osnov imala opravdane razloge („iz opravdanih razloga nije znao da je djelo zabranjeno, ali je on ipak kriv“), krivična odgovornost nije bila isključena. Takvo rješenje je donekle bilo ublaženo rješenjem da je pravna zabluda predstavljala osnov i za oslobođenje od kazne. Svakako da je to bilo nedovoljno i dogmatski pogrešno, jer su krivično djelo i krivična odgovornost ostajali i učinilac se uvodio u kaznenu evidenciju, iako je jasno da je riječ o učiniocu na čijoj strani *nema skrivljenog ponašanja*.

b) *Otklonjiva ili neopravdana pravna zabluda*. Prema odredbi stava 2. ako je učinilac krivičnog djela bio dužan i mogao znati da je djelo zabranjeno, njegova krivična odgovornost nije isključena, ali se može blaže kazniti. U ovoj odredbi je sadržana neizvinjavajuća ili otklonjiva pravna zabluda u kojoj se nalazi učinilac koji, isto kao i kod neotklonjive zablude, nije bio svjestan zabranjenosti djela, ali je bio dužan i mogao biti toga svjestan. Iako ni ovdje, kao ni kod neotklonjive pravne zablude ne postoji aktualna svijest, učinilac je krivično odgovoran zato što kod njega postoji tzv. *potencijalna svijest* koja se zasniva na učiniočevoj dužnosti i mogućnosti da u konkretnom slučaju ima takvu svijest. Nepostojanje takve svijesti može da se pripíše njegovom nemarnom odnosu prema zahtjevima pravnog poretka, odnosno obavezi poznavanja njegovih zabrana koje se odnose na zaštitu pravnih dobara. Iz tih razloga ovakva zabluda ne isključuje krivičnu odgovornost, a u zavisnosti od razloga zbog kojih učinilac nije imao takvu svijest, ona se može cijeniti kao osnov za ublažavne kazne. Iako se u navedenoj odredbi to izričito ne navodi, iz logičkog tumačenja ove odredbe se može zaključiti da se ublažavanje kazne može vršiti samo onda kada su na strani učinioca postojali opravdani razlozi zbog kojih nije bio svjestan, ali je bio dužan i mogao biti svjestan da je njegovo djelo zabranjeno. Dakle, i ovdje su u pitanju opravdani razlozi, ali u manjem stepenu opravdanosti nego kod prve zablude, jer oni ne isključuju njegovu dužnost koja se odnosi na poznavanje zabranjenosti djela. Tako, neće biti mjesta ublažavanju kazne ako se ispostavi da je

učinilac svjesno izbjegavao da se upozna za datom zabranom, da je to rezultat njegove krajnje nemarnosti i ignorisanja potrebe da se upozna s pravnim zabranama.

3. Osnovne razlike u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini

Pored nekih legislativno-tehničkih i terminoloških razlika koje su od manjeg značaja, valja ukazati na razlike koje su konceptijskog karaktera, što bi svakako trebalo imati u vidu u eventualnim izmjenama krivičnog zakonodavstva. To je svakako, kako proizilazi iz prethodnog izlaganja, novo uređenje pojma krivične odgovornosti i samim tim i pravne zablude koja se zasniva na psihološko-normativnoj koncepciji vinsti koja je vladajuća u današnjem krivičnom zakonodavstvu. Ranija psihološka koncepcija ocijenjena je kao prevaziđena i stoga je KZRS prihvatio njeno psihološko-normativno određenje, što jasno proizilazi iz člana 28. u kojem se za krivičnu odgovornost zahtijeva i *postojanje svijesti ili dužnosti i mogućnost svijesti da je djelo zabranjeno, tj. protivpravno*. To je svakako zahtijevalo i prihvatanje nove koncepcije pravne zablude prema kojoj ona, u slučajevima kada je opravdana, *isključuje krivičnu odgovornost učinioca*. Takvo rješenje krivične odgovornosti, odnosno pravne zablude je već duže vrijeme prihvaćeno u evropskom krivičnom zakonodavstvu, kao i svim krivičnim zakonodavstvima s prethodnog jugoslovenskog prostora.

Iako nije predmet rasprave ovog priloga, posebno je značajno naglasiti da ostali krivični zakoni *ne sadrže* odredbu koja se odnosi na *odgovornost za težu posljedicu*, iako u posebnom dijelu imaju takve konstrukcijske modele krivičnih djela. U vezi s takvim rješenjem autoru ovog priloga nije bilo dostupno (ako uopšte postoji) zvanično obrazloženje zbog čega je izostavljena jedna takva odredba koja se odnosi na ovaj poseban model krivične odgovornosti. KZRS je regulisao ovaj oblik krivične odgovornosti i za razliku od ranijeg rješenja, pored nehata, predvidio je da on izuzetno postoji i kada je učinilac u odnosu na težu posljedicu postupao umišljajno. Ovo je moguće samo pod uslovom da teža posljedica sama po sebi nije predviđena kao posebno krivično djelo. Tako bi se npr. u slučaju nehatne trudnoće kao posljedice silovanja ženskog lica odgovaralo za kvalifikovani oblik silovanja, a ako je prema toj posljedici postojao umišljaj (teži slučaj) tada bi se odgovaralo samo za osnovni oblik silovanja, jer trudnoća sama po sebi nije krivično djelo. Ovakvo rješenje je prihvatio i KZ Srbije, a slično i KZ Hrvatske, s tim što ovaj zakon koristi drugu formulaciju, jer u odnosu na težu posljedicu zahtijeva „najmanje nehat“.

Doc. dr Dragomir Vukoje, sudija Suda Bosne i Hercegovine
Mr Ena Granić Čizmo, stručna saradnica u Sudu Bosne i Hercegovine

PRIMJENA STANDARDA IZVAN RAZUMNE SUMNJE U PRAKSI SUDA BOSNE I HERCEGOVINE¹

1. Uvod

Princip „u sumnji u korist osumnjičenog/optuženog“ (*in dubio pro reo*) svoje porijeklo vuče u djelu Aristotela i, kasnije, u periodu Rima. Taj princip je našao svoju zajedničku primjenu u većini zemalja kontinentalnog pravnog sistema, za razliku od standarda „izvan/van razumne sumnje“ (engl. *beyond reasonable doubt*) koji se razvijao u tradiciji prava koje pripada anglosaksonskom svijetu. Ipak, ovaj standard se u novije vrijeme odomaćio i u zemljama kontinentalnog (evropskog) prava, među kojima i u pravnim sistemima u BiH prvenstveno ugledajući se na praksu Suda Bosne i Hercegovine (Sud BiH). Također, standard „van razumne sumnje“ je prihvaćen u praksi međunarodnih sudova. Prema tome, radi se o standardu koji, bez obzira kako je definisan, univerzalno važi u najvećem broju pravnih sistema, uključujući i pravne sisteme iz regiona.²

Kada je riječ o Sudu BiH isti je slijedio praksu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) čija su pretresna vijeća preuzimala, odnosno primala na znanje, kao dokazane, one činjenice koje su prethodno utvrđene pravosnažnim presudama u drugim predmetima tog Tribunala (*adjudicated facts*).³ Takvu praksu Suda BiH omogućio je Zakon o ustupanju predmeta od strane MKSJ Tužilaštvu BiH i korišćenju dokaza pribavljenih od MKSJ u postupcima pred sudovima u BiH (Zakon o ustupanju).⁴ U skladu s tim Zakonom pretresna i

¹ Rad je objavljen u Časopisu za pravnu teoriju i praksu „Pravo i pravda“, godina XVII, broj 1., Sarajevo 2018.

² Zakonik o krivičnom postupku Srbije kaže da presudu „sud može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren“ (član 16(4)), što je zapravo standard utvrđivanja van razumne sumnje. Vidjeti Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, IV izdanje, Beograd, 2013, 56-57 i 115-116.

³ Pravilo 94(B) Pravilnika o postupku i dokazima.

⁴ Zakon o ustupanju/transferu postupaka iz Haškog tribunala objavljen je u „Sl. glasniku BiH“, br. 46/06.

apelaciona vijeća Suda BiH, preuzela su doktrinu „(iz)van razumne sumnje“ s primjenom u domaćem krivičnom postupku na državnom nivou u predmetima ratnih zločina, čemu je svakako doprinijela i okolnost da su prvih nekoliko godina (2005–2012) vijeća tog Suda bila u mješovitom sastavu (engl. *hybrid court*) sa znatnim uticajem sudija koji su dolazili iz područja anglo-američkog prava. Osim toga, standard „van razumne sumnje“ je odomaćen u praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) koji je autentični tumač Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP), o čemu će biti riječi u nastavku ovog rada.

Doktrinom “van razumne sumnje” uspostavljen je visok standard za dokazivost relevantnih činjenica. Naime, sud izvodi svoj zaključak o nekoj činjenici koja ide na štetu okrivljenog⁵ onda kada se van razumne sumnje uvjerio u njeno postojanje i to na osnovu dokaza koji su prihvaćeni u postupku, te samo na osnovu zaključka van razumne sumnje može donijeti osuđujuću presudu, dok u svakom drugom slučaju sud donosi oslobađajuću presudu.

Za slučaj donošenja osuđujuće presude standard „van razumne sumnje“ znači da nijedno drugo logično ili razumno objašnjenje ne može biti izvučeno iz dokaza, odnosno utvrđenih činjenica, osim da je optuženi počinio krivično djelo.⁶ Ovaj najviši standard dokaza, odnosno uvjerenosti u nešto, postavljen je tako visoko jer krivični postupak rezultira teškom posljedicom po okrivljenog kod teških krivičnih djela, u pravilu – dužom vremenskom kaznom. Upravo zbog toga, važno je naglasiti da oslobađajuća presuda ne znači nužno da je sud smatrao da nije bilo zločina. Može se dogoditi da sud van razumne sumnje ustanovi i da je zločina bilo, na koji način su počinjeni i kojoj strani počinioci pripadaju, ali da sa istim stepenom uvjerenja, a na osnovu podnijetih dokaza, ne može da zaključi i o krivici konkretne osobe. Zbog toga i oslobađajuća presuda može utvrditi postojanje zločina i niz drugih činjenica, kao što je recimo, u MKSJ oslobađajuća presuda *Gotovini i dr.* ipak potvrdila postojanje velikog broja zločina u „Oluji“ i nakon nje.⁷

⁵ U ovom članku će se upotrebljavati ovaj izraz u kolokvijalnom smislu jer ga važeće krivično zakonodavstvo kako materijalno tako i procesno u BiH više ne poznaje.

⁶ West's Encyclopedia of American Law, edition 2. (2008), dostupno na: <http://legaldictionary.thefreedictionary.com/Beyond+a+Reasonable+Doubt> (pristupljeno 25. jula 2015.).

⁷ Ivan Jovanović, *Od istorije do sudnice i nazad: šta historiografija može dobiti od presuda za zločine u ratovima u bivšoj Jugoslaviji*, Hereticus, 3-4/2016, str. 48.

2. O sumnji

Svrha i domet krivičnog gonjenja je da obezbijedi da krivični sud kazni krivca u zakonito provedenom postupku i, u isto vrijeme, posmatrano sa druge strane, da oslobodi nevinog uz primjenu standarda nedokazanosti krivice *izvan razumne sumnje* od strane tužioca, i njemu sličnog, mada ne i identičnog standarda *in dubio pro reo*. U osnovi značenja ovog poslednjeg, njegova primjena manje više svoj fokus nalazi u odgovoru na konačno pitanje krivice optuženog. Ako sud po ocijeni dokaza još uvijek ima sumnju u pogledu postojanja činjenica koje konstituišu krivično djelo, u tom slučaju će primjenom principa *in dubio pro reo* odlučiti da one ne postoje, tj. da ne postoje van razumne sumnje i temeljem toga donijeće oslobađajuću presudu. Međutim, treba naglasiti da čak i kada postojanje razumne sumnje ne proističe iz dokaza prezentovanih od strane odbrane, razumna sumnja će postojati uslijed dokaznog deficita ponuđenog od strane tužioca. Za razliku od standarda „van razumne sumnje“ princip *in dubio pro reo* ne sadrži stepenovanje sumnje.

Potrebno je razlikovati sumnju da je neka osoba počinila krivično djelo (postojanje sumnje samo po sebi ide na štetu osumnjičenog i uvijek u korist optužbe) od sumnje da je neka osoba stvarni počinilac zločina. Domaći krivični procesni zakoni nude različitu terminologiju za ova dva tipa sumnje.⁸ Naime, „sumnja“, tj. vjerovatnost kao otvoreni pravni standard za donošenje određenih odluka u krivičnom postupku od kojih su svakako najvažnije presude, može se u empirijskom i psihološkom smislu stepenovati. Logično je očekivati da će stepen sumnje na početku krivičnog postupka biti niži, te da će tokom daljeg razvoja postupka biti jači ili slabiji, što će na kraju postupka rezultirati osuđujućom ili oslobađajućom presudom. Skandinavski teoretičari sudskog postupka su, kako to uočava Krapac, svojedobno različite stepene vjerovatnoće (sumnje) o postojanju činjenice „A“ i njenom nepostojanju „ne-A“, tablično predstavljali u rasponu od 0 (ne postoji) do 1 (očito je).⁹

⁸ U čl. 20. (Osnovni pojmovi), u tački 1) ZKP BiH data je definicija „Osnovane sumnje” u kojoj je ona određena kao „viši stepen sumnje zasnovan(a) na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je izvršeno krivično djelo.” Isti krivični procesni zakon ne daje definiciju „sumnje” već se zadovoljava samo navođenjem tog pojma u članovima.

⁹ Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, listopad 2010., str. 400-401.

Pitanje standarda dokaza/dokazivanja, svodi se u osnovi na pitanje stepena ili kvantuma vjerovatnoće, izvjesnosti, uvjerenosti koji se treba postići pojedinim dokazom da bi se u postupku neka odlučna činjenica uzela kao dokazana ili nedokazana, a time utvrdila i odluka o krivici. Prilikom postavljanja ovog problema treba se koncentrisati na pitanje oko subjektivnosti ili objektivnosti standarda dokazivanja. U teoriji jedni polaze od kvantuma dokaza posmatrajući ga kao stepen unutrašnjeg uvjerenja sudije koje se kreće od sumnje do izvjesnosti, s tim što je u tom kontinuumu teško diferencirati pojedine stepenice. Drugo mišljenje, koje izražavaju pristalice „matematičkog dokaza“, polazi od istraživanja određenog objektivnog, prema mogućnosti mjerljivog i provjerljivog stepena vjerovatnoće kojim bi se svaki dokaz stavio na određeno mjesto na probablističkoj skali koja se kreće od potpune nemogućnosti do potpune izvjesnosti.¹⁰

Naši krivični procesni zakoni ne određuju s kojim uvjerenjem sud treba u svakom pojedinom slučaju utvrditi pojedine činjenice za osnov svoje odluke, već prepušta sudu da to odredi u skladu s načelom slobodne ocjene dokaza. Prije nego što sud donese presudu, on mora sve pravno relevantne činjenice konkretnog slučaja utvrditi s potpunom uvjerenošću koju može steći samo na osnovu savjesne ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima (član 281. stav 2. ZKP BiH), pa ako u tome ne uspije, tj. ukoliko u trenutku izricanja presude ostane u sumnji u pogledu postojanja ili nepostojanja nekih materijalno-pravno relevantnih činjenica, mora primjenom pravila *in dubio pro reo* donijeti meritornu oslobađajuću presudu (član 284. ZKP BiH). Drugim riječima iskazano, ukoliko tužilac kao zastupnik državnog interesa u krivičnom gonjenju i kažnjavanju, ne uspije dokazati krivicu optuženog, ostaje i dalje vrijediti pretpostavka nevinosti na strani optuženog. Slično će sud postupiti i u slučaju sumnje u pogledu postojanja pravno relevantnih činjenica propisanih krivičnim procesnim zakonom za koji slučaj će se donijeti presuda kojom se optužba odbija (član 283. ZKP BiH).

Standard „van razumne sumnje“ i princip *in dubio pro reo* u adversarijalnoj proceduri kakva je u osnovi naša, uvažavaju osnovne krivičnoprocesne principe kao što su: jednakost oružja, pretpostavku nevinosti, tužiočev teret dokazivanja i pravo na adekvatnu odbranu, što sveukupno obezbjeđuje efekat koji služi samoj svrsi kada treba odgovoriti na krajnje pitanje da li je optuženi kriv ili ne.

¹⁰ O ovome više: Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, str. 248., www.alanuzelac.from.hr/Pof/tel5dio.pdf

3. Porijeklo instituta „razumne sumnje”– historijski osvrt

Porijeklo „razumne sumnje“ leži već u dalekom svijetu stare hrišćanske teologije zapadne provenijencije. U to vrijeme formula „razumne sumnje“ se prvobitno odnosila na zaštitu duša porotnika od prokletstva/pakla, a nije bila upravljena na današnji cilj – da zaštiti optuženog. Naime, prema ranijoj hrišćanskoj tradiciji, osuda nevino optuženog smatrala se potencijalnim smrtnim grijehom. Svrha uputstva o „razumnoj sumnji“ bila je da se pozabavi ovom, iz perspektive srednjovjekovnog čovjeka, užasnom mogućnošću, uvjeravajući porotnike da mogu osuditi optuženog, a da ne rizikuju svoje spasenje sve dotle dok njihove sumnje o krivici nisu bile „razumne“.

U svom prvobitnom obliku, ovaj standard nije imao nikakve veze sa održavanjem vladavine prava u smislu današnje upotrebe, kao što nije imao nikakve veze sa vrijednostima slobode kako to mi danas zamišljamo. Nastao je kao proizvod jednog svijeta koji se brinuo više za moralna pitanja, što više u modernom svijetu nije od tolikog značaja. Danas od standarda „razumne sumnje“ tražimo da, u pomanjkanju historijske memorije, ima funkciju koju prvobitno nije imao. U savremenom poimanju uloga primjene ovog standarda je da u krivičnim predmetima osigura procesnu zaštitu za optuženog te da osigura dokaze prilikom odlučivanja o krivici ili nevinosti optuženog.

4. Definicija standarda razumne sumnje u anglo-saksonskom svijetu

U krivičnom pravu na zapadu uobičajeno je da teret dokazivanja nečije krivice leži na tužiocu prema latinskoj izreci: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, što u slobodnom prevodu znači da „teret dokazivanja leži na onom ko nešto tvrdi, ne na onom koji to poriče“.

U anglo-saksonskom svijetu još nema konzistentne definicije razumne sumnje kao standarda koji se univerzalno primjenjuje u tim pravnim sistemima. Ovi sistemi u kojima porota ima centralno mjesto u krivičnim postupcima – jer porota vaga dokaze i na osnovu njih odlučuje o činjenicama – još nije ponudila definiciju koja bi izbjegla kritikizam.

Ne postoji jasna definicija šta predstavlja razumnu sumnju, a što bi se moglo primijeniti na sve sisteme običajnog prava. Također, ne postoji dosljedna definicija koja se primjenjuje unutar jedne jurisdikcije običajnog prava. Sistemi običajnog

prava, u kojima su uputstva poroti važna za krivična suđenja – jer porota mora da cijeni dokaze i odluči o činjenicama – još uvijek nisu razradili definiciju koja nije podložna kritici.

U Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) definicija razumne sumnje varira ne samo od države do države već i među apelacionim sudovima na federalnom nivou (engl. *Federal Circuit Courts of Appeal*). Neke jurisdikcije su usvojile standardna uputstva za porote u krivičnim predmetima, s dovoljno jasnom definicijom koju prosječan porotnik može razumjeti i primijeniti.

S druge strane, Apelacioni sud za Sedmu oblast (*US Court of Appeals for the Seventh Circuit*) nema uputstva u pogledu definicije standarda razumne sumnje. U predmetu *SAD vs. Glass*, Sud je naveo da pokušaji da se objasni izraz „razumna sumnja“ obično taj izraz ne čine jasnijim za porotu.

Sličan stav ima i Apelacioni krivični sud Velike Britanije (zamijenjen sa Apelacionim sudom Engleske i Velsa) koji je preporučio nižim sudovima da ne daju definicije onoga šta predstavlja dokaz izvan razumne sumnje. Predsjednik krivičnog vijeća Apelacionog suda Goddard napominje u predmetu *Regina vs. Summers* (1952): „*Još nisam čuo da je neki sud ponudio zadovoljavajuću definiciju „razumne sumnje“, a bilo bi mnogo bolje da se taj izraz ne koristi. Kad god neki sud pokuša da objasni što se podrazumijeva pod tim, objašnjenje obično dovodi do zbrke, a ne jasnoće.*“¹¹

U krivičnom pravosuđu Velike Britanije (Sjeverna Irska, Engleska, Vels i Škotska) postoje samo dva standarda dokazivanja prilikom suđenja. Jedan se odnosi na dokazivanje „van razumne sumnje“, dok se drugi odnosi na policijska ovlaštenja.

Apelacioni sudovi u Kanadi su također odbili da definišu razumnu sumnju.

5. Razumna sumnja u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Zemlje koje su potpisnice EKLJP-a su u isto vrijeme subjekti jurisdikcije ESLJP. Taj Sud tumači i primjenjuje standard razumne sumnje, princip *in dubio pro reo*, teret dokazivanja, prezumpcije nevinosti i onog što, uopšteno govoreći,

¹¹ Ana Muniesa, *The reasonable doubt*, skinuto sa: <https://www.linkedin.com/pulse/raisonable-doubt-ana-muniesa/> - str. 5/9. (3. maj 2018)

uspostavlja pravičan postupak prilikom suđenja, i to na način koji je više instruktivnog karaktera i koji služi kao minimum definicija za postupanje nadležnih domaćih sudova i njihovu sudsku praksu.¹²

U predmetu *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 14310/88 (GC) (28/10/1994), st. 63, Veliko vijeće ESLJP je smatralo da je razumna sumnja zahtijevala postojanje činjenica ili informacija koje bi pružile uvjerljiv osnov za sumnju da je okrivljeni počinio zločin.

Ova odluka Evropskog suda upućuje na ispunjenost minimalnih standarda ili zahtjeva koje pružaju osnov za sumnju da je okrivljeni počinio zločin. Taj osnov mora biti „objektivan“, što znači da bi svaka razumna osoba zaključila da činjenice ili informacije idu u prilog takvom zaključku. Osnov da zaključak bude „prihvatljiv“ znači da zaključak mora biti logičan i moguć kako bi se podržala sumnja krivice koju zagovara tužilac. U suštini ovom odlukom se i uspostavlja subjektivni standard koji nije egzaktan ili precizan, ali se njim zahtijeva da tužilac ponudi dokaze kojim će se ispuniti minimalni standardi za dokazivanje.¹³

Evropska komisija za ljudska prava (Komisija) je 1969. godine u predmetu *Grčka* dala, kako se čini, prvu definiciju standarda razumne sumnje kada je odlučila da standard tereta dokazivanja primijeni tokom ocjene dokaza u odnosu na navode o mučenju, tj. o kršenju člana 3. EKLJP.¹⁴ Tom prilikom Komisija je smatrala da navodi o kršenju člana 3. moraju biti utvrđeni „izvan razumne sumnje.“ Komisija je definisala razumnu sumnju kao „ne sumnju zasnovanu na samo teoretskoj mogućnosti ili pokrenutoj kako bi se izbjegao neugodan zaključak, već sumnju za koju se može dati obrazloženje na osnovu izvedenih činjenica.“¹⁵

Devet godina kasnije, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je potvrdio i opisao ovu definiciju u predmetu *Irska protiv Velike Britanije* (1978). Sud je dodao

¹² Michael G. Karnavas i dr., *Doubt in favour of the Defendant, guilty beyond reasonable doubt*, Comparative study, OSCE, Mission to Skopje, 2016, str. 123.

¹³ Jon Smibert, *Dokazna načela*, Ministarstvo pravde SAD, Priština, 2014, str. 15.

¹⁴ Član 3. EKLJP-a se odnosi na zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda tako što predviđa: „Niko ne smije biti podvrgnut mučenju, ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.“ SE, EKLJP, dopunjena Protokolima broj 11. i 14., od 4. novembra 1950, ETS 5.

¹⁵ Engl. „'reasonable doubt' is 'not a doubt based on a merely theoretical possibility,'“ „but is „a doubt for which reasons can be given“ (*Greek*, p. 196, para.70).

da dokaz izvan razumne sumnje može proizaći iz „dovoljno jakih, jasnih i saglasnih zaključaka ili sličnih nespornih činjeničnih pretpostavki.”¹⁶

Gore izložena definicija, iako nije vrlo detaljna ili precizna, postavlja minimalne standarde kojih se moraju pridržavati države koje su potpisale EKLJP, te koje su podložne nadležnosti ESLJP-a. Naravno, ništa ne sprečava zakonodavce država da razrade standard koji omogućuje više zaštite od minimalnog standarda dopustivog prema jurisprudenciji ESLJP-a.

6. Teret dokazivanja

Na pitanje o istinitosti dokazivanja, prethodno je potrebno razmotriti dokaz kao takav. Sa dokazom se pokazuje istinitost jedne pretpostavke, stvarnost neke činjenice. Dokazom se dakle, pokazuje utemeljenost činjenice o nekoj stvari.¹⁷ Dokazom se znači utemeljuje činjenica i otklanja sumnja u istinitost postojanja te činjenice. Naravno, ovdje se ima u vidu iznalaženje sudske istine kojoj može biti konkurentna neka druga istina: naučna, filozofska, itd. Teret dokazivanja posmatrano sa aspekta procesnog zakona BiH utemeljen je na principu akuzatornosti, koji, istina, ima primjese i inkvizitorskog principa, utoliko što sud može izvoditi i svoje dokaze sa ciljem razjašnjenja stvari i konačne spoznaje istine, ali nikako izvoditi ključne dokaze na kojima bi se temeljila krivica optuženih lica, s obzirom na to da je teret dokazivanja isključivo na tužiocu, te da je isključivo pravo (a i obaveza) tužioca da disponira tužbenih zahtjevom – *nemo iudex sine actore*, iz čega proizilazi i njegova obaveza dokazivanja takvog zahtjeva. S tim u vezi, kada bi sud u svakoj sumnji dodatno izvodio i svoje dokaze, a na kojima bi se temeljila krivica optuženih lica, došlo bi do povrede i jednog od ključnih procesnih načela – *in dubio pro reo*, po kojem sud u svakoj sumnji ide u korist optuženog lica, a ne da kod takve sumnje preuzme funkciju organa gonjenja i dalje samoinicijativno dokazuje tezu optužbe, te time dovodi u pitanje i načela kontradiktornosti, kao i ravnopravnosti stranaka u postupku. Obaveza suda jeste da činjenično stanje pravilno i potpuno utvrdi, ali prvenstveno na temelju dokaza koje mu stranke predoče, prevashodno Tužilaštvo, na kojem teret dokazivanja i jeste, a ne da svjesno spoznaje istinu „van razumne sumnje” na štetu optuženog, izvodeći svoje dokaze, jer time bi se mijenjala akuzatorska priroda krivičnog postupka kakva je utemeljena

¹⁶ ECtHR (PLENARY). Case of *Ireland v. The United Kingdom* (Application no. 5310/71). Judgement. Strasbourg, 18 January 1978. page 1 of 86. 6/5/2006.

¹⁷ v. Raymond Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*. Préf. R. Savaner, L.G.D.J. 1985, spéc. p.144.

domaćim zakonom, te bi se izgubila funkcija presuđenja kao zaseban stub krivičnog postupka koji nepristrasno rješava spor između dvije jednake strane – tužioca i optuženog.

7. Standard „izvan razumne sumnje“ u praksi Suda BiH

U brojnim predmetima Suda BiH uobičajeno se prilikom korištenja standarda odlučivanja primjenjuje standard „van razumne sumnje“. U kontekstu dokazivanja činjenica putem posrednih dokaza, Sud je zauzeo stanovište da se dokazanost putem ovih činjenica mora utvrditi „izvan (svake) razumne sumnje“, gdje mora postojati čvrsta i logička povezanost tako da činjenični zaključak pretresnog vijeća bude jedini mogući zaključak na osnovu dokaza; da je kriterij koji se primjenjuje „razumna sumnja“ i da se vrlo rijetko činjenica može dokazati izvan svake razumne sumnje.¹⁸ U stvari, ovim je Sud uspostavio vrlo visok kriterij dokazivosti pravno relevantnih činjenica kod slučaja zaključivanja na osnovu indicija (*inferencija*) i stepena vjerovatnoće.

Također, u jednom od predmeta Suda BiH¹⁹ braniteljica optuženog je u žalbi protiv prvostepene presude u okviru bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 2. ZKP BiH,²⁰ ukazala na pogrešnu primjenu standarda dokazivanja „van razumne sumnje“ kako je to iznijeto u para. 49-66. pobijane presude. Naime, prvostepeni sud je u osporenoj presudi utvrdio sljedeće:

„1. Prilikom donošenja odluke o krivici Pretresno vijeće se koristilo standardom „van razumne sumnje“ kao opšteprihvaćenim standardom u praksi međunarodnih sudova.

2. Osnovna obaveza Pretresnog vijeća u pogledu svih dokaza propisana je članom 281. stav 2. ZKP-a BiH u kojem se navodi: „*Sud je dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana.*”

3. Dakle naznačena je obaveza ocjene dokaza iz kojih Pretresno vijeće izvlači zaključak o tome da li je neka činjenica dokazana. Koji stepen je potreban za takav zaključak je nesumnjivo sadržan u standardu „van razumne sumnje“. Prirodno

¹⁸ Sud BiH, *Tužilaštvo BiH* protiv opt. *Božidara Kuvelje*, predmet broj: S1 1 K 004050 13 Krž 15, (drugostepena presuda), 16.09. 2013., para. 81.

¹⁹ Sud BiH, predmet broj: S1 1 K 020968 17 Krž 2, Tužilaštvo BiH protiv optuženog *Edina Sakoča*.

²⁰ Žalbeni podnesak braniteljice, advokatice Tatjane Savić od 03.05.2017. godine na spis broj: S1 1 K 020968 Kri.

pitanje koje se postavlja je šta je osnovana sumnja koja je preduslov za potvrđivanje optužnice i otpočinjanje glavnog pretresa u odnosu na standard „van razumne sumnje“ koji je neophodno utvrditi kod odlučivanja o krivici optuženog. /.../.

4. Osnovana sumnja je sumnja zasnovana na razlozima i zdravom razumu. To je sumnja koju svaka razumna osoba ima nakon što pažljivo odvaga sve dokaze. To je sumnja koja bi dovela do toga da svaka razumna osoba oklijeva da postupi po nekom pitanju od važnosti u njenom ličnom životu, jer nije sigurna.

5. Nasuprot tome, zaključak „van razumne sumnje“ mora biti tako uvjerljive prirode da nijedna razumna osoba, nakon što pažljivo odvaga sve dokaze, ne bi imala sumnju i ne bi oklijevala da se na isti osloni i po njemu postupi kada su u pitanju njene najvažnije lične stvari/pitanja.

6. Sudska praksa je za osuđujuću presudu definisala standard „dokaza van razumne sumnje.“ Prema opšte prihvaćenom stanovištu, dokazi van razumne sumnje su dokazi na osnovu kojih se pouzdano može zaključiti da postoji veći stepen vjerovatnoće da je optuženi počinio krivično djelo. Sud je razmatrao i cijenio sve izvedene dokaze, ali će se u presudi osvrutati samo na one dokaze koji su relevantni za donošenje odluke, te obrazlagati i iznositi zaključke samo o činjenicama koje su od suštinske važnosti za odluku.

7. Sud podsjeća da član 15. ZKP BiH predviđa princip slobodne ocjene dokaza, koga ograničava jedino princip zakonitosti dokaza, što znači da je ocjena dokaza oslobođena formalnih pravnih pravila koja bi *a priori* određivala vrijednost pojedinih dokaza. Uspostavljajući ovaj princip, zakonodavac je dao neophodnu slobodu sudskoj vlasti i pokazao povjerenje u prosudbenu moć sudija.“

Nasuprot ovome, žalba je utvrdila da se primjena ovog standarda direktno kosi sa principom *in dubio pro reo*, te da se na taj način uspostavlja povreda člana 3. stav 2. ZKP BiH. Osim toga, ova žalba podsjeća da se uprkos uvođenju adversarijalnog sistema u domaće krivično procesno zakonodavstvo, niti jednom zakonskom odredbom ne mijenja standard dokazivanja po kojem se činjenice koje idu na štetu optuženog moraju potpuno i nesumnjivo utvrditi i to sa sigurnošću a ne van razumne sumnje. Standard „van razumne sumnje“ čini standard određenog stepena vjerovatnoće, bez obzira o kom se stepenu radi, a time je suprotan iznesenoj zakonskoj odredbi. Utoliko prije što sudska praksa u našim pravnim sistemima nije izvor prava pa se slijedom toga ne mogu uvoditi novi standardi dokazivanja koji nisu propisani zakonom (v. član 3. stav 2., član 281. stav 2. i član 290. stav 7. ZKP BiH).

U iznošenju teorijske elaboracije zašto se smatra da primjeni standarda dokazivanja „van razumne sumnje“ nema mjesta u domaćoj sudskoj praksi, žalba iznosi nekoliko dodatnih argumenata među kojim:

- neadekvatnog prevoda anglo-saksonskog termina *beyond reasonable doubt* jer isti ne znači „*van razumne sumnje*“, nego „*preko razumne sumnje*“.
- Preuzimanje kontradiktornog suđenja iz anglo-saksonskog pravnog sistema u naše pravne sisteme ne znači da smo preuzeli i porotno suđenje u kome odlučuje 12 porotnika različitog pola, rasnog, socijalnog, obrazovnog i drugog statusa koji odlučuju isključivo o činjenicama – postojanju krivice, pri čemu se traži da odluka bude donesena jednoglasno (osim u par izuzetaka). Uz to, porota svoju odluku ne obrazlaže.
- Anglo-saksonski pravni sistem je precizno definisao standarde vjerovatnoće, tj. sumnje, pa je osnov sumnje definisao kao vjerovatnoću od 50%, osnovanu sumnju kao vjerovatnoću od 75%, a „preko razumne sumnje“ kao vjerovatnoću od 90%. Upravo ovaj posljednji standard se nalazi na provjeri kod 12 porotnika koji moraju jednoglasno odlučiti da je taj standard zadovoljen i da niko od njih ne bi u vlastitim stvarima oklijevao prilikom donošenja odluke.
- Pored toga, pred porotom se nikada ne izvode nezakoniti dokazi o kojim odlučuje profesionalni sudija bez prisustva porotnika čime se sprečava bilo kakva kontaminacija porotnika o saznanjima koja potiču iz nezakonitih dokaza.
- Konačno, prema domaćem krivičnom procesnom zakonodavstvu svaki stepen vjerovatnoće ide u korist optuženom, dok samo ono što je dokazano s potpunom sigurnošću, kako je to već istaknuto, može ići na štetu optuženog.

Zaista u američkom pravosudnom sistemu uvjerenje o nečijoj krivici zahtijeva dokazivanje „van/preko razumne sumnje“. U prilog gore iznijete argumentacije koja se odnosi na terminološko značenje razumne sumnje, govori objašnjenje ovog pojma po kom se radi o standardu dokazivanja u anglo-saksonskom pravu koji **mora biti premašen** da bi se osiguralo ubjeđenje o krivici optuženog u nekom krivičnom predmetu. Pa ipak, kod razmatranja značenja ovog terminološkog pitanja imali smo u vidu autoritativan prevod značenja ovog standarda sa engleskog „*prove beyond any reasonable doubt*“ na neki od zvaničnih jezika u BiH „dokazati van svake razumne sumnje,“²¹ koji ni u čemu ne kolidira s uobičajenim shvatanjem ovog pojma onako kako je to prihvaćeno u praksi Suda BiH i Ustavnog suda BiH.

²¹ V. Živko M. Čule, *Srpsko-engleski leksikon prava, Serbian-English Law Lexicon*, Jasen, Beograd, 2015., str.894.

Ipak, primjetićemo da tako omiljen metod kvantifikacije u američkoj teoriji uopšteno gledano i sklonost numeričkog izražavanja stepenovanja vjerovatnoće/sumnje teško da može nadomjestiti subjektivnu, ne i subjektivističku ocjenu dokaza suda kakva je primjenljiva u našem pravu. Takva ocjena ne isključuje postojanje „vrlo visoke” vjerovatnoće krivice za osudu optuženog što je mnogo teži standard dokazivanja od standarda „prevage dokaza” (engl. *preponderance of the evidence*) ili „ravnoteža vjerovatnoće” (engl. *balance of probabilities*) kakav se univerzalno zahtijeva u civilnom pravu.

U vezi s navedenim, također smatramo da princip *in dubio pro reo* slijedi iz standarda „van razumne sumnje“, pa utoliko se ovim posljednjim ne može kršiti princip *in dubio pro reo* jer mu prethodi. Osim toga, smatramo da bi bilo spekulativno i nerealno očekivati od suda da s apsolutnom sigurnosti i na apstraktan način isključi svaku mogućnost vjerovatnoće na što u svojoj pisanoj artikulaciji pledira iznesena žalba u ovom, a što na sličan način ponavljaju žalbe odbrane i u drugim predmetima.

8. Zaključci

Standard razumne sumnje, zajedno s principima *in dubio pro reo* i pretpostavkom nevinosti, predstavlja temelj krivičnih suđenja u sistemima običajnog prava. Standard razumne sumnje, mada nije zasnovan na univerzalnoj definiciji, primjenjuje se u svim sistemima *common law*. U stvarnosti, u nekim jurisdikcijama se na definiciju ovog standarda upućuje porota u instrukcijama koje su njoj namijenjene, dok se u nekim slučajevima to odnosi na pojedine porotnike radi njihovog rezonovanja u opštem smislu i logičkom poimanju, te ličnom iskustvu kako bi shvatili šta je razumna sumnja.

Ono što je lansiralo standard razumne sumnje u prve redove kao najvažniji i univerzalno prihvaćeni standard dokazivanja u sistemima običajnog prava nije danas relevantnije od historijske pozadine o tome kako je osuđujuća odluka (koja se obično opisuje kao lično ubjeđenje koje sudija formira nakon razmatranja dokaza koje su iznijele strane na suđenju) postala standard dokazivanja u sistemima običajnog prava. To skoro nimalo ne pomaže u rješavanju trajnih poteškoća u oblikovanju jasne, koncizne i dosljedne definicije ovog standarda. Jurisprudencija američkih sudova o tome dovoljno govori: i dalje se javljaju problemi kod definisanja i primjene standarda razumne sumnje jer apelacioni sudovi u SAD-u prihvataju širok dijapazon uputstava u pogledu standarda razumne sumnje.

Moguće je da su razlike u definiciji između standarda razumne sumnje i osuđujuće odluke stvar semantike. Nema skoro nikakve razlike u kvaliteti dokaza između ova dva različita standarda. Oba iziskuju primjenu principa *in dubio pro reo*, što ima za posljedicu visok stepen dokaza koji je ekvivalentan skorog izvjesnosti, izbjegavajući imaginarne ili nevažne sumnje.

Kao što kod sudija običajnog prava ne bi trebalo biti istinske dileme u razlučivanju kvalitetne osnove dokaza potrebne za uvjerenje o krivici optuženog za osuđujuću odluku, nedostatak koncizne i univerzalno prihvatljive definicije razumne sumnje ne bi trebalo da stvara dilemu kod sudija koji sude u predmetima u sistemima običajnog prava. Na osnovu toga što sudije imaju obrazovanje i poznaju pravo i dokazna pravila, od sudija se očekuje da cijene subjektivne i objektivne dokaze koji su izvedeni na krivičnom suđenju te da primijene neophodno pravo prilikom odlučivanja da li je tužilaštvo uspjelo dokazati elemente inkriminacija.

Još jedan bitan izazov je nedostatak transparentnosti. U praksi Suda BiH nije uobičajeno da se izdvojena mišljenja sudija objavljuju niti unose u pismene otpravke presuda, već trag o istima ostaje u sklopu strogo povjerljivog zapisnika o vijećanju i glasanju. S tim u vezi, a kako bi se što bolje spoznala prevaga dokaza na štetu ili u korist optuženog lica, moglo bi se razmisliti o tome da se takva izdvojena mišljenja u budućnosti objelodanjuju strankama i javnosti, kako je to urađeno u praksi MKSJ-a.

Izloženi primjer osporavanja standarda „van razumne sumnje“ onakvog kakvog je prihvatila praksa Suda BiH upućuje na sljedeći zaključak: koliko god prihvatili kao neminovnost činjenicu evolutivnog razvoja krivičnog prava kao i prava uopšte što po sebi uključuje i usvajanje pravnih transplanta iz drugih pravnih sistema u domaće pravno tkivo, ipak tome treba pristupati s dozom opreza, a ne njihovim jednostranim, nekritičkim i mehaničkim preuzimanjem (čemu smo inače skloni), utoliko prije što instituti zemalja iz kojih takvi standardi vode porijeklo i sami nisu do kraja jasni. Iz tog razloga za njihovo razumijevanje, među kojim i standarda „razumne sumnje“, bilo je potrebno nešto šire sagledati njihovo porijeklo i današnje značenje o čemu je bilo riječi.

Kada su u pitanju minimalni standardi utvrđivanja činjenica u krivičnim procesnim zakonodavstvima u BiH, a time i stepena uvjerenja organa koji vode krivični postupak u određenoj fazi, krivični procesni zakoni pominju, mada ne

definišu (ako to i čine, jedan pojam se objašnjava samim sobom), osnov(e) sumnje, osnovanu sumnju, tužilačku i od suda potvrđenu, čemu se može dodati i utvrđenost činjenica van svake razumne sumnje.²² Što se tiče ovog posljednjeg stepena sumnje prihvaćenog u sudskoj praksi, treba istaći da nije realno očekivati da se zakonom sve reguliše i izričito navede. Konačno, tu je uloga suda da tumači zakonski propis.

Standard „van razumne sumnje“ predstavlja najveći minimalni stepen prihvaćenosti utvrđenih činjenica koja je dovoljna za presuđenje. Jedina sumnja koja može postojati a da se njom ne umanjuje vrijednost stepena utvrđenih činjenica je nerazumna sumnja. Nasuprot njoj, ukoliko postoji razumna sumnja onda nije oborena pretpostavka nevinosti koja uključuje sve elemente krivične odgovornosti optuženog, a time ni dokazanost počinjenja radnje izvršenja krivičnog djela od strane optuženog.²³ U prilog opravdanosti primjene standarda van razumne sumnje u praksi sudova govori činjenica da je adversijarni krivični postupak tako uređen da se istim ne utvrđuje materijalna nego procesna istina. To znači da ovaj postupak rezultira relativnom a ne apsolutnom istinom, tj. postupkom se postiže onoliko istine koliko je potrebno za presuđenje kod osuđujuće presude, jer se u protivnom donosi oslobađajuća presuda.²⁴ Na takvo zaključivanje upućuje i odredba stava 2. člana 3. ZKP BiH, u kojoj se upotrebljava pojam sumnje u opštem smislu, tj. za sve oblike sumnje, pa i onu za koju se koristi pojam „van razumne sumnje“.

Literatura:

1. Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, www.alanuzelac:from.hr/Pof/tel5dio.pdf
2. Ana Muniesa, *The reasonable doubt*, skinuto sa <https://www.linkedin.com/pulse/raisonable-doubt-ana-muniesa/> (pristupljeno 3. maja 2018.)
3. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, listopad 2010.
4. Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, IV izdanje, Beograd, 2013.
5. Ivan Jovanović, *Od istorije do sudnice i nazad: šta historiografija može dobiti od presuda za zločine u ratovima u bivšoj Jugoslaviji*, Hereticus, 3-4/2016.
6. Jon Smibert, *Dokazna načela*, Ministarstvo pravde SAD, Priština, 2014.

²² Ramo Ljevaković, *Minimalni stepeni utvrđenosti činjenica i obezbijedenosti dokaza (stepeni sumnje) u fazama krivičnog postupka*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici 19/2017, str. 231.

²³ Isto, str. 248.

²⁴ Isto, str. 250.

7. Michael G. Karnavas i dr., *Doubt in favour of the Defendant, guilty beyond reasonable doubt*, Comparative study, OSCE, Mission to Skopje, 2016.
8. Ramo Ljevaković, *Minimalni stepeni utvrđenosti činjenica i obezbijedenosti dokaza (stepeni sumnje) u fazama krivičnog postupka*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici 19/2017.
9. Raymond Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*.Préf. R. Savaner, L.G.D.J. 1985, spéc.
10. West's Encyclopedia of American Law, edition 2. (2008), dostupno na <http://legaldictionary.thefreedictionary.com/Beyond+a+Reasonable+Doubt> (pristupljeno 25. jula. 2015.)
11. Živko M. Čule, *Srpsko-engleski leksikon prava, Serbian-English Law Lexicon*, Jasen. Beograd, 2015.

Senadin Begtašević, sudija Suda Bosne i Hercegovine¹

SEKSUALNI DELIKTI U RATNIM ZLOČINIMA

Pravo oružanih sukoba razvijalo se kroz kodifikaciju i praksu međunarodnih subjekata, i to kao dva međusobno povezana procesa. U početku su postojala nepisana pravila, utemeljena na običajima i njihova osnovna karakteristika je bila prostorna i vremenska ograničenost. Odnosila su se samo na konkretan sukob. Uslijedila je pojava pisanih pravila kojima je cilj ostao univerzalna primjena.

Prvi stvarni pokušaj kodifikacije pravila prava oružanih sukoba predstavlja *Lieberov kodeks* iz 1863. godine (Franz Lieber, odnosno Francis Lieber, njemačko-američki jurist, političar i filozof) koji nije imao status međunarodnog ugovora, jer je bio namijenjen samo vojnicima Unije u Američkom građanskom ratu.

Najbitnije kodifikacije ove grane prava su Haško i Ženevsko pravo. Prvo, Haško – utvrđuje prava i obaveze zaraćenih strana za vrijeme izvođenja neprijateljstava i ograničava načine nanošenja gubitaka neprijatelju. Sastoji se od konvencija usvojenih na Haškim mirovnim konferencijama 1899. i 1907. godine.

Ženevsko pravo (četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine) se odnosi na zaštitu pripadnika oružanih snaga koji više ne učestvuju u neprijateljstvima i onih osoba koje ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima. Uglavnom se odnosi na princip humanosti.

Godine 1977. donesena su dva Protokola koja povezuju ove dvije grane prava oružanih sukoba i brišu razlike između njih – Protokol I koji se odnosi na međunarodne oružane sukobe i Protokol II koji se odnosi na nemeđunarodne oružane sukobe. Ovi Protokoli nadopunjuju zaštitu koju proklamuju Ženevske konvencije iz 1949. godine proširujući ih na sve osobe pogođene oružanim sukobom i nalažu pripadnicima strana u sukobu da razlikuju civile od boraca, civilne objekte od vojnih i da se ravnaju načelom humanosti.

¹ Autor se obimno (i često, doslovno) koristio literaturom, navedenoj na kraju ovog rada. Stoga je on više – priređivač, a znatno manje – pisac.

Većina ovih normi prelazi postepeno u *jus cogens* norme od kojih ne može odstupiti nijedan subjekat međunarodnog prava, što dovodi do pravne sigurnosti i uspješnog funkcionisanja međunarodne zajednice u cjelini (ili se nadamo da te norme prelaze u *jus cogens* norme i da to dovodi do pravne sigurnosti i uspješnog funkcionisanja međunarodne zajednice u cjelini).

Zabrane seksualnog nasilja, eksplicitne i implicitne, su u savremenoj dobi ugrađene u sve najvažnije instrumente međunarodnog humanitarnog prava. Prva kodifikacija pravila međunarodnog običajnog ratnog prava, Lieberov kodeks iz 1863. godine, sadrži eksplicitnu zabranu silovanja pod prijetnjom smrtne kazne. Ovakva zabrana također je kodifikovana u članu 27. (2) Četvrtе ženevske konvencije iz 1949. godine o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata: „Žene će posebno biti zaštićene protiv svakog napada na njihovu čast, a naročito protiv silovanja, prinuđivanja na prostituciju ili od bilo kojeg bestijalnog napada.” Član 76. (1) Dodatnog protokola I koji se odnosi na međunarodni oružani sukob, predviđa: „Sa ženama će se postupati sa posebnim obzirima i one će biti zaštićene naročito protiv silovanja, prinudne prostitucije i svakog drugog oblika nedoličnog ponašanja.“

Obratimo pažnju na razliku u upotrebi pridjeva i uz njega imenice, u skoro identičnoj normi, iz člana 27. (2) Četvrtе ženevske konvencije. U njoj se koristi standard „bestijalni napad“, a u članu 76. (1) Dodatnog protokola I – “nedolično ponašanje”. Držim da je formulacija iz Dodatnog protokola bolje rješenje.

Nadalje, član 4. (2) E Dodatnog protokola II koji se odnosi na nemeđunarodne oružane sukobe, predviđa zabranu „vrijeđanja ljudskog dostojanstva, naročito ponižavajući i degradirajući postupak, silovanje, prinudnu prostituciju i svaki oblik nedoličnog napada (sad je riječ „o nedoličnom napadu” za razliku od „nedoličnog ponašanja” iz člana 76. (1) Dodatnog protokola I).

Kad je riječ o implicitnim zabranama, član 46. Haške konvencije iz 1907. godine o zakonima i običajima rata na kopnu, koji je primjenjiv na situaciju vojne okupacije, određuje: „Porodična čast i prava, životi pojedinaca i privatna imovina, kao i vjerska uvjerenja i obavljanje vjerskih obreda moraju se poštovati.”

Član 3. koji je zajednički za sve Ženevske konvencije primjenjuje se na međunarodni i nemeđunarodni oružani sukob i zabranjuje „nasilje koje se nanosi životu i tjelesnom integritetu”, uključujući „osakaćenja, svireposti i mučenja“, kao i “povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljive i ponižavajuće postupke.” Ovaj

član je odredba međunarodnog običajnog prava i obavezujući je za sve strane u sukobu. On je zajednički za sve Ženevske konvencije, dakle, inkorporiran je u sve četiri Ženevske konvencije od 12. augusta 1949. godine. Član 14. Treće ženevske konvencije predviđa da „...ratni zarobljenici imaju u svakoj prilici pravo na poštovanje njihove ličnosti i njihove časti“ i da se „prema ženama mora postupati sa svim obzirima koji se duguju njihovom spolu”.

Ovaj uvodni dio izlaganja koji se odnosi na eksplicitne i implicitne zabrane seksualnog nasilja zaključicu konstatacijom da je zabrana silovanja i drugih oblika seksualnog nasilja prihvaćena kao priznata norma običajnog međunarodnog prava primjenjivog i na međunarodne i na nemeđunarodne oružane sukobe. Samo da podsjetim: Bosna i Hercegovina je stranka sve četiri Ženevske konvencije i njihovih Dodatnih protokola. Stranka Ženevskih konvencija i Dodatnih protokola I i II postala je 31. decembra 1992. godine, a 14. marta 2006. godine položila je ispravu o pristupanju Dodatnom protokolu III.

Za njihovu primjenu, u korelaciji s odredbama člana 142. KZ SFRJ (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) i člana 173. KZ BiH (identičan naziv krivičnog djela), a koje se temelje na Ženevskoj konvenciji o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata od 12. augusta 1949. godine, odnosno Četvrtoj ženevskoj konvenciji, nije neophodno (nije uslov postojanja krivičnog djela) da počinitelj zna ili ima namjeru da krši međunarodnu normu, odnosno nije nužno da kršenje blanketnih propisa bude obuhvaćeno sviješću učinioca. Dovoljno je da njegovo ponašanje objektivno predstavlja kršenje pravila međunarodnog prava. Uzoran primjer, istina – preuzet iz već ustanovljene sudske prakse, ovakvog pravnog stava sadržan je u obrazloženju npr. prvostepene odluke Suda BiH, u predmetu protiv Gorana Mrđe i dr., kao i u drugim odlukama istog Suda. O ovoj temi ću se naknadno ponovo izjasniti kad budem navodio u sudskoj praksi usvojene stavove uvaženog profesora Bogdana Zlatarića.

Povijesna je, naučno prihvaćena, činjenica da je seksualno nasilje tokom Drugog svjetskog rata bilo rašireno i da nije procesuirano u odgovarajućoj mjeri u kojoj je imalo svoju tako raširenu pojavnost.

Povelje međunarodnih vojnih tribunala u Nirnbergu i Tokiju nisu izričito inkriminisale seksualno nasilje u bilo kojem pojavnom obliku. Takvo nasilje nije eksplicitno procesuirano pred Nirnberškim tribunalom, a samo u određenoj mjeri pred Tribunalom u Tokiju. Zakon broj 10. Kontrolnog savezničkog vijeća na osnovu

kojeg su sprovedena suđenja nacistima za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovječnosti sadržavao je odredbu prema kojoj je silovanje zločin protiv čovječnosti. Međutim, nijedna eksplicitna optužba za silovanje nije podnesena tokom suđenja u skladu s ovim Zakonom.

Početak 90-ih godina prošlog vijeka povezuje se s najsvieobuhvatnijim napretkom u procesuiranju zločina seksualnog nasilja u oružanom sukobu. Najveći doprinos toj međunarodnoj pravnoj aktivnosti, kao reakciji na – do tada možda najrasprostranjenije, sistematski organizovane ratne zločine, ako ne i šire, ali na prostorima bivše SFRJ i Ruande – zasigurno, dali su MKSJ i MKSR.

Statuti oba tribunala navode silovanje kao zločin protiv čovječnosti, a MKSR ide i dalje, te priznaje „vrijeđanja ljudskog dostojanstva, naročito ponižavajući i degradirajući postupak, silovanje, prinudnu prostituciju i svaki oblik nedoličnog napada“, kao ratni zločin. Dodatno, oba suda su procesuirala počinioce seksualnog nasilja na osnovu odredaba statuta koje nisu sadržavale izričite odredbe o seksualnom nasilju. Tako su utvrdili da seksualno nasilje može predstavljati mučenje, progon, porobljavanje (termin „porobljavanje“ koji se koristi u kontekstu međunarodnog prava i sudske prakse i koji ima identično značenje kao i termin „odvođenje u ropstvo” u KZ BiH) i nečovječna djela kao zločin protiv čovječnosti, kao i mučenje, okrutno postupanje, nečovječno postupanje i povrede ličnog dostojanstva kao ratni zločin. Također su utvrdili da seksualno nasilje može predstavljati genocid (MKSJ, predmet *Furundžija*).

Koristeći napredak u sudskoj praksi koji su postigli MKSJ i MKSR, Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda sadrži najširu artikulaciju zločina seksualnog nasilja u oružanom sukobu do danas. On kodificira silovanje i kao zločin protiv čovječnosti i kao ratni zločin. Statut također predviđa seksualno ropstvo, prisilnu prostituciju, prisilnu trudnoću i bilo koji drugi oblik seksualnog nasilja usporedive težine i kao zločin protiv čovječnosti i kao ratni zločin.

Osim toga, Rimski statut je prvi međunarodni pravni instrument koji je predvidio progon po osnovu roda kao zločin protiv čovječnosti. Bosna i Hercegovina je postala stranka Rimskog statuta 11. marta 2002. godine.

Predmeti ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida se u Bosni i Hercegovini uglavnom sude na osnovu Krivičnog zakona BiH i Krivičnog zakona SFRJ. (Primjena KZ SFRJ u postupcima u predmetima ratnih zločina protiv civilnog

stanovništva i genocida pred Sudom BiH je znatno učestala nakon donošenja presude Evropskog suda za ljudska prava iz 2013. godine u predmetu *Maktouf i Damjanović.*)

KZ BiH izričito propisuje krivično djelo zločina protiv čovječnosti koje uključuje i djela seksualnog nasilja, dok KZ SFRJ, iako propisuje krivična djela ratnih zločina protiv civilnog stanovništva i ratnih zarobljenika te krivično djelo genocida, i to –inkriminirajući unutar pojma seksualnog nasilja samo silovanje i prisilnu prostituciju, ne propisuje krivično djelo zločina protiv čovječnosti u koje su uključena i ona koja se odnose na ostale oblike seksualnog nasilja. Stoga je tačna tvrdnja da Krivični zakon SFRJ ne odražava najviše standarde međunarodnog prava u pogledu kriminalizacije i definiranja seksualnog nasilja u oružanom sukobu kao ratnog zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida. Više formi seksualnog nasilja nije u ovom zakonu eksplicitno obuhvaćeno, uključujući seksualno ropstvo, prisilnu trudnoću, prisilnu sterilizaciju, progon (pa i rodno-zasnovani progon) i druge oblike seksualnog nasilja, kao što je prisilno obnaživanje i seksualno ponižavanje kao zločin protiv čovječnosti, te „svaki drugi oblik seksualnog nasilja koji predstavlja teško kršenje zajedničkog člana 3. za sve Ženevske konvencije.”

Dakle, ograničavanjem inkriminiranja ratnih zločina seksualne prirode na silovanje i prisilnu prostituciju, KZ SFRJ se ocjenjuje kao zakon koji nije u skladu s međunarodnim pravom kada je u pitanju obaveza da se istraži i procesuiraju seksualno nasilje takve prirode.

Odredbom člana 172. stav 1. tačka g) KZ BiH (zločini protiv čovječnosti) propisano je : „Ko, kao dio širokog ili sistematičnog napada usmjerenog bilo protiv kojeg civilnog stanovništva, znajući za takav napad, učini (...) seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju, silovanje, seksualno ropstvo, prisilnu prostituciju, prisilnu trudnoću, prisilnu sterilizaciju ili bilo koji drugi oblik teškog seksualnog nasilja... kaznit će se (...)“ Dok odredbom člana 173. stav 1. tačka e) KZ BiH (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) propisano je: „Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini (...) seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju, silovanje, prisiljavanje na prostituciju (...) kaznit će se (...)“ KZ SFRJ je u članu 142. propisao krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva: „Ko kršeći pravila međunarodnog prava u vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naređuje ili vrši prema civilnom stanovništvu (...) prisiljavanje na prostituciju ili silovanje (...) kaznit će se (...).

Prije decembra 2015. godine u zakonskim normama KZ BiH kojima su propisana krivična djela zločini protiv čovječnosti i ratni zločin protiv civilnog stanovništva bilo je određeno da se krivičnopravne radnje vrše „upotrebom sile ili prijetnje direktnim napadom na život ili tijelo žrtve ili na život ili tijelo njoj bliske osobe”.

U decembru 2015. godine usvojene su izmjene i dopune KZ BiH, i sila ili prijetnja direktnim napadom je brisana iz definicije silovanja u materijalnom zakonu. Sadašnja definicija je u skladu s međunarodnim standardima ustanovljenim sudskom praksom MKSJ, MKSR i Međunarodnog krivičnog suda, koji prepoznaju postojanje prinudnih okolnosti u vrijeme oružanog sukoba, a koje onemogućavaju žrtvi da izbjegne seksualni odnos. Prema ovim standardima, nepotrebno je dokazivanje konkretne upotrebe sile ili prijetnje upotrebom sile u svrhu dokazivanja odsustva pristanka žrtve. Iako sila ili prijetnja silom mogu ukazivati na odsustvo pristanka, međunarodna sudska praksa priznaje da i druge činjenične okolnosti mogu uticati na mogućnost žrtve da pristane na seksualni odnos tokom oružanog sukoba ili napada na civilno stanovništvo.

Kvalitetan primjer takvih odluka sadržan je u praksi MKSR (predmet *Akayesu*), Međunarodnog krivičnog suda (predmet *Bemba*), a posebno u presudi žalbenog vijeća MKSJ, u predmetu *Dorđević*. Pozivajući se na drugostepene presude u predmetima *Kvočka* i *Kunarac*, žalbeno vijeće objašnjava na koji način zatočenje žrtve utiče na pristanak: „Što se tiče pitanja pristanka, žalbeno vijeće smatra da svaki oblik prinude, uključujući djela nasilja ili prijetnje nasiljem (fizičkim ili psihičkim), zloupotrebe ovlašćenja, svaki oblik prijetnje i uopšteno opresivne okolnosti, može da predstavlja dokaz o odsustvu pristanka i često ukazuje na to. Osim toga, status zatočenika, posebno za vrijeme oružanog sukoba, obično poništava pristanak.“

Radnjama izvršenja krivičnog djela zločini protiv čovječnosti iz tačke g) stav 1. člana 172. KZ BiH obuhvaćeni su različiti oblici teškog spolnog nasilja. Mada osim silovanja i drugi oblici teškog spolnog nasilja, bez sumnje, zbog svog značaja, “zaslužuju” poseban osvrt ili barem njihovo osnovno definisanje, ovom prilikom ćemo se primarno osvrnuti na prvonavedeni oblik – silovanje, a ostalim oblicima ćemo dati lapidaran, osnovni opis.

Statuti MKSJ i MKSR ne sadrže definiciju silovanja. U naporu da definišu silovanje u međunarodnom pravu MKSR i MKSJ su koristili različite pristupe pa su stoga došli do drugačijih definicija: konceptualne definicije s jedne strane i definicije

koja je više mehanička, s druge. Pretresno vijeće je u prvostepenoj presudi MKSR, u predmetu *Akayesu* reklo da se „središnji elementi zločina silovanja ne mogu obuhvatiti mehaničkim opisom predmeta i dijelova tijela. U istoj presudi silovanje je definisano kao „fizički prodor seksualne prirode učinjen protiv lica pod okolnostima koje znače prinudu“. U prvostepenoj presudi MKSJ, predmet *Delalić i drugi*, pretresno vijeće je primijenilo ovu definiciju: „Silovanje: fizički napad seksualne prirode, počinjen nad određenim licem pod prisilnim okolnostima.“

U prvostepenoj presudi MKSJ, predmet *Furundžija*, vijeće nalazi da u međunarodnom pravu nema definicije silovanja, a potom je samo usvojilo sljedeću definiciju:

- (i) Seksualna penetracija bez obzira koliko neznatna
 - (a) Vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se počinilac poslužio ili
 - (b) Usta žrtve penisom počinioca,
- (ii) Uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili trećeg lica.

U pogledu odbrane da je žrtva pristala na snošaj, vijeće je reklo da se pristanak nije mogao naći u okolnostima kada je žrtva bila u pritvoru: „svaki oblik zatočeništva isključuje pristanak“. (prvostepena presuda *Furundžiji*, strana 271).

U odnosu na pristup između predmeta *Akayesu*, *Delalić* i *Furundžija* reklo bi se da ovaj drugi ima tu prednost da je precizan te stoga na bolji način upozorava branjenike na prirodu krivičnog djela što je važno sa stanovišta poštovanja načela zakonitosti. On također bolje održava uobičajenu percepciju o silovanju. Stavljanje u usta žrtve nekog predmeta koji nije penis, rijetko bi se smatralo silovanjem mada, zavisno od konteksta, može da bude čin seksualnog nasilja. Štaviše, definicija u predmetu *Furundžija* je već znatno šira od definicija u mnogim domaćim zakonodavstvima: prema engleskom krivičnom pravu, npr. prisilan oralni seks ne smatra se silovanjem.

U prvostepenoj presudi MKSJ, u predmetu *Foča*, pretresno vijeće je, pošavši od definicije u predmetu *Furundžija* preispitalo definiciju silovanja dosta detaljno. Poslije pregleda domaće sudske prakse i zakonodavstva, vijeće je zaključilo da je sa stanovišta nepristanka važnija ozbiljna povreda seksualne autonomije prilikom silovanja od ostvarenja snošaja „prinudom ili silom ili prijetnjom silom protiv žrtve ili trećeg lica“, što je element naglašen u predmetu *Furundžija*. U prvostepenoj presudi u predmetu *Foča* vijeće je konstatovalo:

„*Actus reus* krivičnog djela silovanja prema međunarodnom pravu predstavlja seksualnu penetraciju, bez obzira koliko neznatna ona bila, vagine ili anusa žrtve penisom učinioca ili bilo kojim drugim predmetom kojim se učinilac poslužio, ili usta žrtve penisom počinioca, kada do takve seksualne penetracije dođe bez pristanka žrtve. Pristanak za tu svrhu mora biti dat dobrovoljno kao rezultat slobodne volje žrtve, procijenjen na osnovu konteksta postojećih okolnosti. *Mens rea* je namjera da se postigne ta seksualna penetracija i znanje da se to događa bez pristanka žrtve.“

Sa stanovišta *actus reus*, pretresno vijeće u predmetu *Foča* tako je uglavnom prihvatilo definiciju iz predmeta *Furundžija* s manjom izmjenom u odnosu na element prisile. U pogledu *mens rea* sugerise se da se traži i znanje, a ne samo i bezobzirnost u odnosu na pristanak. To je visok prag, u mnogim sistemima dovoljna je bezobzirnost. Treba primijetiti da je u elementima krivičnih djela MKS usvojio „mehaničkiju“ definiciju silovanja, silovanje kao zločin protiv čovječnosti.

Da zaključimo: prihvaćena sudska praksa MKSJ, MKSR, MKS, Suda BiH (prvenstveno) definisala je silovanje kao zločin protiv čovječnosti, odnosno ratni zločin protiv civilnog stanovništva kao radnju penetracije bez pristanka, bez obzira koliko neznatna ona bila, vagine ili anusa žrtve penisom počinioca ili bilo kojim drugim predmetom ili u usta žrtve penisom žrtve. Pristanak se u ovom smislu odnosi na dobrovoljni pristanak, kao rezultat slobodne volje žrtve. Nepostojanje pristanka može se zaključiti iz postojanja okolnosti u kojima je davanje smislenog pristanka nemoguće.

Sila ili prijetnja silom predstavljaju jasan dokaz nepostojanja pristanka, ali sila *per se* nije obilježje silovanja. Optuženi mora imati namjeru da izvrši zabranjenu seksualnu penetraciju te znanje da se ona dešava bez pristanka žrtve. Znanje o postojanju prisilnih okolnosti koje podrivaju mogućnosti istinskog pristanka može biti dokaz znanja o nepostojanju pristanka.

Ovi prethodno navedeni stavovi su citirani iz presuda MKSR (predmeti protiv *Akayesu*, protiv *Karemera* i protiv *Ngirumpats*) i dosljedno su u praksi prihvaćeni i od ostalih već navedenih sudova.

Od važnosti za već usvojenu, a i buduću sudsku praksu su stavovi vijeća Suda BiH u više predmeta, a koji se sastoje u tvrdnji da se krivično djelo silovanja u kontekstu zločina protiv čovječnosti po svojoj prirodi značajno razlikuje od

krivičnog djela silovanja, kao djela općeg kriminaliteta, kod kojeg se zahtijevaju potkrepljujući dokazi i po pravilu neposredno saslušanje žrtve. Ta vijeća su zaključila da u slučaju silovanja kao čina protiv humanosti "iz objektivnih razloga saslušanje samih žrtava često nije moguće zbog objektivnih razloga, jer su žrtve ubijene, nestale ili bez poznate adrese."

Navedeni stavovi više vijeća Suda BiH naslanjaju se na pravilo 96(i) Pravilnika MKSJ koje se bavi pitanjem potkrepljivanja dokaza, i to samo u slučajevima seksualnih napada za koje, kako stoji u pravilu, nije potrebno potkrepljivanje dokaza.

Naprimjer, u izjavljenoj žalbi protiv prvostepene presude u predmetu *Marković*, odbrana je tvrdila da pretresno vijeće nije pravilno postupilo kada je osudilo optuženog za silovanje samo na osnovu iskaza oštećene. Apelaciono vijeće je odbilo ovaj argument, zaključivši da je „pretresno vijeće moglo osuditi optuženog na osnovu izjava oštećene”, citirajući mišljenje apelacionog vijeća Suda BiH u predmetu *Mejakić i dr.* da "(...) dokaz koji je zakonit, autentičan i vjerodostojan može biti dovoljan da se optuženi osudi, čak i ako je riječ o iskazu samo jednog svjedoka." I ovo je vijeće pravilno uzelo u obzir prirodu silovanja koje se „često vrši pred vrlo malo ili ni pred jednim svjedokom”, te ga je stoga teško potkrijepiti.

Po žalbi u predmetu *Pinčić*, odbrana je tvrdila da je pretresno vijeće pogrešno prihvatilo svjedočenje žrtve kao uvjerljivo jer njezin iskaz da ju je "optuženi silom odveo u drugu sobu" i da joj je „prijetio da će joj dovesti petnaest vojnika u kuću ako ne bude imala spolni odnos s njim" nije bio potkrijepljen iskazom drugih svjedoka. Žalbeno vijeće je istaklo da za utvrđivanje vjerodostojnosti nisu neophodni potkrijepljujući dokazi, citirajući sudsku praksu MKSJ, naprimjer – presudu MKSJ u predmetu protiv *Dragomira Miloševića*.

U nemalome broju predmeta kod Suda BiH, pretresna vijeća su bila u dilemi pred odlukom da li prihvatiti prijedloge odbrane za izvođenje dokaza kojim bi se dokazivao pristanak žrtve na seksualni odnos. Prema odredbi člana 264. st. 3. ZKP BiH, u slučajevima učinjenja krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, pristanak žrtve se ne može upotrijebiti u prilog odbrane optuženog.

Jednostavno tumačenje ove zakonske odredbe ukazuje na to da se pristanak žrtve kao dokaz u predmetima ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida

ne može upotrijebiti ni pod kakvim okolnostima u korist odbrane. Ovakav pristup dodatnu argumentaciju može pronaći i u odredbi stava 1. člana 264. ZKPBiH koja glasi: „Oštećenog krivičnim djelom nije dopušteno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela koje je predmet postupka. Nijedan dokaz koji se iznosi da bi pokazao ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orijentaciju oštećenog neće biti prihvatljiv.“

Ova odredba nije široko postavljena kao odredbe iz Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda, kojima se također zabranjuje i ispitivanje o naknadnom seksualnom ponašanju oštećenog. Međutim, tumačenje da postoji potpuna zabrana izvođenja dokaza o navodnom pristanku žrtve na seksualni odnos dovela bi do kršenja prava optuženog na pravično suđenje, uključujući, posebno, pravo na izvođenje dokaza i ispitivanje svjedoka i unakrsno ispitivanje svjedoka tužilaštva.

Stoga navedenu zakonsku odredbu, po meni, treba fleksibilnije tumačiti – na način koji bi dopustio razmatranje dopustivosti dokaza koji bi ukazao na pristanak žrtve u skladu s praksom međunarodnih sudova, a djelimično i u skladu s dosadašnjom praksom Suda BiH. Od važnosti je istaći da prije odluke o dopustivosti provođenja predloženih dokaza, sud treba ocijeniti njihovu vjerodostojnost i relevantnost i to na ročištu s kojeg je isključena javnost.

Međutim, odluka o dopustivosti uvođenja dokaza u spis predmeta je odvojeno procesno pitanje, a pitanjem pristanka žrtve sud će se baviti naknadno i u slučaju da prihvati prijedlog izvođenja dokaza o navodnom pristanku žrtve na seksualni odnos, i u slučaju da odbije taj prijedlog. U oba slučaja imaće u vidu prihvaćeno, u obimnoj međunarodnoj i domaćoj sudskoj praksi, načelo: U situaciji kada sud utvrdi da je počinitelj iskoristio prinudne okolnosti da počinio djelo seksualnog nasilja tokom oružanog sukoba – nije potrebno razmatrati pitanje pristanka žrtve.

Dovoljno je da tužilaštvo dokaže postojanje prinudnih okolnosti koje je počinitelj iskoristio kako bi počinio, naprimjer – silovanje. Nakon ovoga nije potrebno dokazivati nepostojanje pristanka žrtve. U slučajevima fizičkog lišenja slobode u kontekstu oružanog sukoba, uključujući i ona u zatočeničkim centrima, takve prinudne okolnosti su očigledne.

Ovo načelo je više puta potvrđeno u sudskoj praksi MKSJ, naprimjer u presudi prvostepenog vijeća u predmetu *Milutinović*:

- Svaki oblik prinude, uključujući djela i prijetnje nasiljem, zatočenjem i, uopšteno, prisutne opresivne okolnosti, jednostavno su dokaz koji govori o nepostojanju pristanka. Pored toga, pretresno vijeće stoji na stanovištu da se, kada se neko lice drži u zatočenju, posebno za vrijeme oružanog sukoba, iz tih okolnosti može izvesti zaključak o prinudi i odsustvu pristanka.

Pri „seksualnom ropstvu” počinitelj vrši pojedine ili sve ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva nad jednom ili više osoba, kao što su kupovanje, prodaja, iznajmljivanje ili trgovanje takvom osobom ili osobama ili uskraćivanje njihove osobne slobode. Počinitelj je prisilio takvu osobu ili osobe na jedan ili više postupaka seksualne prirode.

„Prisilna prostitucija” predstavlja prisiljavanje jedne ili više osoba na jedno ili više djela seksualne prirode silom, pod prijetnjom sile ili prisile izazvane strahom od nasilja, prinude, zatočenja, psihološkog ugnjetavanja ili zloupotrebom moći protiv te osobe odnosno protiv neke druge osobe, iskorištavanjem okruženja koje karakteriše nasilje, ili je nasrtaj počinjen na osobu koja nije mogla dati istinski pristanak pri čemu je počinitelj ili druga osoba primila ili je očekivala da će primiti novčanu ili drugu korist u vezi sa činima seksualne prirode ili u zamjenu za njih.

„Prisilna trudnoća” postoji kada je počinitelj prisilio jednu ili više žena da zatrudne, s namjerom da utiče na etnički sastav nekog dijela stanovništva ili izvršio druge teške povrede međunarodnog prava.

„Prisilna sterilizacija“ je oduzimanje jednoj ili više osoba biološke reproduktivne sposobnosti; to ponašanje nije bilo opravdano ni medicinskim ni bolničkim liječenjem osobe ili osoba o kojima se radi niti je izvršeno uz njihov istinski pristanak.

„Bilo koji drugi oblik spolnog nasilja“ obuhvaća slučajeve kada je počinitelj počinio djelo seksualne prirode protiv jedne ili više osoba ili je potaknuo da se ta osoba ili osobe uključe u čin seksualne prirode, silom ili pod prijetnjom sile ili prisile, poput one izazvane strahom od nasilja, prisile, zatočeništva, psihološkog pritiska ili zloupotrebom te osobe ili osoba, odnosno neke druge osobe ili korištenje okruženja koje karakteriše nasilje te nemogućnost te osobe ili osoba da pruži istinski otpor. Ovaj oblik ponašanja treba da ima težinu koja se može usporediti s drugim

krivičnim djelima, odnosno radnjama izvršenja navedenim u tački g) stava 1., pri čemu je počinitelj svjestan stvarnih okolnosti koje su uslovile težinu počinjenog djela. U odnosu na sve radnje teškog spolnog nasilja iz tačke g) stava 1. člana 172, odnosno tačke e) stava 1. člana 173. KZ BiH treba da se radi o ponašanju počinjenom u sklopu širokog ili sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i da je počinitelj znao da je to ponašanje djelimično ili je imao namjeru da to bude udjelom u širokom ili sistematičnom napadu usmjerenom protiv civilnog stanovništva, odnosno (član 173. stav 1. KZ BiH) da je riječ o počiniocu koji krši pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije ili koji naredi ili učini djelo iz tačke e) stav 1. člana 173. KZ BiH.

Za postojanje krivičnog djela iz člana 173. KZ BiH neophodno je da radnje izvršenja djela predstavljaju kršenje pravila međunarodnog prava, što ukazuje na blanketni karakter krivičnog djela; djelo sadrži blanketnu ekspoziciju (“... ko kršeći pravila međunarodnog prava...”) koja upućuje na primjenu odgovarajućih propisa. Prema protokolu 1 uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba pod izrazom „pravila međunarodnog prava koja se primjenjuju u oružanom sukobu”, podrazumijevaju se pravila sadržana u međunarodnim sporazumima u kojima sudjeluju strane u sukobu, kao i principi i pravila međunarodnog prava koji su opće priznati. Prema prevladavajućem shvaćanju u pravnoj teoriji „kršenje pravila međunarodnog prava naznačeno u opisu ovog djela ne predstavlja obilježje bića krivičnog djela u pravnom smislu, tako da okolnost da se radi o kršenju pravila međunarodnog prava ne mora biti obuhvaćena namjerom učinioca, odnosno za izvršenje djela nije potrebno da učinilac ima svijest odnosno znanje o tome da svojim ponašanjem krši pravila međunarodnog prava. Bitno je da ponašanje učinioca samo objektivno predstavlja kršenje pravila međunarodnog prava. Kod ovog krivičnog djela kršenje pravila međunarodnog prava predstavlja objektivni uslov kažnjivosti kojim je posebno određen karakter protivpravnosti djela, tj. djelo mora biti protivpravno i u smislu međunarodnog prava“ (B. Zlatarić).

Postoje i suprotna stajališta, manje prihvatljiva, po kojima se u ovom slučaju radi o elementu protivpravnosti unesenom u zakonski opis krivičnog djela koji mora biti obuhvaćen krivnjom, namjerom učinioca.

Ukoliko naznačene radnje ne predstavljaju kršenje pravila međunarodnog prava, a u odnosu na krivična djela zločini protiv čovječnosti, ako nisu dio širokog ili sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva – neće se raditi o ovim krivičnim djelima već eventualno nekom drugom krivičnom djelu (npr.

krivično djelo ubistva, krivično djelo silovanje, krivično djelo teške tjelesne povrede). Prije nego što se ponovo osvrnem na dio izlaganja koji se odnosi na krivično djelo propisano članom 142. KZ SFRJ, dužan sam istaći, da bih izbjegao moguću nedoumicu zbog navođenih termina *sila* i *prisila*. U semantičkom smislu ove riječi se često upotrebljavaju kao sinonimi. Ona doista u pravnoj nauci označavaju jednu od mana volje zbog koje očitovanje volje nije valjano, pa time nije valjan ni pravni akt koji je iz tog proistekao. Ali, u krivičnom pravu, prisila, podredno sam je koristio u tom smislu, je krivično djelo protiv slobode i prava čovjeka i građanina koje se sastoji u primjeni sile ili prijetnje usmjerene prema drugome radi toga da on nešto učini, ne učini ili trpi. Prisila je, podredno, i obilježje nekih drugih krivičnih djela (npr. silovanja) koja kao primarna isključuju krivično djelo prisile kao supsidijarnu (prividni sticaj).

Cilj zakonodavca koji je propisao odredbu člana 142. KZ SFRJ (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) bio je identičan cilju zakonodavca KZ BiH, a to je zaštita civilnog stanovništva od svakog nehumanog postupka za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije i kažnjavanje onih koji krše pravila međunarodnog prava kojim se ovakve situacije regulišu. Istina, KZ SFRJ je prihvatio sužen spisak krivičnih radnji u odnosu na seksualno nasilje.

I po ovom zakonu, kao i po odgovarajućim odredbama KZ BiH „učinilac ne mora da bude svjestan i činjenice da svojim postupcima krši pravila međunarodnog prava. Jer, povreda pravila međunarodnog prava u opisu ovog krivičnog djela predstavlja objektivni uslov kažnjivosti kojim je posebno određen karakter i okvir protivpravnosti samog krivičnog djela u tom smislu što djelo mora biti protivpravno i po međunarodnom pravu”. (ponovo citat B. Zlatarić).

Radnja izvršenja krivičnog djela iz člana 142. KZ SFRJ koja se dotiče teme ovoga rada sadržana je u “prisiljavanju na prostituciju ili silovanja”.

Pojmovi „prisiljavanje na prostituciju“ i „silovanje” su navedeni u osvrtu na krivična djela predviđena KZ BiH.

U sudskoj praksi međunarodnih, pa i naših sudova, često se nametalo pitanje da li se odgovarajuće zakonske odredbe, a koje se tiču seksualnog nasilja, primjenjuju na rodno neutralan način. Jedan od faktora koji i dalje ima uticaja na pravnu kvalifikaciju je spol žrtve seksualnog napada. Većina predmeta koji se odnose na seksualno nasilje nad muškarcima odnosila se na prisilan seksualni čin

između dviju žrtava muškog spola. Takva djela, konkretno oralni seks pod prisilom između dvije ili više žrtava, predstavljaju „suštinski napad na njihovo ljudsko dostojanstvo”, što bi se moglo kvalificirati kao silovanje.

Na tragu ovakvog poimanja je stav pretresnog vijeća MKSJ u predmetu *Čelebići*: „Pretresno vijeće zaključuje da djelo prisiljavanja dvije žrtve muškog spola na međusobni *felacio* predstavlja, u najmanju ruku, suštinski napad na njihovo ljudsko dostojanstvo. Shodno tome, pretresno vijeće nalazi da to djelo predstavlja krivično djelo nečovječnog postupanja prema članu 2. Statuta i surovog postupanja prema članu 3. Statuta. Pretresno vijeće konstatuje da bi naprijed navedeno djelo moglo predstavljati silovanje koje bi moglo povlačiti odgovornost ako bi se za njega teretilo na odgovarajući način.” Ovakav stav slijedi i kvalifikacija djela iz presude MKSJ u predmetu *Češić*. U njemu je utvrđeno da je optuženi prisilio dva brata na međusobni oralni odnos. Sud ga je oglasio krivim za silovanje kao zločin protiv čovječnosti.

Međunarodna sudska praksa o seksualnom nasilju nad muškarcima značajno je unaprijeđena presudom MKS u predmetu *Bemba* iz 2016. godine. Ovdje je sud prihvatio stav MKSJ o prisilnoj oralnoj penetraciji: „Vijeće ističe da definicija silovanja obuhvata čin 'nasrtaja' na bilo koji dio tijela žrtve, uključujući tu i usta žrtve, spolnim organom. Kao što je to potvrđeno sudskom praksom MKSJ, oralna penetracija spolnim organom može se poistovjetiti sa silovanjem, a predstavlja istu vrstu degradirajućeg suštinskog napada na ljudsko dostojanstvo koji može biti podjednako ponižavajući i traumatičan kao i vaginalna i analna penetracija.”

Ovo vijeće ide i korak dalje i naglašava rodno neutralni karakter Statuta MKSJ: „Vijeće naglašava da, prema elementima zločina, pojam „nasrtaja” treba biti utvrđen dovoljno široko da omogući rodnu neutralnost. Prema tome, „nasrtaj”, prema primjenjivom pravnom okviru Suda, obuhvata i penetraciju između seksualnih partnera istog spola, te se odnosi na počinioce i na žrtve oba spola.”

Od značaja je prihvatanje ovakve prakse u predmetu *Begović* Suda BiH. Sud je optuženog Begovića oglasio krivim za prisiljavanje nekoliko zatvorenika muškog spola na međusobni oralni seks, kao i guranje cijevi automatske puške u analni otvor zatvorenika. Za ova djela optuženi je osuđen za nečovječno postupanje i silovanje kao ratni zločin protiv civilnog stanovništva, prema odredbama člana 142. st.1. KZ SFRJ. Treba posebno istaći da sud u ovoj presudi na nekoliko mjesta djela

seksualnog nasilja tretira kao „silovanje“, čime je uveden novi standard u sudsku praksu Suda BiH u oblasti seksualnog nasilja počinjenog nad žrtvama muškog spola.

Za dodati je da Apelaciono vijeće Suda BiH u predmetu *Begović*, preinačivši prvostepenu presudu samo u pogledu odluke o kazni, u svojoj odluci nije inkriminisane radnje kvalificiralo kao „silovanje“, već je potvrdilo odluku prvostepenog vijeća u pogledu pravne kvalifikacije djela, kojom je optuženi oglašen krivim za „seksualno zlostavljanje“, što predstavlja nešto širi pojam.

Ni u predmetima *Zelenika*, *Vlačo* i *Macić*, vođenim pred Sudom BiH za slične radnje, optuženi nisu oglašeni krivim za silovanje, već za zločin protiv čovječnosti: fizičkim zlostavljanjem uključujući seksualno zlostavljanje, za nečovječno postupanje učinjeno u namjeri nanošenja velike patnje, odnosno za nečovječno postupanje.

Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini je u svome izvještaju o postizanju pravde za žrtve seksualnog nasilja u oružanom sukobu u BiH od 2014. do 2016. godine posebno apostrofirala da je Sud BiH „ostvario napredak ka priznavanju rodno neutralne prirode krivičnog djela seksualnog nasilja“, što predstavlja, kako se to u izvještaju navodi, 'pozitivnu promjenu u pristupu pravosuđa'...”

Značajem procesuiranja zločina seksualnog nasilja u ratnim sukobima i zaštite žrtava seksualnog nasilja ne kanim se više baviti, barem ne u ovome uratku. Neću se osvrutati na broj unesrećenih ljudi koji su pretrpjeli seksualno nasilje u ratnim prilikama (a oni su zastrašujući, pogotovo oni koji se odnose na posljednje ratove u bivšoj SFRJ i Ruandi) niti ću se doticati ostalih aspekata ove tako široke teme naslovljene kao *Seksualni delikti u ratnim zločinima*.

Svrha kažnjavanja u smislu odredbe člana 39. tačka d) Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine je, između ostalog, i utjecanje ”na svijest građana o pogibeljnosti [Priznajem: s nelagodom upotrebljavam ovu zakonsku, a semantički i logički posve neprikladnu riječ, povezanu s pojmom krivičnog djela.²] krivičnih

² U sva tri rječnika našeg jezika, u Bosni i Hercegovini službeno nazivanog srpskim, hrvatskim i bosanskim, a vjerovatno i u crnogorskom, imenica pogibelj (rus.) primarno označava opasnost pogibije, smrtnu opasnost, prilog pogibeljno – po život opasno, smrtno opasno, a pridjev pogibeljan – po život opasan, smrtno opasan. U zakonskoj normi člana 39. tačka d) KZBiH koja propisuje da je svrha kažnjavanja, osim ostalog i da se utječe na svijest građana o POGIBELJNOSTI krivičnih djela, riječ POGIBELJNOST prosto nema mjesta u

djela”, da se uzdržavaju od kriminalnog ponašanja, a do prihvatanja takvog odnosa će doći prije kod onih građana koji su već senzibilizirani. Zločini se događaju i zbog manjka empatije prema žrtvama. Ratovi se događaju i zbog manjka empatije prema drugim skupinama ljudi. Pred nosiocima pravosudnih funkcija, svakako, a i pred svim drugim, stalni je zadatak – da bivaju otvoreni za proces neposrednog uživanja u emocionalna stanja, mišljenja i ponašanja drugih ljudi, što pojam empatije u psihologiji i označava. Generalna prevencija se ne bi smjela zadržavati samo na prijetnji represijom, upućenoj mogućim budućim optuženicima. Trebalo bi da sadržava i stvaranje široko prihvaćene empatije prema žrtvama.

Literatura:

- Džon R. V.D. Džouns i Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, Transnation Publisher, Ardsli, Njujork, Oksford, SAD .
- Serge Brammertz i Michelle Jarvis, *Procesuiranje zločina seksualnog nasilja u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju*, 2017.
- OSCE, februar 2014.godine, *Borba protiv nekažnjivosti za seksualno nasilje u oružanom sukobu u BiH: postignuti napredak i izazovi*.
- OSCE, 2017, *Postizanje pravde za žrtve seksualnog nasilja u oružanom sukobu u BiH: Napredak ostvaren pred sudovima u BiH od 2014. do 2016. godine*.
- Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, *Komentari zakona o krivičnom/ kaznenom postupku u BiH*, Sarajevo 2005. godine.
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH 3/2003. do 35/2018.
- Zakon o krivičnom postupku BiH, Službeni glasnik BiH 3/2003. do 65/2018.
- Četvrta Haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine
- Dodatni protokol uz Ženevske konvencije od 12.08.1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba od 8.6.1977. godine (Protokol 1.)
- Dodatni protokol uz Ženevske konvencije od 12.08.1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba od 8.6.1977. godine (Protokol 2.)
- Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12.08.1949. godine.
- Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama na moru od 12.08.1949. godine.

kontekstu cjelokupnosti posljedica koje mogu nastupiti izvršenjem svih krivičnih djela. Usput, ni u jednom od navedenih rječnika ne postoji riječ – pogibeljnost, samo pogibelj. Da li je baš svako počinjeno krivično djelo za koje je izrečena kazna – po život opasno, smrtno opasno?

- Ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima od 12.08.1949. godine.
- Ženevska konvencija o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata od 12.08.1949. godine.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od 04.11.1950. godine, stupila na snagu 03.09.1953. godine.
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen 16.12.1966. godine, stupio na snagu 23.03.1976.
- Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, usvojen 17.07.1998. godine, stupio na snagu 01.07.2002. godine.
- Pravilnik o postupku i dokazima MKSJ, usvojen 11.02.1994. godine.
- Bogdan Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni 1/2*, Narodne novine, Zagreb, 1956.
- Bogdan Zlatarić, *Međunarodno krivično pravo*, Informator, Zagreb, 1979.
- B. Krivokapić, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
- Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011.
- Ajla Škrbić, *Međunarodno humanitarno pravo: Historijska pozadina, izvori i osnovna pravila*, Pravne teme, godina 4, broj 7.
- V. Morris i M. Scharf, *An Insiders Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*.
- *Pravna enciklopedija*, Savremena Administracija, Beograd, 1979.

Lejla Džaferbegović, pravna savjetnica u Sudu Bosne i Hercegovine

**ODUZIMANJE PREDMETA U KRIVIČNOM POSTUPKU, U
KONTEKSTU ČLANA 1. PROTOKOLA BROJ 1. UZ EVROPSKU
KONVENCIJU O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA**

Uvod

Oduzimanje predmeta (član 74. Krivični zakon Bosne i Hercegovine) u krivičnom postupku je krivičnopravna sankcija i jedna od zakonom propisanih mjera sigurnosti, čija svrha je da se otklone stanja ili uslovi koji mogu uticati da učinitelj ubuduće učini krivična djela.

U svrhu analize krivičnopravne prirode mjere sigurnosti oduzimanje predmeta, korisno je izložiti najprije zakonsku odredbu koja predstavlja pravni temelj za njeno izricanje u krivičnim predmetima. Naime, odredbom člana 74. KZ BiH propisano je:

- (1) *Predmeti koji su na bilo koji način u cjelini ili djelomično, upotrijebljeni ili su bili namijenjeni da budu upotrijebljeni za počinjenje krivičnog djela ili koji su nastali počinjenjem krivičnog djela bit će oduzeti ako su vlasništvo počinioca.*
- (2) *Predmeti iz stava (1) ovog člana bit će oduzeti i kada nisu vlasništvo počinioca, ali time se ne dira u prava trećih lica na naknadu štete od počinioca.*

Iz citiranog zakonskog teksta odredbe člana 74. KZ BiH ne proizilazi da bi se u praktičnoj primjeni ove odredbe mogli pojaviti problemi, budući da se istom jasno i konkretno određuje šta se smatra predmetima koji bi se u smislu ove zakonske odredbe trebali oduzeti, kako od počinioca kao vlasnika predmeta tako i u situacijama kada predmeti nisu vlasništvo počinioca, odnosno kada su vlasnici treća lica.

Ovo posebno kada se ima u vidu da je zakonodavac za pojedina krivična djela propisao i imperativne odredbe oduzimanja predmeta, odnosno izricanja mjere sigurnosti kao obavezne mjere, tačnije krivičnopravne sankcije.¹

¹ Imperativne odredbe kojima je propisano izricanje mjere sigurnosti kao obavezno u okviru sljedećih krivičnih djela: **Neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom te proizvodima dvojne upotrebe, član 193. stav 6. KZ BiH**, propisano je sljedeće: „*Oružje, vojna oprema, proizvodi dvojne namjene kao i sredstva za njihov transport ili rasturanje bit će oduzeti.*“

Međutim, nakon pojedinih odluka Ustavnog suda BiH, pojavili su se problemi u praktičnoj primjeni ovih odredbi, odnosno izricanja mjere sigurnosti, budući da je prema navodima Ustavnog suda, potrebno razmatrati izricanje mjere sigurnosti oduzimanja predmeta, prije svega, u kontekstu i sa aspekta prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine, te posebice člana 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju (zaštita imovine), pa tek onda u kontekstu imperativnih zakonskih normi propisanih krivičnim zakonodavstvom BiH.

Upravo iz tih razloga, potrebno je analizirati praksu, kao i stavove Evropskog suda u sličnim pravnim predmetima, a u okviru kojih su izneseni kriteriji na koje se Ustavni sud poziva u svojim odlukama, a koje je potrebno pratiti i cijiniti kako bi se donosile odluke u skladu sa garancijama iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju.

Odluke Evropskog suda u pogledu pravila i kriterija koja proizilaze iz člana 1. Protokola broj 1. (zaštita prava na imovinu)

Član 1. Protokola 1. EKLJP propisuje: *“Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.”*

Iz navedenog proizilazi da član 1. Protokola br. 1 obuhvata tri različita pravila: prvo pravilo, koje je izraženo u prvoj rečenici prvog stava i koje je opće prirode, izražava princip mirnog uživanja imovine; drugo pravilo, u drugoj rečenici istog stava, odnosi se na lišavanje imovine uz određene uslove; treće pravilo, sadržano u stavu dva ovog člana, dozvoljava da države potpisnice, između ostalog, imaju pravo da kontrolišu korištenje imovine u skladu s općim interesom ili u svrhu naplate poreza i ostalih doprinosa ili kazni.

Krivično djelo Krijumčarenje ljudi, član 189. stav 6. KZ BiH: *„Predmeti ili prijevozna sredstva upotrijebljena za izvršenje djela bit će oduzeti.“* **Krivično djelo Nedoovoljeno oružje i druga sredstva borbe iz člana 193a. stav 7. KZ BiH:** *„Hemijsko ili biološko oružje neko drugo borbeno sredstvo zabranjeno pravilima međunarodnog prava te sredstva za kontrolu nereda iz ovog člana kao i sredstva za njihov transport ili rasturanje bit će oduzeti“* itd.

Sva tri pravila, sudeći po praksi Evropskog suda su povezana: drugo i treće pravilo se odnose na pojedine slučajeve miješanja u pravo na mirno uživanje imovine i trebaju biti tumačena u svjetlu općeg principa izraženog u prvom pravilu (vidi *AGOSI protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24. oktobar 1986., stav 48., Serija A br. 108, te *Centro Europa 7 S.r.l. i Di Stefano protiv Italije* [VV], br. 38433/09, stav 185., ESLJP 2012. godine).

Evropski sud je u nekoliko navrata ispitivao pitanja koja se postavljaju u vezi s mjerom konfiskacije primijenjenom u odnosu na imovinu koja je nezakonito korištena, a s ciljem sprečavanja dalje nezakonite upotrebe. Neki od tih predmeta odnosili su se na zapljenu prihoda od krivičnih djela (*productum sceleris*) (vidi npr., *Frizen protiv Rusije*, br. 58254/00, stav 31, 24. mart 2005. godine, s daljim pozivanjima), drugi su se ticali konfiskacije stvari koje su bile predmet/objekt krivičnog djela (*objectum sceleris*) (vidi npr., *AGOSI*, citiran gore, stav 51., te noviji, *Sulejmani protiv bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, br. 74681/11, stav 40., 28. april 2016. godine), a druga opet konfiskacije stvari i sredstava kojima su krivična djela počinjena (*instrumentum sceleris*).

Konkretni predmeti Suda BiH u kojima je utvrđena povreda prava na imovinu od Ustavnog suda, spadaju u posljednju kategoriju, budući da naše zakonodavstvo predviđa obveznu konfiskaciju *instrumenta sceleris*, a radi sprečavanja činjenja novih krivičnih djela, posebno za određena krivična djela, kako je to već navedeno ranije. Iz obrazloženja odluke Suda BiH² proizilazi da je svrha mjera sigurnosti prevashodno specijalna prevencija, ali da pri tome ne treba zanemariti ni generalnu prevenciju krivičnih djela, te da bi vraćanje vozila pravnom licu, koje je u njegovom vlasništvu, dovelo u pitanje preventivnu svrhu izricanja sankcije prema optuženom. Dakle, prema stavu vijeća Apelacionog odjeljenja iznesenog u konkretnom predmetu, mjera sigurnosti oduzimanja predmeta, u konkretnom slučaju putničkog motornog vozila u vlasništvu trećeg lica, predstavlja krivičnopravnu sankciju prema osuđenom i vraćanjem predmetnog vozila, osuđeni bi bio oslobođen obaveze da nadoknadi štetu trećem licu u parničnom postupku, te bi u tom smislu specijalna prevencija bila upitna i poslala bi se negativna poruka u javnost. Dalje, zaključuje Apelaciono vijeće, kada je u pitanju generalna prevencija, želi se ukazati na ozbiljnost predmetnog krivičnog djela, na globalnom nivou, te da

² Drugostepena presuda Suda BiH broj: **S1 3 K 019120 18 Kž 6 od 07.11.2018. godine.**

negativni trendovi iznajmljivanja vozila od *rent a car* kuća u cilju vršenja najozbiljnijih krivičnih djela (kao što je npr. Terorizam), neće ostati nekažnjeni, te da im se treba pokloniti posebna pažnja. Upravo na ovaj način, prema mišljenju Apelacionog vijeća, opći interes preteže nad interesom *bona fide* vlasnika putničkog motornog vozila na mirno uživanje vlasništva, kao i da shodno tome nema povrede prava na imovinu koje je zagantovano u članu II/3.k) Ustava i članom 1. Protokola broj 1. uz EKLJP.

Nasuprot iznesenom stavu i zaključku vijeća Apelacionog odjeljenja, u predmetima u kojima se trajno oduzima vlasništvo trećim licima, bez realne mogućnosti povrata predmeta, Evropski sud iznosi da zapljena instrumenata, sredstava kojima je počinjeno krivično djelo od trećih osoba ne uključuje isti nivo hitnosti kakav ima konfiskacija prihoda od ili objekata krivičnog djela, gledano sa aspekta javnog interesa. Stoga se u određenim okolnostima trajno oduzimanje predmeta može *ispitivati u smislu druge rečenice prvog stava člana 1. Protokola br. 1, koja obuhvata lišavanje vlasništva*. Zapravo, u sličnom predmetu *Andonoski protiv Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije* (br. 16225/08, stav 12., 17. septembar 2015. godine), koji se odnosio na zapljenu automobila podnositelja predstavke koji je korišten da se počini krivično djelo, Sud je odlučio da je trajna priroda mjere koja dozvoljava konačan prenos vlasništva, bez mogućnosti povrata, dovela do lišavanja vlasništva (ibid., stav 30.).

Postavlja se pitanje da li takvo trajno oduzimanje predmeta, predstavlja usklađenost sa zahtjevima iz drugog člana stava člana 1. Protokola broja 1.?

Analizirajući odluke Evropskog suda, u kojima je ispitivao pitanja koja se postavljaju u vezi sa mjerom konfiskacije primijenjenom u odnosu na imovinu koja je nezakonito korištena, a s ciljem sprečavanja dalje nezakonite upotrebe, može se zaključiti da je iznio nekoliko kriterija koji se trebaju analizirati prilikom uplitanja u imovinska prava vlasnika kojima se trajno oduzima vlasništvo u krivičnim postupcima, te time dao odgovor na postavljeno pitanje.

Prvi kriterij – uplitanje mora biti propisano zakonom i imati razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja su upotrebljena i cilja koji se želi postići oduzimanjem;

Naime, sud mora ispitati da li je uplitanje u imovinska prava podnositelja bilo opravdano prema drugom stavu člana 1. Protokola br. 1. U skladu sa praksom Suda, uplitanje u svrhu tog stava mora biti propisano zakonom i mora slijediti jedan

ili više zakonitih ciljeva. Uz to, mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja su upotrebljena i cilja koji se želi postići. Drugim riječima, Sud mora utvrditi da li je postignuta ravnoteža između zahtjeva javnog interesa i interesa pojedinca ili pojedinaca o kojima je riječ (vidi *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, 23. septembar 1982. godine, stavovi 69. i 73., Serija A br. 52, i *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 21. februar 1986. godine, stav 50., Serija A br. 98). Pri tome, Sud ostavlja široku slobodu procjene po pitanju izbora sredstava primjene, kao i utvrđivanja da li su posljedice primjene opravdane u javnom interesu u svrhu postizanja svrhe zakona o kojem je riječ (vidi *AGOSI*, citiran gore, stav 52., i *Vistiņš i Perepjolkins protiv Latvije* [VV], br. 71243/01, stav 109., 25. oktobar 2012. godine).

Drugi kriterij – uzimanje u obzir krivnje ili brige koje se mogu pripisati vlasniku kojem se oduzima imovina;

Kada je u pitanju postizanje pravične ravnoteže između sredstava koje domaće vlasti koriste za sprečavanje izvršenja određenih krivičnih djela i zaštite imovinskih prava podnositelja, Evropski sud ponavlja da ta ravnoteža ovisi o mnogim čimbenicima, od kojih je ponašanje vlasnika imovine samo jedan element svih okolnosti koje je potrebno uzeti u obzir (vidi *AGOSI*, citiran gore, stav 54.). Naime, sud mora razmotriti da li su postupci vođeni u konkretnom predmetu omogućili razumno uzimanje u obzir stupnja krivnje ili brige koji se mogu pripisati trećem licu, podnositelju predstavke – kompaniji ili, barem, uzimanje u obzir odnosa između postupanja kompanije i kršenja zakona do kojega je, van svake sumnje, došlo, te, isto tako, da li su postupci o kojima je riječ dali podnositelju predstavke – kompaniji razumnu mogućnost iznošenja svog slučaja pred odgovorne organe vlasti (ibid. stav 55.). Potrebno je napraviti opsežan uvid u postupke koji su primijenjeni da bi se moglo utvrditi da li su ovi uvjeti ispunjeni (ibid.).

Treći kriterij - strogost nacionalnih propisa i preveliki teret na treća lica kojima se oduzima imovina;

Iz sadržaja odluka Suda BiH, strogost nacionalnih propisa posve je opravdana zbog ozbiljnosti pojedinih krivičnih djela, posebice onih povezanih s drogom ili terorizmom. Po mišljenju Suda, priroda takvih krivičnih djela, način na koji su počinjena, te posljedice koje imaju po zdravlje i život ljudi opravdavaju obaveznu zapljenu sredstava transporta, bez obzira na vlasništvo, te bi svako drugo regulatorno rješenje značajno umanjilo mogućnost učinkovite prevencije tih krivičnih djela.

Po mišljenju Evropskog suda, nema sumnje da zaštita ljudskog života ili zdravlja, predstavlja osnovu koja je navedena kao opravdanje za navedenu mjeru, te da zahtijeva odlučnu akciju država potpisnica kako bi se smanjio broj krivičnih djela. Nasuprot tome, vlasništvo koje je upotrebljeno da bi se počinilo to krivično djelo može, kao što je to slučaj u konkretnim predmetima, nametnuti prevelik teret na treću stranu kojoj pripada navedena imovina. Stvaranje balansa između općeg interesa sprečavanja kriminala i zaštite prava pojedinaca (vidi stav 39. gore i *Air Canada*, citiran gore, stav 36.) u ovim okolnostima stoga znači da nametanje takvog tereta vlasniku relevantne imovine *može biti opravdano samo ako rizik povrata njegove imovine omogućava ponovno vršenje krivičnih djela i podriva borbu protiv organiziranog kriminala, te tako preteže nad interesom vlasnika za povrat imovine.*

U predmetu *B. K. M. Lojistik Tascimacilik Ticaret Limited Sirketi protiv Slovenije (42079/12 od 17.01.2017. godine)*, Evropski sud u vezi s naslovljenim kriterijem iznosi da je potrebno ocijeniti da li su sredstva preinačena za potrebe krijumčarenja droge, da li je bilo prethodnih incidenata koji bi bili prouzročeni propustom podnositelja predstavke – kompanije da spriječi prevoz nezakonitih pošiljki njihovim vozilom koji bi doveli do postavljanja pitanja u vezi sa odgovornošću podnositelja predstavke – kompanije za počinjeno krivično djelo (vidi, za razliku od *Air Canada*, citiran iznad, stavovi 6. i 44.). Navedeno, skupa sa činjenicom da je vozaču kamiona suđeno za krijumčarenje drogom i da je osuđen na zatvorsku kaznu u trajanju od devet godina (vidi stav 11. iznad), teško može dovesti do zaključka da bi kamion ponovno mogao biti korišten za prevoz ilegalnih supstanci (vidi, *mutatis mutandis*, *Vasilevski*, citiran gore, stav 58.). U svjetlu navedenog, Evropski sud ne vidi kakve negativne posljedice bi mogle proizaći iz vraćanja kamiona vlasniku. Ovo posebno stoga što, kako tvrdi Vlada, podnositelj predstavke – kompanija može otkupiti kamion na javnoj dražbi. Također, pod pretpostavkom da je podnositelj predstavke – kompanija zaista ponovno kupila kamion na licitaciji, Sud želi istaći da se to ne može smatrati pravnim lijekom za štetu nastalu zapljenom, jer rekvizicija vozila ovisi o plaćanju cijene postignute na dražbi. Što nas konačno dovodi i do zadnjeg kriterija koji je potrebno cijeniti u svjetlu uplitanja u imovinska prava vlasnika te lišavanja prava vlasništva.

Četvrti kriterij – zahtjev za naknadu štete u parničnom postupku takve je prirode da povlači za sobom dalju neizvjesnost po pitanju imovine bona fide vlasnika;

Tvrđnje da domaći propisi daju trećim licima, vlasnicima, učinkovitu mogućnost dobivanja kompenzacije/naknade za novčani gubitak tako što će je tražiti od osuđenih osoba kao strane odgovorne za pretrpljenu štetu u parničnom postupku,

prema zaključcima Evropskog suda povlače za sobom dalju neizvjesnost po pitanju imovine *bona fide* vlasnika jer bi se moglo utvrditi da je počinitelj nesolventan. Nije smatrano da zahtjev za kompenzaciju omogućava *bona fide* vlasnicima zadovoljavajuću mogućnost iznošenja svojih predmeta pred nadležne domaće organe vlasti. Naime, sud smatra pretjeranim zahtijevati od trećih lica, podnositelja predstavke – kompanije da započne novi postupak protiv osuđenih lica, da bi osigurao povrat gubitka nastalog uslijed radnji domaćih organa vlasti.

U svjetlu gore navedenih razmatranja, Evropski sud je u konkretnom predmetu *B.K.M. Lojistik Tascimacilik Ticaret Limited Sirketi protiv Slovenije (42079/12 od 17.01.2017. godine)* zauzeo stav da obvezna konfiskacija vozila podnositelja predstavke – kompanije, s obzirom na to da ne postoji realna mogućnost da se dobije naknada za nastali gubitak, nije u dovoljnoj mjeri uzela u obzir interese podnositelja predstavke – kompanije. Sud stoga nalazi da u konkretnom predmetu nije postignuta pravična ravnoteža između zahtjeva općeg interesa javnosti i prava podnositelja predstavke – kompanije na mirno uživanje vlasništva, te da je teret nametnut podnositelju predstavke – kompaniji bio prevelik.

Zaključak

Pravo vlasništva je apsolutno pravo pojedinca i svako uplitanje u imovinska prava, u vezi s mjerom konfiskacije imovine koja je nezakonito korištena, mora biti opravdano prema članu 1. Protokola broj 1. EKLJP. Uplitanje u svrhu tog člana mora biti propisano zakonom i mora slijediti jedan ili više zakonitih ciljeva, te uz to mora postojati razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja su upotrebljena u izvršenju krivičnog djela i cilja koji se želi postići izricanjem mjere sigurnosti.

Drugim riječima, Sud mora utvrditi da li je postignuta ravnoteža između zahtjeva javnog interesa i interesa pojedinca ili prava pojedinaca na mirno uživanje vlasništva (vidi *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, 23. septembar 1982. godine, stavovi 69. i 73., Serija A br. 52, i *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 21. februar 1986. godine, stav 50., Serija A br. 98). Pri tome, Sud ostavlja široku slobodu procjene po pitanju izbora sredstava primjene kao i utvrđivanja da li su posljedice primjene opravdane u javnom interesu u svrhu postizanja svrhe zakona o kojem je riječ (vidi *AGOSI*, citiran gore, stav 52., i *Vistinš i Perepjolkins protiv Latvije* [VV], br. 71243/01, stav 109., 25. oktobar 2012. godine).

U predmetima pred Sudom BiH, kada je u pitanju izricanje mjere sigurnosti oduzimanje predmeta, primjenjivane su odredbe koje su naprijed citirane (član 74. KZ BiH), te su i obrazloženja sudskih odluka slijedila uglavnom tumačenja tih zakonskih odredbi, koje su predstavljale pravni temelj za oduzimanje predmeta upotrijebljenih za izvršenje krivičnih djela.

Zakonom je, dakle propisano da predmeti koji su upotrijebljeni ili su bili namijenjeni za učinjenje krivičnog djela ili koji su nastali učinjenjem krivičnog djela mogu se oduzeti i kada nisu vlasništvo učinitelja – *ako to zahtijevaju interesi opće sigurnosti i interesi morala, a takvo oduzimanje tih predmeta mora biti apsolutno neophodno*. Propisano je da se *time ne dira u prava trećih lica na naknadu štete od počinioca*.

Neka krivična zakonodavstva kada je u pitanju oduzimanje predmeta i naknada štete od počinioca, predviđaju i druga rješenja, tako npr. krivični zakonik R Hrvatske (član 79. stav 3.) propisuje da: „*vlasnik oduzetog predmeta ili sredstva koji nije počinitelj djela ima pravo na povrat predmeta i sredstva ili **naknadu njegove tržišne vrijednosti iz državnog proračuna, osim ako je najmanje krajnjom nepažnjom** pridonio da predmet ili sredstvo bude namijenjeno ili upotrijebljeno za počinjenje kaznenog djela ili da nastane njegovim počinjenjem ili ako je probavio predmet ili sredstvo znajući za okolnosti koje omogućuju njegovo oduzimanje.*“

Dakle, iznesenim zakonskim rješenjem predviđeno je da treća lica imaju mogućnost da naknade štetu od počinitelja, međutim bez provođenja posebne parnice i eventualne neizvjesnosti, koju kao problematično zakonsko rješenje posebno potencira Evropski sud, a po pitanju imovine *bona fide* vlasnika jer bi se moglo utvrditi da je počinitelj nesolventan. Iz citirane zakonske odredbe proizilazi da postoji mogućnost naknade tržišne vrijednosti iz državnog proračuna, osim ako se u krivičnom postupku nije utvrdilo da je treće lice najmanje krajnjom nepažnjom pridonijelo da predmet ili sredstvo bude namijenjeno ili upotrijebljeno za počinjenje kaznenog djela, čime se isključuje problematika koju Evropski sud konstatuje kroz četvrti kriterij, navodeći da je zahtjev za naknadu štete u parničnom postupku takve prirode da povlači za sobom dalju neizvjesnost po pitanju imovine *bona fide* vlasnika.

Iz sadržaja sudskih odluka Suda BiH proizilazi da su sudeća vijeća cijenila u svakom konkretnom slučaju prirodu i namjenu oduzetih predmeta i stepen opasnosti koju oni predstavljaju za opću sigurnost odnosno u kojoj mjeri ti predmeti vrijeđaju

moral. Upravo cijeneći naprijed navedene kriterije, kao i činjenice i okolnosti konkretnog slučaja, te posebno da je u pojedinim predmetima zakonom propisano imperativno oduzimanje predmeta, odnosno izricanje mjere sigurnosti, kao krivičnopravne sankcije, Sud BiH je donosio odluke kojima je trajno oduzimao predmete kojima su učinjena krivična djela, te sa istom argumentacijom donosio i odluke kada je oduzimanje predmeta vršeno od trećih osoba. Dakle, „miješanje“ u pravo trećeg lica na imovinu izvršeno je u skladu sa zakonom, što bi predstavljalo dovoljnu pravnu osnovu za trajno oduzimanje predmeta.

Međutim, kada imamo u vidu sve izneseno, a posebice kriterije u odlukama Evropskog suda, posve je jasno da je samo jedan od kriterija onaj koji se odnosi na okolnost da je oduzimanje propisano zakonom, te da se mjera sigurnosti koja dovodi do lišavanja vlasništva trećim licima, izriče samo u onim slučajevima u kojima postoji pravična ravnoteža između zahtjeva općeg interesa javnosti i prava pojedinaca na mirno uživanje vlasništva, kao i da teret „oduzimanja“ prava vlasništva trećih lica nije prevelik. U suprotnom, kako prema stavu i zaključcima Evropskog suda, tako i Ustavnog suda BiH³, utvrđuje se povreda prava na imovinu iz člana II/3. k) Ustava BiH i člana 1. Protokola broj 1. uz EKLJP.

³ Odluke Ustavnog suda AP 2742/16 od 11.09.2018. godine; Ap 242/17 od 17.07.2019. godine;

Vesna Trifunović, sudija Suda Bosne i Hercegovine

SUDSKA ZAŠTITA PRAVA NA PRIVATNOST U BOSNI I HERCEGOVINI¹

Savremeni život ispunjen je brzim napretkom tehnologija što omogućavaju svakom pojedincu produciranje i emitovanje informacija i snimaka koji mogu sadržavati podatke ili videozapise koji se odnose na druge osobe. Mogućnost kupovine putem interneta, podnošenje prijave elektronskim putem, te zahtjevi pružaoca usluga i organa vlasti za davanjem različitih podataka, imaju za posljedicu da građani daju podatke koji se tiču njihove ličnosti i privatnosti. Pored toga socijalni život današnjice odvija se putem društvenih mreža, a popularnost *reality show-a* briše granice između intimnog i javnog. Sve ovo nameće potrebu rasprave o pravu na privatnost, načinu na koji se ovo pravo krši i kako se može zaštititi u sudskim postupcima, pa ovaj rad ima za cilj doprinos što efikasnijem i kvalitetnijem ostvarivanju sudske zaštite.

Definicija privatnosti

Termin privatnost je u svakodnevnoj upotrebi. Međutim, ne radi se samo o jezičkoj definiciji, jer privatni život predstavlja širok pojam pa je za razumijevanje ovog prava nužno definisati sam pojam privatnosti.

Privatnost osobe predstavlja područje koje nije javno, koje se odnosi na samu osobu i u kojem području se ne djeluje u ime vlasti, poslodavca i sl.

Privatnost je pravni i društveni koncept prema kome svaki pojedinac može određene aktivnosti i uz to vezana osjećanja, mišljenja i predmete zadržati u privatnoj sferi. Šta se smatra privatnom sferom značajno se razlikuje u različitim kulturama (sadržaj privatnosti u skandinavskim zemljama i Južnoj Evropi, pojam privatnost državljana Japana i SAD i sl.) Dakle, radi se o suptilnoj sferi koja nastaje pod uticajima običaja, religije, klimatske zone, društvenog uređenja, stepena razvoja, ekonomskih prilika itd.

¹ Izvod iz rada prezentovanog na Koledžu za edukaciju sudija Suda BiH u Neumu, oktobar 2019. godine.

Prema pravnoj teoriji privatnost obuhvata više sfera čovjekovog života, odnosno podatke o njima i definiše se na sljedeći način:

- Intimna sfera – u koju niko drugi nema pristupa, pa to vrijedi i za podatke o toj sferi,
- Privatna sfera – koju pojedinac dijeli s porodicom, ukućanima, doktorom, advokatom i sl. Podaci iz ove sfere ne mogu se dijeliti sa trećim osobama bez posebnog odobrenja onoga o čijoj se privatnosti radi. Ovo su podaci koji se postavljaju u posebnu kategoriju i nazivaju se ličnim podacima,
- Privatno-javna sfera – također se odnosi na privatni život pojedinca, ali na onaj dio koji se odvija na javnom mjestu. Podaci iz te sfere nisu tajni, ali se ne mogu koristiti preko granice u kojoj bi se neka osoba isticala u odnosu na druge koji su javnosti (političari, sportisti, estradne ličnosti kao i one osobe koje svojim ponašanjem izazivaju pojačan javni interes javnosti). Javnu sferu života tih ljudi čini onaj dio života koji je vezan uz njihovu javnu ulogu i u toj sferi nemaju pravo na privatnost, dok u ostalim sferama imaju pravo na privatnost kao i sve ostale osobe.²

Pravo na privatnost kao ljudsko pravo

Pravo na privatnost je jedno od osnovnih ljudskih prava koje djeluje prema svima s određenim, izuzetnim ograničenjima i zaštićeno je prije svega međunarodnim aktima:

- Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima koja u članu 12. glasi:
„Niko se ne smije izložiti proizvoljnom miješanju u privatni život, porodicu, stan ili prepisku, niti napadati na čast i ugled. Svako ima pravo na zaštitu zakona protiv ovog miješanja ili napada.”
- Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja u članu 8. propisuje:
„Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javna vlast neće se miješati u vršenje ovog prava osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanje nereda ili sprečavanje zločina, zaštita zdravlja i morala li zaštita prava i sloboda drugih.”

Prvi obavezujući akt koje je donijelo je Vijeće Evrope 28.01.1981. godine u zaštiti prava na privatnost je Konvencija o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu

² *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, izdanje 2007. godine stranica 1310.

ličnih podataka. Dan usvajanja ove konvencije obilježava se kao Dan zaštite podataka o ličnosti.

Osim navedenih i ratifikovanih međunarodnih akata, pravo na privatnost u Bosni i Hercegovini zaštićeno je i odredbama Ustava:

- Ustav Bosne i Hercegovine koji u članu II/3 propisuje „da sva lica na teritoriji BiH uživaju ljudska prava i slobode, te pod tačkom f) navodi pravo na privatni život, dom i prepisku.”
- Ustav Federacije Bosne i Hercegovine u članu II/A2 propisujući prava koja uživaju sva lica na teritoriji Federacije pod tačkom g) “propisuje pravo na privatnost”.
- Ustav Republike Srpske u članu 13 glasi „Ljudsko dostojanstvo, fizički i duhovni integritet čovjekova privatnost, lični i porodični život su nepovredivi”.

Pravna teorija smatra da pravo na privatnost štiti pojedinca od prekomjernog miješanja države, javnosti ili pojedinaca u prostornu, informatičku i komunikacijsku privatnost³:

- Prostorna privatnost odnosi se na dom i drugi prostor u kojem osoba vodi život zaseban od drugih. Ovo pravo prepoznajemo kao ustavno pravo koje garantuje pravo na lični i porodični život, dostojanstvo, tjelesni i duhovni integritet. Navedeno pravo omogućava pojedincu pravo na vlasiti prostor u porodičnom domu ili na radnom mjestu u mjeri koja obezbjeđuje uslove za razvoj vlastite ličnosti.
- Informacijska privatnost označava onaj aspekt privatnosti koji se odnosi na prikupljanje podataka o ličnosti, upravljanje tim podacima i njihovo korištenje. Ovo pravo se odnosi na podatke koji zahtijevaju odobrenje za njihovo korištenje od strane trećih lica. Sam čin povrede podataka je ulazak u sferu privatnosti, ali šteta koja je nanesena tiče se osobe. U ovom slučaju vrijednost koju treba zaštititi je privatnost jer nije došlo do povrede podataka nego do povrede ličnosti.
- Komunikacijska privatnost odnosi se na lične zapise, prepisku ili bilo koji drugi oblik komuniciranja. Ovo nepovredivo pravo prepoznajemo kao Ustavom zagantovano pravo koje je ograničeno samo u propisanim slučajevima.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu koncept privatnog života proširila je na fizički i moralni integritet, uključujući i seksualni život (Presuda

³ Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu, dr. sci. Marija Boban, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, str. 584.

XiY protiv Holandije od 26.03.1985. godine), a Ustavni sud BiH u predmetu broj Ap-965/17 od 12.03.2019. godine – utvrdio je da je pravo na ugled dio prava na privatni život.

Mijenjanje društvenog koncepta privatnosti nužno zahtijeva promjenu pravnog aspekta poimanja samog ugroženog dobra i izvođenja zaključka o ispunjavanju uslova za pružanje zaštite. Naime, pravo na privatnost može da obuhvati i nađe svoju primjenu u čitavom nizu interesa koji će u budućnosti nametnuti potrebu da budu zaštićeni.

I na kraju potrebno je istaknuti da pripadanje određenoj grupi, posjedovanje određenih osobina i nedostatka ili praktikovanje određenih običaja, mogu dovesti do karakteristične povrede prava na privatnost. U tom smislu ukazuje se na neke kategorije čija prava na privatnost mogu biti ugrožena kao:

- Prava djece koja su često povrijeđena, posebno kada se radi o djeci javnih ličnosti;
- Privatnost pacijenata koja se ne odnosi samo na tajnost podataka nego i na privatnost prilikom ljekarskog pregleda jer pacijent prilikom pružanja njege ima pravo na uslove koji osiguravaju privatnost. Ova privatnost je pravo svakog pacijenta, ali i u ovoj kategoriji ima posebnosti npr. pravo prilikom pregleda žena koje nose hidžab i sl.

Povreda prava na privatnost

Pravo na privatnost predstavlja nematerijalnu vrijednost. Prelazak granice privatnosti kada se zadire u zaštićena prava pojedinca, takvoj radnji može dati obilježja protupravnosti.

Ova granica može biti jasno zakonom određena (kod nepovredivosti doma, prepiske, neovlaštenog snimanja, kršenja prava na zaštitu ličnih podataka) ili može biti potpuno individualizirana (povreda dostojanstva, časti i sl.).

Evropski sud za ljudska prava prilikom ocjene da li je došlo do povrede člana 8 EK, koristi sljedeći dvofazni test:

- Prvo pitanje je da li se iz okolnosti slučaja može zaključiti da li se sporna situacija svodi na privatni život, porodični život, dom ili prepisku.

- Drugo pitanje je da li je došlo do ometanja prava, da li je ometanje opravdano, u skladu sa zakonom, da li stremi zakonitom cilju i da li je neophodno u demokratskom društvu.

Ukoliko je odgovor na oba pitanja negativan, zaključuje se da nije postojalo ometanje, ali Sud se tu neće zaustaviti nego će utvrđivati da li je država ugovornica imala pozitivnu obavezu da zaštiti pravo za koje se ukazuje da je ugroženo.

Zakonski okvir zaštite prava privatnosti u BiH

Prema važećim pozitivnim propisima pravo na privatnost u Bosni i Hercegovini štiti se u krivičnom postupku, pokretanjem upravnog spora i u parničnom postupku.

Zaštita prava na privatnost u krivičnom postupku

Krivični zakon Bosne i Hercegovine i entiteta propisuju krivična djela protiv prava i sloboda građanina, te krivična djela protiv privatnog života. Kao krivična djela propisana su:

- narušavanje nepovredivosti doma;
- povreda tajnosti pošiljke;
- neovlašteno prisluškivanje i zvučno ili optičko snimanje;
- neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne;
- neovlašteno korištenje ličnih podataka;

Potrebno je istaći da su izmjene i dopune Krivičnog zakona Republike Srpske proširile zaštitni objekat iz oblasti prava na privatnost na način da su u glavi XVI kod propisivanja krivičnih djela protiv braka i porodice, propisali i novo krivično djelo – povreda privatnosti djeteta („Ko iznese ili prenese nešto iz ličnog ili porodičnog života djeteta ili protivno propisima objavi djetetovu fotografiju ili otkrije identitet djeteta i time kod djeteta stvori stanje uznemirenosti ili ga izloži poruzi vršnjaka ili drugih lica ili na neki drugi način ugrozi sigurnost djeteta, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine”).

Zaštita prava na privatnost pokretanjem upravnog spora

I Zakon o zaštiti ličnih podataka (Sl. glasnik BiH 49/06, 76/11 i 89/11) je temeljni propis donesen u svrhu zaštite prava na tajnost u pogledu obrade ličnih podataka čije kršenje ima za direktnu posljedicu povredu prava na privatnost.

Zakon ima široku primjenu, budući da u članu 2. propisuje da se primjenjuje na lične podatke koje obrađuju javni organi, fizička i pravna lica, osim ukoliko fizička lica obradu podataka vrše isključivo u svrhu ličnih aktivnosti ili aktivnosti domaćinstva ili ukoliko drugi zakon ne nalaže drugačije.

Zaštita nosioca podataka u slučaju sumnje da je kontrolor ili obrađivač podataka povrijedio njegovo pravo ili da postoji direktna opasnost za povredu prava, regulisana je članom 30. podnošenjem prigovora Agenciji za zaštitu ličnih podataka sa zahtjevom da se kontrolor ili obrađivač uzdrže od takvih radnji i isprave činjenično stanje prouzrokovano tim radnjama, isprave ili dopune lične podatke da budu autentični i da podatke blokira ili uništi.

Odluka Agencije za zaštitu ličnih podataka predstavlja konačan upravni akt protiv kojeg se shodno članu 30. stav 3. može pokrenuti upravi spor pred Sudom BiH.

U pokrenutom upravnom sporu upravno vijeće Suda BiH primjenom člana 35. Zakona o upravnom sporu pred Sudom BiH (Sl. glasnik BiH br. 19/02 sa izmjenama) ispituje zakonitost odluke Agencije na prigovor o kršenju prava.

Kod ocjenjivanja pravilnosti zaključaka o postojanju ili nepostojanju povrede prava na zaštitu ličnih podataka u primjeni Zakona o zaštiti ličnih podataka, nužno je ukazati:

- da se definicije izraza sadržane u članu 3 pravilno primijene na okolnosti konkretnog slučaja radi pravilne ocjene šta su lični podaci, ko je nosilac podataka, šta je posebna kategorija podataka, koja radnja predstavlja obradu podataka i sl.
- cijeniti da zakon kod obrade podataka u postupanju obavezuje kontrolora i obrađivača podataka ukoliko kontrolor obradu podataka vrši na taj način. U tom smislu potrebno je utvrditi da li se kontrolor pridržavao principa propisanih članom 4. pri obradi ličnih podataka, odnosno da li je obrađivač podataka postupao u skladu sa uputstvima iz ugovora koji je kontrolor dužan zaključiti shodno članu 12. Zakona o zaštiti ličnih podataka.
- imati u vidu da se svaki lični podatak može obrađivati, pod uslovom da postoji saglasnost nosioca podataka koja mora biti data na način propisan zakonom (član 5. i 9. stav 2. tačka a).

- da se lični podaci mogu obrađivati bez saglasnosti nosioca podataka samo u zakonom propisanim slučajevima (član 6a).
- da je kontrolor dužan provjeriti autentičnost podataka (član 7) da podatke ne može automatski obrađivati ukoliko nije obezbijedena odgovarajuća zaštita (član 10), da je dužan voditi evidenciju o zbirkama ličnih podataka (član 15).
- da snimci pohranjeni putem video nadzora na određenom prostoru na osnovu kojih se može identifikovati nosilac podataka predstavljaju zbirku ličnih podataka koja se obrađuje na propisan način (član 21.a).
- da kontrolor podataka obavještava nosioca podataka o toku obrade podataka koju vrši kontrolor ili obrađivač (član 24) i da je na zahtjeve nosioca dužan jednom godišnje bez naknade dostaviti informaciju o obradi podataka (član 25).
- da je na tužitelju teret dokazivanja da je došlo do kršenja prava.
- da zakon propisuje uslove pod kojima se kontrolor podataka može osloboditi od odgovornosti (član 31).

Prilikom ocjene zakonitosti končanog upravnog akta korisno je primijeniti već ukazani dvofazni test koji se koristi pred Evropskim sudom za ljudska prava.

II Zakon o slobodi pristupa informacijama u Bosne i Hercegovini (Sl. glasnik br. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 i 100/13) ima primjenu kod zaštite privatnosti. U upravnom postupku u kome se osporava konačna odluka organa vlasti donesena po zahtjevu za pristup informacijama, zaštita privatnosti regulisana je članom 8., prema kome nadležni organ utvrđuje izuzetak kada opravdano zaključuje da tražena informacija uključuje lične interese koji se odnose na privatnost trećih lica.

Zaštita prava na privatnost u parničnom postupku

I Zakon o obligacionim odnosima regulisao je prve odredbe koje mogu naći primjenu kod zaštite prava na privatnost:

- Član 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima regulišući pravo na novčanu naknadu za nematerijalnu štetu, između ostalog, propisuje da se za duševne boli pretrpljene zbog povrede prava ličnosti dosuđuje pravična novčana naknada. Budući da pravo na privatnost predstavlja lično pravo, citirana odredba je kao oblik nematerijalne štete propisala onaj koji je u uzročnoj vezi s povredom prava na privatnost.
- Član 199. Zakona o obligacionim odnosima propisuje da u slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika objavljivanje presude, odnosno

ispravke ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena ili šta drugo čime se može ostvariti svrha naknade.

- Član 198. Zakona o obligacionim odnosima u stavu 1. propisuje obavezu naknade nematerijalne štete koja je u vezi sa povredom časti i prenošenjem neistinitih navoda o prošlosti, znanju, sposobnosti drugog lica ili o čemu drugome, a pri tome zna ili je morao znati da su neistiniti.

Imajući u vidu stav izražen u presudi Ustavnog suda BiH ranije navedenoj u ovom radu, da je pravo na ugled dio prava na privatni život, citirane odredbe jasno ukazuju da regulišu pitanje zaštite prava na privatnost.

II Zakon o radu u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH br. 26/04 sa izmjenama) u odredbi člana 6. propisuje da lice koje traži zaposlenje kod poslodavca ili zaposleni ne mogu biti diskriminirani uz taksativno nabrojane razloge i na osnovu bilo kojeg drugog razloga suprotnog osnovnim ljudskim pravima utvrđenim Ustavom BiH. Zakon odredbom člana 86.e stav 2. kao nedozvoljeno ponašanje propisuje uznemiravanje uzrokovano nekim od osnova iz člana 6. koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva, izaziva strah ili stvara ponižavajuće i uvredljivo okruženje.

Dakle, pravo na privatnost štiti se i odredbama radnopravnog zakonodavstva, a može se ostvariti kao samostalan zahtjev za zaštitu ovog povrijeđenog prava ili kao prethodno pitanje u postupcima za poništenje odluka poslodavca kojima je povrijeđeno pravo iz rada.

III Zakon o zaštiti ličnih podataka u članu 32. propisuje pravo na pokretanje spora za naknadu materijalne ili nematerijalne štete nanesene zbog povrede prava na privatnost.

Pravo na privatnost može biti povrijeđeno na više načina i u različitim sferama, pa se ova odredba čini nepreciznom. Međutim, kada se ima u vidu cilj zakona, onda proizilazi da se propisuje pravo na naknadu štete koja je isključivo u uzročnoj vezi s povredom prava na zaštitu ličnih podataka.

Za vođenje parničnog postupka za naknadu štete nastale u vezi s povredom prava na privatnost prouzrokovane nezakonitom obradom podataka, nužno je ukazati da iz Zakona o zaštiti ličnih podataka u BiH proizilazi sljedeće:

- Da bi se ostvarilo pravo na ovu naknadu potrebno je da je Agencija za zaštitu ličnih podataka konačnim i pravosnažnim aktom utvrdila postojanje povrede prava na zaštitu ličnih podataka. Ovo iz razloga jer je članom 40. stav 1. tačka b), Agencija nadležna za postupanje po prigovorima nosioca podataka. Prema tome parnični sud nije ovlašten da raspravlja o zakonitosti postupanja pri obradi ličnih podataka, bilo u meritumu ili u vidu prethodnog pitanja.
- Ukoliko se radi o sudovima iste stvarne nadležnosti, u postupcima za naknadu štete propisana je izberiva mjesna nadležnost (stav 2. člana 32).
- Članom 32. stav 5. propisana je isključiva odgovornost za naknadu štete kontrolora podataka koji odgovara i kada je šteta u vezi s postupanjem obrađivača.
- Kontrolor podatka se može osloboditi odgovornosti za štetu u cijelosti ili djelimično ako dokaže da nije odgovoran za događaj koji je doveo do štete (član 33).
- Kod odlučivanja o naknadi štete i njenoj visini citirani zakon nije propisao posebne odredbe, a kako propisuje pravo na materijalnu i nematerijalnu štetu, to se za postojanje štete trebaju primijeniti opšta načela obligacionog prava, utvrđivanje uzročne veze za osnov odgovornosti propisane članom 154. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, nastupanje štete u vidovima propisanim članom 155., te kod nematerijalne štete dosuditi pravičnu naknadu shodno članu 200. citiranog zakona.
- Nematerijalna šteta nadoknađuje se javnim izvinjenjem i isplatom pravične novčane naknade.
- Na tužitelju je teret dokazivanja da je došlo do nastupanja štetnih posljedica.

Odnos prava na slobodu izražavanja, prava na pristup informacijama i prava na privatnost

Zakon o slobodi pristupa informacijama u Bosne i Hercegovine u članu 1. propisao je da svako fizičko ili pravno lice ima pravo pristupa informacijama pod kontrolom javnog organa.

Pravo na slobodu izražavanja zagantovano je članom 10. Evropske konvencije i članom 3.1 h) Ustava BiH.

Javni pristup informacijama i sloboda izražavanja mogu zadirati u privatnost pojedinca, koja su također zaštićena kao osnovna ljudska prava.

Dakle, radi se o zaštićenim vrijednostima istog ranga gdje korištenje jednog prava ili slobode ne smije ugroziti drugo pravo ili slobodu. Radi se o kolektivnom pravu na javno informisanje i pristup informaciji, naspram prava pojedinca na spektar sfera koje se smatraju privatnošću.

Kriterij za uspostavljanje granice prava na izražavanje i prava na poštovanje privatnosti je „opravdani javni interes”. To znači da u svakom konkretnom slučaju u kojem postoji opravdani interes javnosti da bude upoznata s ličnim ili porodičnim životom pojedinca, sloboda izražavanja smatra se važnijom od prava na zaštitu privatnosti. Kako informacija pripada svima, javni interes kod ostvarivanja prava na informisanje može ograničiti pravo na privatnost u slučajevima predviđenim međunarodnim aktima, ustavom i važećim pozitivnim propisima.

Zakon o slobodi pristupa informacijama u članu 8. propisuje izuzetak od prava na informaciju ukoliko ista uključuje lične interese koji se odnose na privatnost trećeg lica. Međutim, član 9. bez obzira na izuzetak utvrđen prethodnom odredbom, propisuje da će se objaviti tražena informacija ukoliko to opravdava javni interes, pri čemu će se uzeti u obzir svaka korist i svaka šteta koje mogu iz toga proizaći, te reguliše okolnosti koje javni organ cijeni pri utvrđivanju javnog interesa i donošenja odluke.

Zakon o zaštiti ličnih podataka u članu 6. propisuje uslove pod kojima kontrolor može obrađivati lične podatke bez saglasnosti nosioca.

Navedeni zakoni su jasno propisali ograničenja kod ostvarivanja prava na privatnost, koja se smatraju opravdanim, proporcionalnim javnom interesu i zakonskim obavezama kontrolora ličnih podataka.

Zaključak

U svakom konkretnom slučaju potrebno je, iz datih okolnosti cijiniti da li objavljeni ili dostavljeni podatak zadire u bilo koju sferu privatnosti pojedinca, da li je to miješanje bilo u skladu sa zakonom, da li je bilo u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja i da li je bilo neophodno u demokratskom društvu.

Na ovaj način raspraviće se da li je povrijeđeno zaštićeno pravo ili su ostvareni uslovi za legitimno, opravdano i proporcionalno ograničenje prava na

privatnost u slučajevima propisanim članom 8. stav 2. EK i relevantnim pozitivnim propisima Bosne i Hercegovine.

II. SUDSKA PRAKSA

1. KRIVIČNO PRAVO

1.1. MATERIJALNO PRAVO

1.1.1. Zamjena kazne zatvora novčanom kaznom (član 42a) KZ BiH)

Zamjenom kazne zatvora novčanom kaznu u smislu člana 42a) KZ BiH ne mijenja se pravosnažna presuda kojom je izrečena kazna zatvora, obzirom da predmetna zamjena predstavlja samo poseban način ili model izvršenja već izrečene kazne presudom koja je postala pravosnažna. Stoga se na konkretnu situaciju ne mogu primijeniti pravila ili mogućnosti predviđeni članom 47. KZ BiH koja se odnosi na novčanu kaznu, odnosno odredbe o produženju roka za plaćanje novčane kazne.

Iz obrazloženja:

Prvostepeni Sud je primjenom odredbe člana 42 a) KZ BiH, povodom zahtjeva osuđenog zamijenio kaznu zatvora u trajanju od godinu dana novčanom kaznom. Time nije mijenjana pravosnažana presuda kojom je izrečena kazna zatvora, obzirom da predmetna zamjena predstavlja samo poseban način ili model izvršenja već izrečene kazne presudom koja je postala pravosnažna. Stoga se na konkretnu situaciju ne mogu primijeniti pravila ili mogućnosti predviđene članom 47. KZ BiH, koja se odnosi na zamjenu novčane kazne, jer se u odredbi člana 42a) stav 3. KZ BiH decidno navodi da Sud u slučaju neplaćanja u roku iz stava 1. (30 dana) donosi „odluku o izvršenju kazne zatvora“. Radi se o imperativnoj odredbi koja ne ostavlja mogućnost bilo kakvog drugačijeg postupanja, pa ni eventualne ponovne zamjene novčane kazne, kaznom zatvora u smislu člana 47. stav 4. KZ BiH ili pak produženja roka za plaćanje.

U vezi s insistiranjem žalbe na mogućnostima (vremenskim) plaćanja novčane kazne i nakon isteka roka od 30 dana, apelaciono vijeće, pored navedenog ističe da je u konkretnom slučaju rješenje o zamjeni kazne zatvora novčanom kaznom doneseno 03.08.2018. godine, a ožalbeno rješenje o stavljanju van snage rješenja kojim je zatvorska kazna zamijenjena novčanom kaznom, doneseno nakon više od godinu dana od dospijeca obaveze plaćanja novčane kazne, što je za osuđenog predstavljalo dodatno vrijeme u kome je imao mogućnost platiti utvrđeni iznos, ako ne u cijelosti, bar djelimično i time pokazati spremnost i namjeru plaćanja. Činjenica da osuđeni ni tada nije ništa platio, ukazuje na njegovu totalnu nesprijetnost da izvrši utvrđenu

obavezu ili čak namjeru izbjegavanja plaćanja, odnosno zloupotrebu instituta zamjene kazne zatvora novčanom kaznom.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 2 K 028205 19 Kž 2, od 28.10.2019. godine)

1.1.2. Primjena pravila sticaja kod odmjerenja kazne osuđenoj osobi (član 55. KZ BiH)

U odmjerenju kazne učiniocu kojem je po ranijoj osudi izrečena kazna dugotrajnog zatvora, primjenjuju se pravila sticaja iz člana 53. stava 2. tačke a) koja su bila predviđena Krivičnim zakonom BiH iz 2003. godine („Sl. glasnik BiH“, broj 3/03) koja su povoljnija od pravila predviđenih izmjenama KZ BiH iz 2010. godine („Sl. glasnik BiH“, broj 8/10) u slučajevima kada je za neko od djela kao pojedinačna bila utvrđena kazna dugotrajnog zatvora.

Iz obrazloženja:

Odbrana optuženog B. osporava odluku o krivičnopravnoj sankciji, ističući da je Sud propustio primijeniti odredbu člana 53. stav 1. KZ BiH, odnosno optuženom izreći jedinstvenu kaznu zatvora, budući da je pravosnažnom presudom Suda BiH broj S 1 1 K 011967 12 Kri od 27.03.2014. godine, osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora, a pobijanom presudom mu je izrečena kazna zatvora u trajanju od 15 godina. Također, odbrana smatra da s obzirom na to da je odredba člana 53. KZ BiH (Sl. glasnik 3/03) izmijenjena odredbom člana 53. KZ BiH (Sl. glasnik 8/10) i da bi ispravno tumačenje odredbe člana 53. KZ BiH bilo da se u ovom slučaju može izreći samo jedna kazna dugotrajnog zatvora, odbrana navodi da se prema optuženom B. trebao primijeniti KZ BiH iz 2003. godine umjesto KZ BiH iz 2010. godine (Sl. glasnik BiH 8/10) jer je blaži za učinioca.

Optuženi B. je ranijom pravosnažnom presudom Suda BiH broj S 1 1 K 011967 12 Kri od 27.03.2014. godine, osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 35 (trideset pet) godina. U skladu sa članom 55. stav. 1. KZ BiH, Vijeće je ovu kaznu uzelo kao utvrđenu, pa prethodno utvrdivši kaznu u ovom predmetu, primjenom odredbe člana 53. stav 2. tačka a) KZ BiH optuženom izreklo jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 35 (trideset pet) godina.

U odnosu na optuženog B. odredba člana 53. stav 2. tačka a) KZ BiH iz 2003. godine je povoljnija jer predviđa kao maksimalnu kaznu dugotrajni zatvor koji je Sud

utvrdio. Za razliku od ove odredbe iz 2010. godine, koja daje mogućnost izricanja jedinstvene kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od 45 godina, koja je očigledno nepovoljnija po optuženog.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 020819 19 Krž 3 od 23.05.2019. godine)

1.1.3. Zločini protiv čovječnosti – progon (član 172. stav 1. tačka h) KZ BiH)

Diskriminatorna namjera kao obilježje progona u okviru krivičnog djela Zločini protiv čovječnosti, mora jasno proizilaziti iz izvedenih dokaza i, s tim u vezi, biti obrazložena.

Iz obrazloženja:

Stoga, ovo Vijeće zaključuje da je prvostepena presuda manjkava sa aspekta obrazloženja bitnog elementa radnje u osnovi zločina progona, radi apsolutnog izostanka obrazloženja na osnovu čega je to utvrđena diskriminatorna namjera optuženog S. P. pri čemu podsjećamo da se utvrđivanje iste ne može zadovoljiti obrazloženjem opštih elemenata Zločina protiv čovječnosti, koji u svojim *chapeau* elementima ima i dio napada usmjerenog ka određenom civilnom stanovništvu, s obzirom na to da je djelo progona specifikum ovog krivičnog djela sa aspekta neophodnosti utvrđivanja i dokazivanja posebne vrste motiva za zabranjeno djelovanje a to je *diskriminatorna namjera*. Takav nedostatak u obrazloženju upravo dovodi do osnovanosti prigovora odbrane da se radi o objektiviziranoj odgovornosti optuženog, kako je to branilac u konkretnom slučaju i ukazao.

Kod donošenja prethodno iznesenih zaključaka i ocjene žalbenih prigovora odbrane, ovo Vijeće je cijenilo i da je branilac podnesenom žalbom, na strani 2., drugostepeni sud podsjetio da je opšti princip krivičnog prava obaveza dokazivanja odgovornosti optuženog, dok je na strani 52. ukazao da je greška koja uzrokuje nepravilnu presudu kvalifikovana kao konačan krajnje nepravičan ishod sudskog postupka zbog čega se zahtijeva njeno ukidanje.

S tim u vezi, Apelaciono vijeće podsjeća da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLP) u članu 6. propisuje da svako ima pravo na pravično suđenje, pri čemu se pomenuti princip odnosi na postupak u cjelini, te podrazumijeva provođenje postupka u skladu sa zakonom, te donošenje na zakonu zasnovane odluke, pri čemu je Evropski sud za ljudska prava ustanovio da je sastavni

dio načela prava na pravično suđenje i pravo na obrazloženu sudsku odluku¹. *Ratio* obrazloženja sudske odluke se nalazi i u razlozima prihvatljivosti (engl. *reasons of acceptability*), jer ona rješava spor između strana/stranaka, pa je neophodno da sadrži uvjerljive razloge.

Naime, u svakom demokratskom društvu pravo na pravični postupak zauzima istaknuto mjesto, budući da je njime utvrđeno načelo vladavine prava na kome počiva demokratsko društvo, pa restriktivno tumačenje odredbe člana 6. EKLJP, koje se ne bi protezalo i na *žalbeni postupak*, ne bi odgovaralo cilju i svrsi te odredbe².

Dakle, imajući u vidu naprijed navedenu argumentaciju, kao i činjenicu da nezakonito postupanje, kao i nezakonite odluke nisu legitimne i ne mogu proizvesti očekivani pozitivni pravni učinak, odnosno da su pogrešne sudske presude, pored ostalog, protivne i javnom interesu, Apelaciono vijeće nalazi da se donošenjem rješenja kojim se ukida prvostepena presuda u konkretnom slučaju štiti i pravo optuženog na pravično i zakonito suđenje pred višim sudom, u skladu sa članom 6. EKLJP, odnosno osigurava pravilna primjena prava na način koji ne šteti niti jednoj strani u postupku.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 026570 19 Krž 2 od 10.10.2019. godine)

1.1.4. Mogućnost sabiranja iznosa utajenih poreza kod produženog krivičnog djela (član 210. u vezi sa članom 54. KZ BiH)

Kod produženog krivičnog djela porezne utaje, iznosi poreznih obaveza čije se plaćanje izbjegava iz svake godine mogu se sabirati, pa je na taj način moguće i izvršenje kvalificiranog oblika djela.

Iz obrazloženja:

Kako se u konkretnom slučaju radi o produženom krivičnom djelu Porezna utaja ili prevara, Apelaciono vijeće je cijenilo da li postoje svi elementi konstrukcije produženog krivičnog djela, odnosno da li se radi o istim ili istovrsnim krivičnim

¹ To stajalište proizlazi iz presude ESLJP-a *Hadjianastassiou protiv Grčke* od 26. juna 1992.

² U skladu sa stavom izraženom u presudi ESLJP *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

djelima, vremenski kontinuitet i način činjenja i druge stvarne okolnosti koje djela međusobno povezuju tako da sva čine jedinstvenu cjelinu.

U tom pogledu, Apelaciono vijeće je utvrdilo da kalendarska godina kao jedna cjelina, iako je poreski period za koji se obračunava PDV jedan kalendarski mjesec, te je obveznik dužan da obračuna PDV za odgovarajući poreski period na osnovu ukupnog prometa dobara ili usluga iskazanih u fakturama u tom poreskom periodu, ispunjava sve elemente krivičnog djela u njegovoj osnovi. Dakle, izbjegnuto je plaćanje poreznih davanja za svaku godinu u iznosu većem od 10.000 KM (za 2013. godinu iznos od 63.096 KM, za 2014. godinu iznos od 56.088 KM, za 2015. godinu iznos od 89.112 KM), a ukupni iznos ukazuje na kvalificirani oblik krivičnog djela, jer prelazi iznos od 200.000 KM.³

Kada je u pitanju vremenski kontinuitet, za ovo Vijeće navedeni element nesporno postoji, s obzirom da je krivično djelo kontinuirano vršeno u periodu od maja 2013. do decembra 2015. godine (porezni periodi: 13/05, 13/06, 13/12, 14/12, 15/02, 15/11, 15/12).

Apelaciono vijeće nalazi ispunjenim i kriterij koji se odnosi na način izvršenja krivičnog djela, s obzirom da je identičan za svaki poreski period, kako je već naprijed navedeno, a djela su počinjena sa istim ciljem sticanja protivpravne imovinske koristi, a oštećen u svim slučajevima je Budžet Bosne i Hercegovine. Naime, ostvareni oporezivi promet nije u cijelosti prijavljen u mjesečnim PDV prijavama UIO BiH u periodu maj 2013. – decembar 2015. godine, a neprijavljene poreske obaveze su proizašle iz poslovnih odnosa s pravnim licima navedenim u izreci presude. Na ovaj način optuženi V., odnosno pravno lice, izbjegli su da plate davanja propisana poreznim zakonodavstvom Bosne i Hercegovine pružanjem lažnih podataka o činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa obaveza.

³Komentar KZ BiH: „*Glede konstrukcije produljenog kaznenog djela VSH u odluci br. Kž-2067/77 od 2. kolovoza 1978. godine navodi da je produljeno kazneno djelo jedan od slučajeva prividnog realnog stjecaja kaznenog djela, kad se zbog određenih sjedinjavajućih faktora više istovrsnih i ponovljenih radnji izvršenja spajaju u jedno kazneno djelo, s tim da svako od tih djela, što ulaze u njegov sklop mora i samo za sebe sadržati sva bitna obilježja toga kaznenog djela. U skladu s tim kod produljenog kaznenog djela porezne utaje, što treba da obuhvati kontinuirano utajivanje poreza kroz više uzastopnih godina, utaja poreza u svakoj od tih godina mora za sebe sadržajno obuhvatiti sva bitna obilježja tog kaznenog djela, pa tako pored ostalog i uvjet da je izbjegavana obaveza plaćanja poreza u svakoj godini veća od zakonom utvrđenog iznosa (prema KZ BiH u iznosu većem od 10.000 KM, op. autora). Prema prevladavajućoj sudskoj praksi kod ovako konstruiranog produljenog kaznenog djela porezne utaje iznosi poreznih obveza čije se plaćanje izbjegava iz svake godine mogu se sabirati, pa je tako na taj način moguće i izvršenje kvalificiranog oblika djela iz st. 2“*, str. 693.

Pored navedenih objektivnih kriterija u konkretnom slučaju je dokazan i subjektivni kriterij, odnosno jedinstveni umišljaj na strani optuženog J. V., jer zatvoren krug dokaza tvori krivicu optuženog za produženo krivično djelo porezne utaje isključujući svaku razumnu sumnju. Upravo činjenica da svjesno nije prijavljena cjelovita poreska obaveza kroz tri godine u kontinuitetu, nego samo jedan njen dio, govori u prilog utvrđenju ovog Vijeća da je djelo počinjeno sa direktnim umišljajem u cilju sticanja velikog iznosa protivpravne imovinske koristi.

Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da su optuženi J. V. i optuženo pravno lice počinili produženo krivično djelo porezne utaje, s obzirom da sva pojedinačna djela nesumnjivo čine jedinstvenu kriminalnu cjelinu.

Cijeneći sve naprijed izneseno te imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i zakonska obilježja ovog krivičnog djela, a na osnovu sveukupne ocjene izvedenih dokaza, cijeneći iste kako pojedinačno tako i u njihovoj međusobnoj logičnoj povezanosti, shodno odredbama člana 281. stav 2. ZKP BiH, ovo Vijeće nalazi da su u radnjama optuženog J. V. sadržana sva bitna obilježja produženog krivičnog djela Porezna utaja ili prevara iz člana 210. stav 4. u vezi sa stavom 1. i članom 54. KZ BiH, a da je optuženo pravno lice počinilo produženo krivično djelo Porezna utaja ili prevara iz člana 210. stav 4. u vezi sa stavom 1. i članovima 54. i 124. KZ BiH.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 2 K 024531 18 Kžk od
06.12.2018. godine)

1.1.5. Nemogućnost kombinacije primjene različitih krivičnih zakona

Sa aspekta opštih pravila primjene krivičnog zakona nedopustivo je kombinovati odredbe dva različita krivična zakona, KZ BiH i KZ SFRJ. Svaki zakon predstavlja određenu cjelinu u koju se ne može integrisati neka njemu strana odredba, s obzirom na to da bi se na taj način uspostavio neki novi nepostojeći zakon.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, prvostepeni sud se u izreci presude pozvao isključivo na odredbe KZ BiH, dok se u obrazloženju presude u dijelu odluke o kazni rukovodio i odredbama KZ SFRJ, čime je izreku presude učinio suprotnom njenom obrazloženju. Pri tome, kaznu iz izreke presude je, očigledno pogrešno rukovodeći se kaznenim okvirom iz KZ SFRJ, odmjerio u trajanju od 8 godina, bez da je

primijenio odredbe o ublažavanju kazne, čime je, izričući kaznu u trajanju kraćem od zakonom propisanog, povrijedio i krivični zakon. Ovakvo postupanje je prema stavu Apelacionog vijeća pravno nedopustivo obzirom da se krše osnovna pravila i načela krivičnog prava te primjenjuju odredbe dva različita krivična zakona.

Ovo Vijeće podsjeća da je sa aspekta opštih pravila i načela krivičnog zakona nedopustivo kombinovati odredbe dva različita krivična zakona, o čemu se teorija krivičnog prava oduvijek jasno određivala. Svaki zakon predstavlja organsko jedinstvo, pa se određena zakonska odredba ne smije istrgnuti iz cjeline kojoj pripada i uklopiti u neku drugu, njoj stranu.⁴

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 024092 19 Krž od
01.11.2019. godine)

⁴ M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo – opšti dio*, peto izdanje (Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2015), 69.

1.2. PROCESNO PRAVO

1.2.1. Pravo optuženog da bude saslušan u svojstvu svjedoka (član 6. stav 2. ZKP BiH u vezi sa članom 6. stav 1. EKLJP)

Donošenjem procesne odluke o odbijanju prijedloga za saslušanje optuženog u svojstvu svjedoka čini se povreda temeljnih prava optuženog lica u krivičnom postupku, s obzirom na to da sud, za razliku od ostalih dokaznih prijedloga odbrane, u pogledu ovog dokaznog prijedloga ne uživa diskreciju, a sve imajući u vidu odredbu člana 6. stav 2. ZKP BiH.

Iz obrazloženja:

Naime, pravo na odbranu kao osnovno pravo optuženog, obuhvata nekoliko pojedinih prava, čija je osnovna karakteristika da su isključivo u funkciji odbrane optuženog, odnosno služe jačanju njegovog položaja u krivičnom postupku. U tom smislu, uz pretpostavku nevinosti optuženog, zagarantovanu članom 3. stav 1. ZKP BiH (analogno tome član 6. stav 2. Evropske konvencije o osnovnim ljudskim pravima i slobodama – EKLJP), te tzv. minimalna prava odbrane optuženog, zagarantovana članom 6. stav 3. EKLJP, položaj optuženog u krivičnom postupku u najznačajnijoj mjeri opredjeljuje i **njegovo pravo na iskazivanje o činjenicama**, kao sastavni dio prava na pravično suđenje zagarantovanog članom 6. stav 1. EKLJP. Vijeće podsjeća da je pravo **optuženog na iskazivanje o činjenicama** zagarantovano i domaćim krivičnoprocesnim zakonom, pa je tako u članu 6. stav 2. ZKP BiH kao osnovno načelo krivičnog postupka, koje se ima primjenjivati u cijelom njegovom toku⁵, propisano da se 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, pri čemu je izbor načina i sredstava odbrane, po ocjeni ovog Vijeća, izraz slobodne volje optuženog.

Na značaj prava optuženog na iskazivanje o činjenicama, po ocjeni ovog Vijeća, ukazuju i druge odredbe važećeg krivičnoprocesnog zakonodavstva, pa je tako odredbom člana 259. stav 2. ZKP BiH propisano da će sudija, odnosno predsjednik vijeća poučiti optuženog **da može dati iskaz** u toku dokaznog postupka u svojstvu svjedoka i ako odluči da dâ takav iskaz, da će biti podvrgnut direktnom i unakrsnom ispitivanju u smislu člana 262. ovog Zakona, odnosno opomenut i upozoren u smislu člana 86. ovog Zakona, u kojem slučaju optuženi kao svjedok ne polaže zakletvu,

⁵ Vidjeti detaljnije: *Komentar zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH*, str. 55/56

odnosno ne daje izjavu. Sud će, shodno navedenoj odredbi, omogućiti da se o tom svom pravu optuženi prethodno konsultira s braniocem, a ukoliko nema branioca, Sud će pažljivo ispitati da li mu je branilac neophodan.

Daljom analizom naprijed navedenih odredbi, Vijeće nalazi da se radi o pravima koja pripadaju optuženom kao procesnom subjektu, te o kojim pravima se optuženi poučava (ne upozorava), a da li će se dobrovoljno odreći prava na šutnju (privilegij protiv samooptuživanja) i da li će se u toku postupka optuženi koristiti svojim pravom na iskazivanje o činjenicama zavisi od koncepta njegove odbrane, pri čemu je pravo optuženog na iznošenje odbrane i činjenica u svoju korist na glavnom pretresu samo ponovljeno pravo koje se osumnjičenom garantuje i u istrazi (vidjeti član 78. st. 2. tačka c) i stav 5. ZKP BiH⁶).

Dakle, u slučaju kada je odbrana predložila da se u toku dokaznog postupka optužena sasluša u svojstvu svjedoka, Sud je navedeni dokazni prijedlog, s obzirom na odredbu člana 6. stav 2. ZKP BiH, kojom su regulisana prava osumnjičenog/optuženog, kao jedno od osnovnih načela krivičnog postupka, a dovodeći istu odredbu u vezi sa članom 259. stav 2. ZKP BiH, **dužan prihvatiti**, s obzirom da Sud, za razliku od ostalih dokaznih prijedloga odbrane, kako je to naprijed interpretirano, u pogledu ovog dokaznog prijedloga ne uživa diskreciju, a sve pritom imajući u vidu da je odbrana u konkretnom predmetu insistirala na saslušanju optužene u svojstvu svjedoka u toku prvostepenog postupka, što znači da je optuženoj bilo vrlo bitno da ima aktivnu poziciju u ostvarivanju prava na materijalnu odbranu.

Stoga, iako Vijeće cijeni da pravo na šutnju i pravo lica da ne inkriminiše samo sebe (privilegij protiv samooptuživanja) predstavljaju općepriznate međunarodne standarde koji su srž pojma pravičnog postupka shodno članu 6. EKLJP, odnosno da optuženi ima pravo na pasivnu poziciju u smislu da nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja, pravo na iznošenje odbrane koje podrazumijeva da optuženi ukoliko to želi, prije donošenja odluke, objasni svoj stav u pogledu djela koje mu se stavlja na teret, je najvažnije pravo optuženog, koje se

⁶ Član 78. stav 2. ZKP BiH: Na početku ispitivanja osumnjičenom će se saopćiti za koje krivično djelo se tereti i osnove sumnje protiv njega, a poučit će se i o sljedećim pravima: ... c) da se može izjasniti o djelu koje mu se stavlja na teret i iznijeti sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist i ako to učini u prisustvu branioca da je takav njegov iskaz dopušten kao dokaz na glavnom pretresu i da bez njegove saglasnosti može biti pročitán i korišten na glavnom pretresu. (...) (5) Ako se osumnjičeni dobrovoljno odrekne prava da ne odgovara na postavljena pitanja, **mora mu se i u tom slučaju omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji mu idu u korist.**

pravo, suprotno stavu prvostepenog suda iskazanog u pobijanoj presudi, ne može reducirati niti oduzeti ni u jednoj fazi krivičnog postupka.

Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da je odbijanjem prijedloga odbrane za saslušanje optužene u svojstvu svjedoka povrijeđeno pravo na odbranu optužene, s obzirom da su nepravilno primijenjena pravila postupka na štetu optužene, cijeneći da svaka povreda procesne norme na štetu optužene ima značenje da je povrijeđeno njeno pravo na odbranu zagarantovano međunarodnim aktima⁷, što za posljedicu, budući da je na ovu bitnu povredu ukazano žalbom, ima ukidanje pobijane presude.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 2 K 023053 19 Kž od 22.02.2019. godine)

1.2.2. Nastavak odgođenog glavnog pretresa pred novim članom vijeća (član 251. stav 2. ZKP BiH)

Izmjena člana pretresnog vijeća ne mora u svakom slučaju voditi ka ponovnom izvođenju već izvedenih dokaza, te se isto treba cijeliti sa aspekta tumačenja zakonskih odredbi i tehničkih mogućnosti uvida novog člana u do tada izvedene dokaze, pri čemu naročito treba uzeti u obzir postojanje audio-video zapisa održanih ročišta koji odražavaju neposrednost opažanja organa koji vrši uvid u isto.

Iz obrazloženja:

Prilikom analize, te u konačnici prihvatanja takvih zaključaka, ovo Vijeće se rukovodilo sa više zakonskih odredbi kakve poznaje procesni zakon, a koje nesporno ukazuju da izmjena sastava pretresnog vijeća nije mogla imati nikakve negativne reperkusije na sam postupak. U tom pogledu, Apelaciono vijeće je cijeno odredbu člana 253. ZKP BiH u vezi sa odredbom člana 155. ZKP BiH, a shodno kojim se sva ročišta pred Sudom Bosne i Hercegovine snimaju audio-vizuelno, što i predstavlja zvanični zapisnik s glavnog pretresa. S tim u vezi nesporno je da se uvidom u takav snimak može neposredno preslušati iskaz određenog svjedoka, te uvidjeti način njegovog svjedočenja, pokreti, kao i sve druge okolnosti koje se vežu za neposredno opažanje. Na navedeno je pravilno ukazao i prvostepeni sud u paragrafima 95. i 97. pobijane odluke, pri tom naglašavajući da se novoimenovani član vijeća izjasnio da je izvršio uvid u videosnimke, upoznao s izvedenim dokazima, s čim u vezi je

⁷ Komentar Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH, str. 769.

konstatovano i da ne bi imala dodatnih pitanja, obzirom da smatra da su iskazi dati na dosta iscrpan način (paragraf 88. pobijane presude). Da bi ispoštovalo prava odbrane na najefikasniji način, prvostepeno vijeće je pak iskaze spornih svjedoka i dodatno prezentovalo na grafoskopu, te potom audio-video zapise uložilo u sudski spis.

Da je reprodukovanje audio-video zapisa sa aspekta neposrednog opažanja, koje je osnovna svrha izvođenja dokaza pred sudom, sasvim opravdano i svrsishodno, ukazuje i odredba člana 317. ZKP BiH koja uređuje pretres pred vijećem Apelacionog odjeljenja, a kojom se u stavu 2. naglašava da kada vijeće Apelacionog odjeljenja ustanovi da je potrebno ponovo izvesti već izvedene dokaze u prvostepenom postupku, iskazi saslušanih svjedoka i vještaka i pismeni nalaz i mišljenje biće prihvaćeni kao dokazi i mogu biti pročitani ili reprodukovani ukoliko su ti svjedoci i vještaci prilikom svjedočenja bili unakrsno ispitani od suprotne stranke ili branioca ili nisu bili unakrsno ispitani od suprotne stranke ili branioca iako im je to bilo omogućeno. Dakle navedena odredba upravo potvrđuje da audio-video zapisi apsolutno odražavaju neposrednost opažanja organa koji vrši uvid u njega.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 017182 19 Krž od 06.06.2019. godine)

1.2.3. Konkretizacija odgovornosti pripadnika organizovane grupe (član 285. stav 1. tačka a) ZKP BiH)

Svaka pojedinačna tačka optuženja mora sadržavati konkretne radnje optuženog lica kojima djeluje i ostvaruje bitna obilježja krivičnog djela za koje se tereti, te se njegova krivica ne može zasnivati na radnjama koje preduzimaju drugi članovi organizovane grupe tokom cjelokupnog inkriminisanog perioda, odnosno samo na njegovom članstvu.

Iz obrazloženja:

Analizom pobijane presude ovo Vijeće je već *prima facie* uočilo manjkavosti iste u činjeničnom opisu izreke pobijane presude u tački 1., a u odnosu na optuženu S. B. Naime, iz činjeničnog opisa optužnog akta, kao i izreke pobijane presude, po tački 1., ne proizilazi niti jedna radnja koja bi označavala aktivnost optužene da je radnjama po toj tački doprinijela funkcionisanju grupe kao i počinjenju predmetne inkriminacije.

Ovo Vijeće ukazuje da svaka pojedinačna tačka optuženja mora sadržavati aktivne ili pasivne radnje optuženog lica kojima djeluje i ostvaruje bitna obilježja krivičnog djela za koje se tereti. Pa tako, ako se optuženoj stavlja na teret da je kao član grupe počinila krivično djelo Neovlaštenog prometa opojnih droga, pored dokazivanja njenog članstva, da bi se ista označila kao kriva za pojedinu radnju izvršenja takva njena radnja mora biti opisana, te se ne može izvoditi samo na osnovu njene eventualne prisutnosti tokom odvijanja inkriminiranih aktivnosti, bez i da je ta prisutnost na adekvatan način opisana. Dakle, da bi bila oglašena krivom za pojedinu radnju izvršenja unutar djelovanja grupe, ista mora biti i opisana.

Izrekom pobijane presude, tačkom 1., optužena S. B. je, kao i optuženi S. B. i N. H., oglašena krivom da je počinila krivično djelo Neovlašteni promet opojnim drogama, pa je dosljedno tome trebalo kako u izreci tako i u razlozima presude diferencirati jasno kojim to radnjama optužena čini predmetno krivično djelo.

Apelaciono vijeće ističe, a što prvostepena presuda propušta učiniti, da se činjeničnim opisom djela u izreci osuđujuće presude u smislu odredbe člana 285. stav 1. tačka a) ZKP BiH mora konkretizovati radnja koja čini krivično djelo, uz navođenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela, kao i onih od kojih zavisi primjena određene odredbe Krivičnog zakona. Ovaj dio presude mora biti jasan i određen, kao i potpun, te je zamjena činjeničnog opisa s parafraziranjem zakonskog propisa nedopuštena.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 3 K 025190 19 Kž 3 od
24.05.2019. godine)

1.2.4. Primjena načela javnosti i pravičnog postupka prilikom objave presude (član 286. stav 4. ZKP BiH u vezi sa članom 6. stav 1. EKLJP)

Propustom prvostepenog vijeća da pored osuđujućeg dijela izreke presude pročitati i oslobađajući dio, dovodi se u pitanje pravičnost postupka u cjelini, te se krši načelo javnosti tako što se stvara pogrešna percepcija javnosti o krivici optuženog lica.

Iz obrazloženja:

Krivičnim procesnim zakonom je propisano da se svaka osoba protiv koje se vodi krivični postupak smatra nevinom sve do donošenja pravomoćne presude kojom se oglašava krivom za krivično djelo. Istim je propisano da je objava presude javna, čak i u slučajevima ako je na glavnom pretresu javnost bila isključena, da će sud svim stranama u krivičnom postupku javno pročitati izreku presude. U slučajevima

isključenja javnosti sa glavnog pretresa, sud odlučuje da li će i koliko javnost biti isključena prilikom objavljivanja razloga presude. Objavljivanje presude nije ograničeno samo na stranke u krivičnom postupku, već objavljivanju mogu prisustvovati i građani koji nemaju neposredni pravni interes u krivičnom predmetu, pa samim tim i mediji, s tim da državni organi, sredstva javnog informisanja, udruženja građana, javne ličnosti i druga lica dužni su da se pridržavaju odredbe o pretpostavci nevinosti i da svojim javnim izjavama o krivičnom postupku koji je u toku ne vrijeđaju druga pravila postupka, prava optuženog i oštećenog i načelo sudske nezavisnosti.

Odredba iz člana 6. stav 1. EKLJP ima za cilj da doprinese pravičnom suđenju time što omogućava da sudske odluke budu pod lupom javnosti, dakle izreka presude i u skladu sa ovom konvencijom se uvijek objavljuje javno.

Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće nalazi da je navedenom povredom, odnosno propustom prvostepenog vijeća da pročita pored osuđujućeg dijela izreke presude i oslobađajući dio, dovedena u pitanje pravičnost postupka u cjelini, te je došlo i do kršenja načela javnosti, jer je u percepciji javnosti stečena pogrešna i nepotpuna slika kako o krivici optuženog S. O. tako i o drugim optuženim licima koja su također oslobođena od optužbe i o inkriminacijama uopće, što je vidljivo iz priloga žalbe, odnosno iz objava u medijima.

Stoga je Apelaciono vijeće našlo da je došlo do relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka koja je imala negativan utjecaj na valjanost izrečene presude, na što je osnovano ukazala odbrana optuženog S. O.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 019187 18 Krž 2
od 23.04.2019. godine)

1.2.5. Dopuštenost žalbe na izrečenu mjeru sigurnosti i odluku o oduzimanju imovinske koristi po prihvatanju sporazuma o priznanju krivice (član 312. u vezi člana 231. stav 6. tačka c) ZKP BiH)

Žalba na presudu donesenu po prihvatanju sporazuma o priznanju krivice ima se odbaciti kao nedopuštena i u slučaju kada je izjavljena na odluku o mjeri sigurnosti, kao vrsti krivičnopravne sankcije, a, u konačnici, i na odluku o oduzimanju imovinske koristi, koja se u tom kontekstu ima sagledati kroz okvire postignutog pregovora između strana i činjenicu da je optuženi bio nesporno upoznat s posljedicama prihvatanja takvih pregovora.

Iz obrazloženja:

S tim u vezi, Apelaciono vijeće napominje da procesna posljedica gubitka prava na žalbu na izrečenu krivičnopravnu sankciju za optuženog nastaje u trenutku prihvatanja sporazuma o priznanju krivice od strane Suda, te da bi eventualno izjavljenu žalbu optuženog, odnosno njegove braniteljice zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji, *a priori* trebalo odbaciti kao nedopuštenu.

Naime, iz sadržaja odredbe člana 5. KZ BiH proizilazi da krivičnopravne sankcije pored kazne, podrazumijevaju i uslovnu osudu, mjere sigurnosti i vaspitne mjere, a kako je predmetna žalba izjavljena zbog odluke o oduzimanju predmeta, kao jednoj od mjera sigurnosti propisanih članom 69. KZ BiH, to se predmetna žalba po žalbenom osnovu odluke o krivičnopravnoj sankciji predviđenim članom 300. ZKP BiH, a shodno odredbi člana 231. stav 6. tačka c) ZKP BiH odbacuje kao nedopuštena.

Odbrana optuženog u svakom momentu je bila u mogućnosti da reaguje i da savjetuje optuženog da ne prihvata sporazum, posebno u situaciji kada je dogovoreno da se odluka o oduzimanju predmeta odnosno oduzimanju PMV u vlasništvu treće osobe ostavi na odluku suda. Međutim to se nije desilo niti u slučaju kada je na ročištu za razmatranje sporazuma o priznanju krivnje na upit sudije optuženom da li se slaže da sud donese odluku o oduzimanju PMV-a, isti izjavio da se slaže.

Osporavanje odluke o krivičnopravnoj sankciji u slučaju kada su sporazumom od strane optuženog uz prisustvo braniteljice, prihvaćene odluke sadržane u tački III sporazuma, a sa čijim posljedicama je dodatno upozoren i na ročištu o razmatranju sporazuma sudije za prethodno saslušanje, te konačno s kojim se i saglasio optuženi, po ocjeni ovog vijeća, nije dozvoljeno, te se žalba iz tih razloga, a imajući u vidu zakonske odredbe člana 231. stav 6. tačka c) ZKP BiH odbacuje kao nedopuštena.

Dakle, kako je nesporno utvrđeno da je optuženi D. R. prihvatio predmetni sporazum, te da se saglasio da odustaje od ustavnih i zakonom zagwarantovanih prava, odnosno prava na suđenje i da se u tom slučaju odriče i prava na žalbu u pogledu krivičnopravne sankcije koja mu je presudom izrečena, podrazumijevajući pri tome i krivičnopravnu sankciju propisanu odredbom člana 69. tačka d) KZ BiH, u vezi s odredbom člana 74. i člana 189. stav 6 KZ BiH, žalba odbrane optuženog u skladu s odredbom člana 312. ZKP BiH, odbacuje se kao nedopuštena.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 3 K 030747 19 Kž od
14.02.2019. godine)

...

Navedeni sporazum je prihvaćen od strane Suda na ročištu održanom dana 07.06.2019. godine, na kojem se optuženi M. eksplicitno izjasnio da je svjestan da se odriče prava na suđenje, kao i da sud može izreći kaznu koju je dogovorio sa tužiocem i vraćanje imovinske koristi, oduzimanje predmeta i zabranu obavljanja djelatnosti te da neće imati pravo žalbe na krivičnopravnu sankciju, pri čemu može biti obavezan i na imovinskopravni zahtjev i troškove krivičnog postupka.⁸ Stoga, pokušaj branioca i na samom pomenutom ročištu da predloži vraćanje predmeta SIPA-i (za odbranu spornih mobilnih aparata), kao i da se oduzeta imovinska koristi uplati u 12 rata, ne utiče na valjanost zaključenog sporazuma o priznanju krivice kao i na posljedice zaključenja takvog sporazuma, koje se između ostalog odnose i na nemogućnost izjavljivanja žalbe na odluku o krivičnopravnoj sankciji.

Iako se odluka o oduzimanju imovinske koristi po svom pravnom dejstvu suštinski ne smatra kaznom, odnosno krivičnopravnom sankcijom i ta se odluka podvodi po žalbeni osnov pobijanja presude zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji predviđen odredbom člana 300. stav 2. ZKP BiH, zajedno sa odlukom o mjeri sigurnosti, pa je žalba i u tom dijelu nedopuštena.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 2 K 031032 19 Kž od 31.10.2019. godine)

1.2.6. Pravo žalbe na drugostepenu odluku (primjena člana 2. Protokola 7. uz EKLJP)

Iako je prvostepena presuda bila osuđujuća, ali je izricanje kazne izostalo zbog primjene instituta oslobođenja od kazne (član 51. KZ BiH), dopušteno je pravo na žalbu trećestepenom vijeću s obzirom da je tek drugostepenom presudom optuženom prvi put izrečena kazna.

Iz obrazloženja:

Iako je i prvostepena presuda osuđujuća, optuženom je omogućeno pravo na žalbu na osnovu direktne primjene odredbe iz člana 2. Protokola broj 7. uz Konvenciju o

⁸ Strana 1. Zapisnika sa ročišta o razmatranju sporazuma o priznanju krivice, broj S1 2 K 031032 19 K od 07.06.2019. godine.

zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda⁹, s obzirom da je tek ovom presudom osuđen na kaznu zatvora. Žalbu na odluku o krivičnopravnoj sankciji može izjaviti trećestepenom vijeću Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine u roku od 15 dana od dana prijema presude.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 2 K 027400 18 Kž 2 od 09.10.2019. godine)

1.2.7. Pozivanje na alibi tokom drugostepenog postupka

U slučaju vođenja novog pretresa pred Apelacionim vijećem, sud ne može tužiocu uskratiti pravo da izvodi nove dokaze kojima bi osporio alibi na koji se odbrana pozvala, samo iz razloga što je prvostepena odluka ukinuta po žalbi odbrane.

Iz obrazloženja:

Odbrana optuženog J. se usmeno, a i podneskom koji je zaprimljen dana 19.06.2019. godine, usprotivila prijedlogu tužioca za pozivanjem svjedoka na okolnosti pobijanja alibija optuženog, ističući da tužilac takvu mogućnost nema, obzirom da isto nije činio kroz dokaze replike ni tokom prvostepenog postupka. Apelaciono vijeće je odbilo ovakav prigovor odbrane cijeneći da nema procesne smetnje da se navedeni svjedoci saslušaju. Naime, postupak pred ovim Vijećem uistinu ne predstavlja *de novo* postupak¹⁰, međutim, isti uveliko ovisi od žalbom postavljenih okvira. U konkretnom slučaju prvostepena presuda je bila osuđujuća u dijelu optužbe koji egzistira tokom pretresa pred ovim Vijećem, te je isti dio odluke ukinut povodom

⁹ Član 2. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda: (1) *Svako ko je odlukom suda osuđen za krivično djelo ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud.*

Shodno ovakvom zagaranovanom konvencijskom pravu, a cijeneći da se optuženi A. H. u ovoj krivičnopravnoj stvari ne susreće prvi put sa osudom, ali jeste sa kaznom, Apelaciono vijeće je zaključilo da se istome ima dati pravo žalbe na odluku o krivičnopravnoj sankciji.

¹⁰ Vijeća ovog Apelacionog odjeljenja – Odjela I su kroz više svojih odluka stala na pravno stanovište po kome je žalbeni postupak korektivne prirode, te stoga to nije „prilika za preispitivanje nekog predmeta *de novo*“ (Također, v. predmet MKSJ, Tužilac protiv Milorada Krnojelca, Žalbeno vijeće, Presuda, 17. septembar 2003., para. 5 – 20., te predmete Erdemović (para. 16), Tadić, (para. 238. do 326.), Aleksovski (para. 63), Furundžija (par. 35. do 37.), Čelebići (par. 435.), i dr.)

žalbe odbrane. Tužilac se na isti dio odluke nije ni imao razloga žaliti, osim u pogledu odluke o krivičnopravnoj sankciji, što je i učinio. S tim u vezi, odbrana je žalbom, koja je uvažena zbog bitne povrede, a koja povreda je bila smetnja za svako daljnje preispitivanje, ukazala i na postojanje izvjesnog alibija u konkretnom slučaju. Pa kako je žalbom otvoreno isto pitanje, tužilac kao suprotna strana u postupku, i kao stranka na kojoj je teret dokazivanja i pobijanja eventualnog alibija je potpuno ispravno i shodno pravilima i obavezi svog postupanja ustao sa prijedlogom dokaza koji isti pobijaju.¹¹ Stoga, Apelaciono vijeće ne nalazi spornim prihvaćanje prijedloga tih dokaza. Zabrana načela *reformatio in peius* bi postojala u slučaju da je tužilac imao razloga da se žali na prvostepenu odluku i u širem dijelu od istaknutog, a da je isto propustio, da bi sada takve okolnosti isticao. Međutim, u konkretnom slučaju, kako je to već navedeno, žalba tužioca je egzistirala upravo u obimu u kakvom je s njegovog aspekta i bilo potrebno, a kako je pobijana odluka ukinuta po žalbi odbrane, te postupak ipak obnovljen, tužiočeva je obaveza da dokazuje svoju optužbu, te ga Sud u tome ne može sprječavati. Suprotno ponašanje bi povuklo povredu člana 14. ZKP BiH, čiji stav 1. je utemeljen u korist obje strane u postupku – tužioca i optuženog, kao i branioca¹².

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 1 K 026633 19 Kžk od
18.07.2019. godine)

¹¹ Isto tako, kad se pozove na alibi, optuženi nije obavezan da dokaže da je alibi istinit. Teret dokazivanja je na tužilaštvu, i uvijek ostaje na tužilaštvu, da eliminiira bilo koju razumnju mogućnost da je dokaz alibija istinit. Kao što je naglasilo pretresno vijeće u predmetu *Vasiljević*: “*Za donošenje zaključka da je krivica optuženog dokazana van razumne sumnje, nije dovoljno da optužbavan razumne sumnje dokaže samo to da je alibi lažan. Iz zaključka Pretresnog vijeća da je alibi lažan neproizlazi zaključak o tome da je optuženi kriv. Da bi se mogao donijeti zaključak o krivici optuženog, optužba mora da dokaže i istinitost van razumne sumnje činjenica navedenih u Optužnici.*” Ako optuženi namjerava da koristi alibi za sve ili neke tačke iz optužnice, mora postojati neki dokaz u sudskom zapisniku da ga potkrijepi. Ali, čak ako se alibi i odbije to ne mijenja i ne prenosi teret dokazivanja tužilaštva. Tužilaštvo mora i dalje afirmativno dokazati da je optuženi kriv van razumne sumnje. Izvor: *Priručnik o odbrani u predmetima Međunarodnog krivičnog prava*, UNICRI, ADC, OSCE, ODIHR, str. 35.

¹² Sud je dužan 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. (Isticanje dodato.)

1.2.8. Obaveza utvrđivanja stepena sumnje o krivici potraživanog lica (član 34. tačka h) i član 35. stav 5. tačka d) ZMPP)

Zamoljena država nije u obavezi da cijeni stepen utvrđenosti krivice potraživanog lica, već isključivo činjenicu da uopšte postoji određena sumnja o počinjenju djela, dok će se ostale potrebne faze utvrđivanja krivice provoditi u postupku pred državom moliteljicom koja ga, uostalom, zbog toga i potražuje.

Iz obrazloženja:

Odredbom člana 34. tačka h) ZMPP kao jedna od pretpostavki za izučenje jeste i činjenica da *ima dovoljno dokaza za sumnju*¹³ da je stranac čije se izručenje traži učinio određeno krivično djelo ili da postoji pravosnažna osuđujuća presuda, iz čega je očigledno da zakonodavac ne predviđa utvrđenje postojanja osnovane sumnje, već postojanje dokaza za sumnju (ne navodeći oblik i stepen sumnje) da je stranac čije se izručenje traži počinio određeno krivično djelo ili da postoji pravomoćna presuda. Već ovako ispravnim tumačenjem citirane zakonske odredbe može se nesporno zaključiti da prvostepeno rješenje pravilno cijeni stepen izvjesnosti o počinjenom krivičnom djelu, a da branilac žalbenim prigovorima pogrešno istrajava na utvrđivanju osnovanosti sumnje preko predviđenog i potrebnog praga.

Kada ovako zaključuje, Apelaciono vijeće cijeni i odredbu člana 35. ZMPP, te upućuje na stav 5. tačku d) istog, gdje je predviđeno da se uz molbu za izručenje dostavlja *presuda u originalu ili ovjerenom prijepisu, ako je lice čije se izručenje traži pravosnažno osuđeno, odnosno optužnica, rješenje o pritvoru u originalu ili ovjerenom prepisu, ili drugi akt ravan navedenim, u kojem su sadržani svi podaci koji se tiču počinjenog krivičnog djela i identiteta počinioca, kao i dokazi za sumnju*, pri čemu izričito naglašava da je citirana odredba ranije sadržavala potrebni stepen izvjesnosti o učinjenom krivičnom djelu, obzirom da je zahtijevala dokaze za osnovanu sumnju, što je izmjenama i dopunama predmetnog zakona iz 2013. godine brisano, čime je zakonodavac još jednom ukazao na to da nije na zamoljenoj državi da cijeni stepen utvrđenosti krivice potraživanog lica, već isključivo činjenicu da uopšte postoji određena sumnja o počinjenju djela, dok će se ostale potrebne faze

¹³ Isticanje dodato.

utvrđivanja krivice i provoditi u postupku pred državom moliteljicom koja ga, uostalom, zbog toga i potražuje.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj S1 3 K 032944 19 Kž od
17.09.2019. godine)

2. GRAĐANSKO PRAVO

2.1. MATERIJALNO PRAVO

2.1.1. Odgovornost države za štetu nastalu realizacijom konačne i pravosnažne odluke nadležnog organa entiteta i distrikta

Postupanje po konačnoj odluci nadležnog organa entiteta ili distrikta ne može biti osnov odgovornosti Bosne i Hercegovine za štetu prouzrokovanu trećim licima, jer odluka koja se realizovala nije donesena u okviru nadležnosti državnih organa, tijela ili institucija.

Iz obrazloženja:

Tužitelju je oduzeta licenca i zabranjen rad odlukom nadležnog odjeljenja Vlade Brčko distrikta od 23.01.2014.godine, koja odluka predstavlja konačni upravni akt koji je stekao pravnu snagu danom donošenja. U momentu kada je tužitelj skinut sa liste visokoškolskih ustanova u BiH, tužena koja vodi informacije iz oblasti visokog obrazovanja, postupala je po konačnoj odluci nadležnog organa.

Zakonitost odluke o oduzimanju licence i zabrani rada ne preispituje se u odnosu na postupanje tužene jer ova odluka nije u vezi s djelokrugom postupanja tužene. Činjenica da je rješenje o zabrani rada poništeno presudom Apelacionog suda Brčko distrikta od 17.09.2015. godine i da je predmet vraćen Odjeljenju na ponovno rješavanje, da je u ponovnom postupku Odjeljenje za obrazovanje donijelo rješenje 13.10.2016.godine sa nalogom za otklanjanje nedostataka, koje je poništila kancelarija gradonačelnika odlukom od 15.11.2016.godine, također nije u vezi s djelokrugom rada tužene.

Odjeljenje za obrazovanje Vlade Brčko distrikta pokrenulo je postupak Upravnog nadzora nad tužiteljem u pogledu ispunjavanja uslova za obavljanje djelatnosti visokog obrazovanja. Sve radnje preduzete u postupku upravnog nadzora i tim povodom donesne odluke, kao i postupci koji su pokrenuti po tim odlukama, u vezi su s postupanjem Odjeljenja za obrazovanje Vlade Brčko distrikta. Stoga ovo vijeće prihvata zaključak prvostepenog suda da je tužena postupala po zakonu jer je primijenila konačan akt nadležnog tijela kada je brisala tužitelja s liste visokoškolskih ustanova u BiH i da nije odgovorna za štetu koja je nastala u vezi s realizacijom odluke koju je donio drugi organ u okviru svojih nadležnosti. Time nisu ispunjeni uslovi propisani u članu 172. stav 1. ZOO, pošto tužena nije ni odlučivala o tužiteljevoj dozvoli za rad.

Ukazivanje žalbe da tužena nije postupila po zahtjevu i obavijesti tužitelja da ga vrati na listu licenciranih visokoškolskih ustanova ne utiče na zaključak da tužena nije

odgovorna za utuženu štetu. Ovo iz razloga jer je tužena mogla postupati samo na osnovu informacije dostavljene od tijela nadležnog po zakonu, što je i učinila nakon prispjeća dopisa Odjeljenja za obrazovanje Vlade Brčko distrikta koji navodi da tužitelj ima validnu dozvolu za rad. Ukazivanje žalbe da Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o visokom obrazovanju Brčko distrikta (Sl. glasnik BD broj 28/18 od 09.07.2018. godine) potvrđuju da je tužitelj ispunjavao uslove i da je u utuženom periodu imao valjanju licencu, nemaju značaj jer ovaj Zakon tužena nije ni primjenjivala nego nadležni organ Vlade Brčko distrikta.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 026630 19 Gž od 05.06.2019. godine)

2.1.2. Odgovornost za štetu prema odredbama Zakona o zaštiti ličnih podataka

Osnov odgovornosti primjenom člana 32. Zakona o zaštiti ličnih podataka ostvariće se ukoliko je nastupila šteta koja je u uzročnoj vezi s radnjom kontrolora podataka kojom je podatak iz lične sfere pojedinca ili na osnovu kojeg podataka se pojedinac može identifikovati, učinjen dostupnim, bez odobrenja ili nezakonito, javnosti ili drugim pojedincima.

Uskraćivanje davanja podataka ima za posljedicu povredu zakonom propisanog prava na informaciju i ne može biti osnov za naknadu štete zbog povrede prava na privatnost.

Iz obrazloženja:

Odredba člana 32. Zakona o zaštiti ličnih podataka propisuje odgovornost kontrolora podataka da nadoknadi materijalnu i nematerijalnu štetu nosiocu podataka ako mu je nanesena zbog povrede prava na privatnost. Ovu odredbu prvostepeni sud je primijenio kod utvrđenja odgovornosti prvotužene samo na osnovu činjenice donošenja rješenja kojim je usvojen prigovor tužiteljice, a bez utvrđenja u čemu se ogleda povreda prava na privatnost.

Definicija privatnosti podrazumijeva područje koje nije javno, koje se odnosi na određene aktivnosti i uz njih vezane predmete, mišljenja ili osjećanja koji se zadržavaju za sebe, za koje se ne dopušta da ih doznaju drugi pojedinci, organizacije ili dijelovi društva. To je osnovno ljudsko pravo koje označava podatke u duhovnoj, materijalnoj, intelektualnoj i kulturnoj sferi koji su zaštićeni od uznemiravanja drugih i u suštini je poznato kao ljudsko dostojanstvo koje se kao pravno priznat

oblik nematerijalne štete nadoknađuje prema odredbi člana 200. ZOO za duševne bolove zbog povrede ugleda, časti i prava ličnosti.

Dakle bitno obilježje povrede prava na privatnost jeste da podatak, koji predstavlja ličnu sferu pojedinca ili se na osnovu tog podatka pojedinac može identifikovati – učini, bez odobrenja ili nezakonito, dostupnim javnosti ili drugim pojedincima. U konkretnom sporu nije nastupila ovakva posljedica budući da pravosnažna i konačna odluka Agencije nije utvrdila povredu prava na zaštitu ličnih podataka dostavljanjem trećim licima, nego upravo suprotno uskraćivanjem ovih podataka i samoj tužiteljici. Uskraćivanjem podataka o bolovanju koje prvotuzena kao poslodavac vodi po samom zakonu, ima za posljedicu povredu zakonom propisano pravo na informaciju, ali je bez uticaja na tužiteljicin privatni život jer takvu informaciju tužiteljica nije ni tražila za potrebe privatnog života, nego radi pokretanja novog sudskog postupka kako je to i navela u zahtjevu prvotuzenoj od 20.07.2015. godine.

Stoga drugostepeno vijeće zaključuje da je prvostepeni sud pogrešno primijenio odredbu člana 32. stav 1. Zakona o zaštiti ličnih podataka kada je bez utvrđenja povrede prava na privatnost utvrdio odgovornost prvotuzene za utuženu nematerijalnu štetu. Ovo je imalo za posljedicu i pogrešnu primjenu člana 154. stav 1. ZOO jer je izostalo utvrđenje ostvarivanja osnovnog načela oštetnog prava, a to je utvrđenje postojanja štete koje je u uzročno posljedičnoj vezi s radnjama prvotuzene.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 022278 17 Gž od 29.01.2018. godine)

2.1.3. Odgovornost za štetu koju pretrpi učesnik u vojnoj misiji

Za nastalu štetu u vojnoj misiji odgovara poslodavac po principu objektivne odgovornosti.

Iz obrazloženja:

Pobijana presuda drugostepenog vijeća, kojom je u pogledu glavne stvari (zahtjev za naknadu materijalne i nematerijalne štete) potvrđena prvostepena presuda, zasnovana je na pravilnom utvrđenju da za nastalu štetu u vojnoj misiji odgovara poslodavac po principu objektivne odgovornosti. Ovo iz razloga jer se vojna misija odvija pod okolnostima sa povećanim rizikom od opasnosti nastupanja štete, slijedom čega se poziv pripadnika oružanih snaga BiH koji su poslani u vojnu misiju,

ima definisati kao opasna djelatnost iz člana 173. ZOO-a za koju poslodavac, shodno odredbi člana 154. stav 2. ZOO-a, odgovara bez obzira na krivicu.

Kako je do povrede tužitelja došlo za vrijeme trajanja misije u koju je odlukom poslodavca upućen, u kompleksu tužene u kojem je boravak tužitelja za vrijeme trajanja misije, pa čak i u neradne dane obavezan, a cijeneći i da je u vrijeme povređivanja tužitelj nosio obuću i odjeću koju je zadužio od tužene, nižestepeni sudovi su pravilno zaključili da tužena strana nije oborila naznačenu pretpostavku uzročnosti, pa postoji njena građansko-pravna odgovornost, a shodno tome i obaveza da tužitelju nadoknadi štetu.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj S1 3 P028324 19 Rev od 17.07.2019. godine)

2.1.4. Interni premještaj zaposlenika iz mjesta rada u drugo mjesto

Kada Zakonom o radu u institucijama Bosne i Hercegovine i Pravilnikom o internom premještaju i raspoređivanju zaposlenika u institucijama Bosne i Hercegovine nije uopšte propisana mogućnost internog premještaja zaposlenika iz mjesta rada u drugo mjesto niti su propisani kriteriji za takav interni premještaj, u nedostatku takve regulative, zaposlenik se bez njegove saglasnosti ne može interno premjestiti iz mjesta rada i stanovanja u drugo mjesto rada, ako bi se takvim premještajem bitno pogoršale lične i porodične prilike zaposlenika.

Iz obrazloženja:

Iz pobijane prvostepene presude proizilazi da je prvostepeni sud svoj zaključak o nezakonitosti internog premještaja tužiteljice iz mjesta rada i stanovanja – Banja Luka u Bijeljenu, zasnovao na povredama u postupku ponude izmijenjenog ugovora o radu u smislu odredbi člana 81. Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine, za koje povrede je ocijenio da su za posljedicu imale nezakonitost internog premještaja tužiteljice.

Dakle, prvostepeni sud je iz navedenih razloga poništio i odluku tužene o internom premještaju tužiteljice, a da pri tom nije cijenio da li je odluka o internom premještaju tužiteljice imala uporišta u odredbama Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, broj: 26/04, 7/05, 48/05, 60/10 i 32/13) i Pravilnika o internom premještaju i raspoređivanju zaposlenika u institucijama Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, broj: 19/12 i 49/13).

Naime, po shvatanju drugostepenog suda, odredbama navedenog zakona i pravilnika nije uopšte propisana mogućnost internog premještaja zaposlenika iz mjesta rada u drugo mjesto, niti su propisani kriteriji za takav interni premještaj.

Po shvatanju drugostepenog suda, u nedostatku takve regulative, tužiteljica u konkretnom slučaju ne bi mogla bez njene saglasnosti biti interno premještena iz mjesta rada i stanovanja (Banja Luka) u drugo mjesto rada (Bijeljina) ako bi se premještajem bitno pogoršale njene porodične prilike. S obzirom na udaljenost Banje Luke i Bijeljine, nesumnjivo da bi se u konkretnom slučaju, premještajem tužiteljice, bitno pogoršale lične i porodične prilike tužiteljice, odnosno njenog porodičnog domaćinstva (suprug i dvoje maloljetne djece), s obzirom da tužiteljica ne bi mogla svakodnevno putovati na posao iz mjesta stanovanja u novo mjesto rada u koje bi bila interno trajno raspoređena.

Iz navedenih razloga, po shvatanju drugostepenog suda, nezakonite su odluke tužene o internom premještaju tužiteljice, kao i izmijenjeni ugovor o radu te ih je prvostepeni sud pravilno poništio i obavezao tuženu da tužiteljicu vrati na ranije radno mjesto.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P030324 19 Gž od 17.05.2019. godine)

2.1.5. Zastara prava na uplatu doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje

Pravo na uplatu doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje po osnovu radnog odnosa ne zastarijeva, pa ne može nastupiti ni prekluzija za podnošenje tužbe u smislu odredbi člana 83. stav 4. i 5. Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Za odluku da li je tužena obavezna uplatiti doprinose za utuženi period, odlučna činjenica je da je tužena za isti period presudom Opštinskog suda u Sarajevu, broj: Pr 146/99-A od 05.07.2004. godine, koja je potvrđena presudom Suda Bosne i Hercegovine, broj: Gž-116/06 od 25.04.20007. godine, obavezana da tužitelju isplati razlike plata, što je i izmirila u postupku prinudnog izvršenja.

Odbijajući prigovor zastare potraživanja prvostepeni sud je pravilno primijenio odredbe člana 101. stav 2. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Sl.

novine F BiH“, broj: 29/98, 49/00, 32/01, 73/05, 59/06, 4/09 i 55/12) prema kojim obaveza poslodavca na uplatu obaveznih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje ne zastarijeva, a time i pravo zaposlenika da iste potražuje.

Kako obaveza poslodavca na uplatu doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje za zaposlenog ne zastarijeva, to ni podnošenje tužbe za ostvarivanje navedenog prava nije uslovljeno rokovima za sudsku zaštitu prava iz radnog odnosa u smislu odredbi člana 83. stav 4. i 5. Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine, niti se na navedeno potraživanje primjenjuju rokovi zastare potraživanja iz odredbe člana 86. navedenog Zakona.

Prvostepeni sud je, cijeneći nespornu činjenicu da je tužena pravosnažno obavezana na isplatu razlike plate, pravilno primijenio materijalno pravo, obavezujući tuženu da uplati doprinose za PIO na iznose i za periode za koje je tužitelju dosuđena i isplaćena razlika plate.

Zakon o doprinosima isključuje primjenu odredbi o zastari potraživanja iz Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o radu u institucijama Bosne i Hercegovine, pa samim tim ne može nastupiti ni prekluzija za podnošenje tužbe za ostvarivanje navedenog prava.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 031214 19 Gž od 15.07.2019. godine)

2.1.6. Osnov i uslovi za ostvarivanje naknade na rad nakon isteka mandata

Naknada za rad članu komisije nakon isteka mandata pripada iz osnova posloводства bez naloga pod uslovom da obavljeni posao nije trpio odlaganje i da je spriječio nastanak nenadoknadive štete.

Iz obrazloženja:

Revizioni prigovor pogrešne primjene materijalnog prava u smislu pogrešne pravne kvalifikacije utvrđenog činjeničnog stanja ovo reviziono vijeće odbija kao neosnovan iz razloga što je, u obrazloženju pobijane presude drugostepenog građanskog vijeća Suda Bosne i Hercegovine jasno obrazloženo, da su se, u konkretnom slučaju, stekla obilježja instituta posloводства bez naloga iz odredbe člana 220. ZOO. To proizilazi iz nesporno utvrđenog činjeničnog stanja, da su tužitelji, nakon isteka mandata obavljali stručne poslove u Vijeću za GMO čime su nezvano pristupili vršenju tuđeg posla. Kako organ koji je nadležan nije donio

odluku o imenovanju sastava komisije od oktobra 2013. do 30.07.2015. godine, nastupila bi šteta za Bosnu i Hercegovine bez stručnih mišljenja, a opšti interes ukazuje da posao koji su vršili tužitelji nije trpio odlaganje. Stoga je zaključeno da su u postupanju tužitelja ostvarena sva obilježja instituta posloводства bez naloga jer su postupali bez ovlaštenja državnog organa, ali su se u smislu člana 222. stava 1. ZOO rukovodili potrebama onoga čiji je posao, odnosno drugotužene da obezbijedi funcionisanje Vijeća koje je po zakonu dužna imenovati, a to je propustila u dužem vremenskom periodu. Drugotužena se za cio utuženi period nije protivila da tužitelji vrše poslove iz nadležnosti Vijeća za GMO, niti je takve aktivnosti zabranila, što bi isključilo tužiteljima ostvarivanje prava poslovođe bez naloga kako je to propisano članom 226. stavom 1. ZOO. Upravo suprotno, svi izvještaji tužitelja su prihvaćeni, pa ni tokom parnice nije bio sporan obim obavljenih poslova i, konačno, drugotužena je preuzela sve akte koje je donijelo Vijeće za GMO.

I po shvatanju ovog revizionog vijeća, drugostepeno građansko vijeće Suda Bosne i Hercegovine izvelo je pravilan zaključak da tužiteljima, kao poslovođama bez naloga, pripada pravo na naknadu kako je to propisano odredbom člana 223. stava 2. ZOO. Ovlaštenje za obavljanje poslova u Vijeću za GMO drugotužena prenosi na članove Vijeća njihovim imenovanjem i stoga je drugotužena dužna po zakonu isplatiti tužiteljima naknadu za nesporno izvršene poslove kontinuirano vršene u utuženom periodu. Svim aktima koji se nalaze u spisu predmeta tužena se nije protivila radu imenovanih članova Vijeća za GMO, nego je potvrđivala da, u slučaju da nakon isteka mandata nadležni organ ne pokrene i ne provede zakonsku proceduru produženja mandata, odnosno razrješenja sadužnosti imenovanih članova Vijeća za GMO, njihove obaveze i ovlaštenja ne prestaju, već egzistiraju do okončanja postupka produženja mandata, odnosno razrješenja s dužnosti i imenovanja novih članova Vijeća za GMO.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 025342 18 Rev od 21.09.2018. godine)

2.1.7. Ostvarivanje prava za autorska djela stvorena u radnom odnosu

Djelo stvoreno u toku radnog vremena po nalogu i od materijala poslodavca smatra se autorskim djelom stvorenim u radnom odnosu.

Autorsko pravo koje pripada tvorcu djela ne sadrži pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo, pa stoga autor neosnovano zahtijeva povrat djela pozivom na samo autorsko pravo.

Iz obrazloženja:

Činjenično utvrđenje Suda, da su sporna djela stvarana u toku radnog vremena, materijalom tužene i po uputstvu tužene, ukazuju da se u konkretnom slučaju radi o autorskom djelu stvorenom u radnom odnosu.

Pretpostavka prenosa prava na poslodavca i posebne odredbe o prenosu prava su regulisane članom 100. i članom 101. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, koje odredbe Sud pravilno citira, ali pogrešno primjenjuje, kao i odredbu člana 67. istog Zakona koje reguliše odnos autorskog prava i prava vlasništva.

Iz sadržine odredbe člana 67. proizilazi da je autorsko pravo samostalno i nezavisno od prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na stvari na kojoj ili u kojoj je autorsko djelo fiksirano...., a članom 68. stav 1. istog Zakona je predviđeno da raspolaganje pojedinačnim autorsko-imovinskim pravima ili drugim pravima autora na djelu NE UTIČU na pravo vlasništva na stvari na kojoj ili u kojoj je autorsko djelo fiksirano. Iz ovakvog sadržaja navedenih zakonskih odredaba proizilazi da je pobijanom presudom došlo do pogrešne primjene materijalnog prava kada je Sud zaključio da činjenica da je autorsko djelo stvoreno u radnom odnosu, nije od uticaja kod utvrđenja da tužitelju pripada pravo na pobrojanim slikama.

Primijenjeno na konkretan slučaj jasno proizilazi da tužitelju ne pripada pravo na predaju u posjed pobrojanih umjetničkih djela iz razloga što, tužitelj nije uopšte vlasnik ili nosilac drugih stvarnih prava na navedenim umjetničkim djelima. Ovdje je očito došlo do poistovjećivanja autorskih imovinskih prava od suda s pravom vlasništva ili drugim stvarnim pravima na stvar.

Sadržaj autorskog prava je određen članom 15. Zakona i to tako što je decidno predviđeno da je autorsko pravo jedinstveno pravo na autorskom djelu koje sadrži isključiva lično-pravna ovlaštenja (autorska moralna prava), isključivo imovinska pravna ovlaštenja (autorska imovinska prava) i druga ovlaštenja autora (druga prava autora).

Iz člana 20. stav 1. istog Zakona jasno proizilazi da autorska imovinska prava sadrže isključivo ovlaštenje autora da zabrani ili dozvoli iskorištavanje svog djela i primjeraka tog djela, a da autorska prava naročito sadrže: pravo reproduciranja, pravo distribuiranja, pravo davanja u zakup, pravo saopćavanja javnosti, pravo prerade, pravo audiovizuelno prilagođavanja i pravo prevoda, što znači da je isto nezavisno od prava vlasništva ili drugih prava na stvari na kojoj je autorsko djelo fiksirano. Iz člana 68. istog Zakona proizilazi da raspolaganje pojedinačnim autorskim imovinskim pravima ili drugim pravima autora na djelu ne utiču na pravo vlasništva na stvar.

Prema tome, autorsko pravo je nezavisno od prava vlasništva i drugih stvarnih prava na stvar.

Dakle, tužitelj jeste autor pobrojanih djela i istom pripada autorsko pravo nad istim, ali to pravo u sebi ne sadržava pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo na navedenim slikama, čiji je tužitelj autor i čiji povrat traži. Ova činjenica jasno proizilazi upravo iz dokaza i utvrđenih činjenica da su navedena djela stvarana u toku radnog vremena i materijalom koji je osigurala tužena.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja broj:S1 3 P015651 16 Rev od 15.09.2016. godine)

2.2. PROCESNO PRAVO

2.2.1. Stvarna nadležnost Suda Bosne i Hercegovine

Sud Bosne i Hercegovine nema stvarnu nadležnost u imovinskim sporovima po tužbi tužioca Radio-televizije Bosne i Hercegovine protiv tužene Radio-televizije Republike Srpske.

Iz obrazloženja:

Donoseći odluku o oglašavanju stvarno nenadležnim za postupanje po tužbi, prvostepeni sud je pravilno primijenio odredbe člana 1, 3. i 4. stav 3. i člana 34. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, uslijed čega su neprihvatljivi svi žalbeni razlozi na osnovu kojih tužitelj pobija pravilnost i zakonitost odluke.

I po shvatanju drugostepenog suda, u konkretnom predmetu nisu ostvareni uslovi propisani odredbama člana 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine i člana 8. stav 2. tačka b) Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH br. 29/00), za ustanovljavanje stvarne nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine za postupanje po tužbi.

Naime, predmetnom tužbom tužitelj potražuje isplatu obaveze iz čl. 23. tač. 4. Zakona o JRTV sistemu u BiH u iznosu od 7.215.841,92 KM, iz čega, nesumnjivo proizilazi imovinsko-pravna priroda spora. Međutim, da bi Sud Bosne i Hercegovine bio stvarno nadležan za postupanje primjenom naprijed citiranih odredbi, uz prirodu spora, potrebno je da je spor nastao između entiteta i da je nadležnost suda utvrđena zakonima Bosne i Hercegovine, a što su uslovi koji moraju biti kumulativno ispunjeni. U konkretnom slučaju ne radi se ni o sporu za isplatu duga koji je nastao pri vršenju poslova organa uprave Bosne i Hercegovine, drugih institucija Bosne i Hercegovine i službenih lica tih organa i institucija.

Nadalje, odredbe člana 3. do 6. Zakona o javnom RTV servisu BiH („Sl. Glasnik BiH“, broj: 92/05 i 32/10) i odredbe člana 3. do 6. Zakona o Radioteleviziji Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, broj: 49/06, 73/08 i 42/10) propisuju da tužitelj i tužena imaju status javnog preduzeća. Dakle, parnične stranke su pravna lica koja samostalno stiču prava i preuzimaju obaveze u pravnom prometu i mogu biti parnične stranke u postupcima pred sudom. Činjenica da parnične stranke čine dio jedinstvenog sistema na nivou Bosne i Hercegovine, ne može biti osnov za uspostavljanje stvarne nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine, jer je spor proistekao

iz međusobnih odnosa javnih preduzeća, a ne između samih entiteta. Navedena javna preduzeća su upisana u sudski registar kod nadležnih entitetskih sudova, odnosno, RTV BiH kod Opštinskog suda u Sarajevu, a RTV RS kod Okružnog privrednog suda u Banjoj Luci.

S obzirom na navedeno, prvostepeni sud je pravilno primijenio odredbe člana 17, a u vezi sa odredbom člana 28. stav 1. tačka a) Zakona o sudovima Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, broj: 37/12, 44/15 i 100/17), našavši da je Okružni privredni sud u Banjoj Luci stvarno i mjesno nadležan za postupanje u ovoj pravnoj stvari.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P033908 19 Gž od 07.11.2019. godine)

2.2.2. Rok za podnošenje zahtjeva za oslobađanje od troškova sudske takse

Pravo na podnošenje zahtjeva za oslobađanje od plaćanja troškova sudske takse pripada parničnim strankama do pravosnažnog okončanja spora.

Iz obrazloženja:

I prema ocjeni drugostepenog vijeća nije osnovan zahtjev tužitelja za oslobađanje od troškova plaćanja sudske takse, ali ne iz razloga na kojima je prvostepeni sud zasnovao ožalbeno rješenje.

Naime, prvostepeni sud je odbio zahtjev da tužitelja oslobodi troškova plaćanja sudske takse uslijed činjenice da nije dokazao da je slabog imovnog stanja i da je o obavezi tužitelja na plaćanje već pravosnažno odlučeno. Istaknuti zaključci prvostepenog suda zasnovani su na pogrešnoj primjeni materijalnog prava i pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju.

Razlog za odbijanje prijedloga tužitelja, sud nalazi u činjenici da ne ispunjava uslove propisane u članu 337. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, a koji se odnosi na imovno stanje koje potvrđuje da izmirenje troškova sudske takse šteti izdržavanju tužitelja i njegove porodice. Prije utvrđivanja ispunjavanja uslova za oslobađanje od troškova, prvostepeni sud je propustio cijeliti da je tužitelj zahtjev za oslobađanje od troškova podnio nakon pravosnažnosti presude donesene u postupku u kojem je nastala taksena obaveza. Prijedlog za oslobađanja od plaćanja sudske takse stranka, kao i svaki drugi zahtjev u vezi s glavnom stvari i sporednim potraživanjima, parnične stranke mogu isticati samo tokom trajanja postupka. Kako se parnica završava pravosnažnošću odluke, to tužitelju pripada pravo na postavljanje zahtjeva do pravosnažnog okončanja spora, što je tužitelj propustio

učiniti u konkretnoj parnici koja je okončana donošenjem drugostepene presude dana 21.12.2017. godine, a tužitelj je zahtjev za oslobađanje troškova podnio dana 15.02.2018. godine.

Proizilazi da tužitelj neosnovano zahtijeva oslobađanje od troškova plaćanja sudske takse na tužbu i presudu jer je istaknut nakon pravosnažnog okončanja spora, a ne iz razloga koje je naveo prvostepeni sud. Međutim, propust prvostepenog suda nije uticao na pravilnost odluke o odbijanju zahtjeva, pa je drugostepeno vijeće nakon otklanjanja ukazanog nedostatka, odbilo žalbu i potvrdilo ožalbeno rješenje.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 019906 18 Gž 2 od
23.04.2018. godine)

2.2.3. Zloupotreba procesnih prava

Zloupotrebu procesnih prava parnična stranka vrši kada pasivnim držanjem u parnici, izbjegavanjem postupanja po nalogu suda ili djelimičnim ispunjenjem s nerelevantnim opravdanjem, iskorištava činjenicu da je u isključivom posjedu tražene dokumentacije.

Iz obrazloženja:

Prema zaključku vijeća, u konkretnom sporu, ostvareni su uslovi za primjenu člana 343. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, koji je prvostepeni sud pravilno primijenio.

Naime, citirana odredba sankcioniše stranku ukoliko svojim parničnim radnjama teže zloupotrijebi prava koja su joj priznata procesnim zakonom. Tužena je bila dužna dostaviti po nalogu Suda određenu poslovnu dokumentaciju koja se odnosi na broj zaposlenih i angažovanih u određenom vremenskom periodu. Kako se ova dokumentacija nalazi u posjedu tužene, Sud je primjenom člana 102. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH imao osnova da naloži tuženoj da u svrhu vještačenja dostavi određenu dokumentaciju. Tužena je imala pravo shodno stavu 3. citiranog člana da uskrati podnošenje isprava iz zakonom propisanih razloga. Međutim, ovo pravo tužena nije iskoristila nego je pasivnim držanjem, izbjegavanjem postupanja po nalogu Suda, djelimičnim ispunjenjem i davanjem nerelevantnih opravdanja, zloupotrebljavala činjenicu da je u isključivom posjedu tražene dokumentacije. Izbjegavajući dostaviti traženu dokumentaciju bez korištenja prava da uskrati podnošenje isprave na zakonit način, tužena se nije savjesno

koristila pravima koja su joj priznata zakonom, a što je bila dužna prema odredbi člana 14. citiranog Zakona.

Zloupotreba procesnih prava postoji kada stranka koristi svoja procesna prava da bi odugovlačila postupak ili šikanirala svog protivnika, pa i sud. Stoga je i drugostepeno vijeće zaključilo da sve okolnosti konkretnog slučaja ukazuju da je tužena zloupotrijebila prava priznata procesnim zakonom i da je pobijano rješenje o novčanom kažnjavanju pravilno i zakonito.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P022591 19 Gž od 14.02.2019. godine)

2.2.4. Presuđena stvar

Nema uslova za primjenu instituta res judicata u slučaju kada je pravosnažno okončan spor u kome je poništena odluka poslodavca po tužbi jednog zaposlenika, niti su ostvarene zakonske pretpostavke za odbacivanje tužbe drugog zaposlenika usmjerene na poništenje iste odluke, jer ne postoji identitet parničnih stranaka.

Iz obrazloženja:

Iz predmeta spisa proizilazi da su konkretni spor i parnica koja je pravosnažno okončana pod brojem S 1 P 028623 18 P proizašli iz istog životnog događaja i da su zasnovani na istom osnovu. Nadalje, proizilazi da je pravosnažno okončani spor pokrenuo Š. S. i da u ovom sporu nije učestvovala tužiteljica kao stranka, pa time nije ostvaren prvi uslov za postojanje presuđene stvari, a to je identitet stranaka. Stoga okončanje ovog spora nema uticaja na tužiteljicu bez obzira što je i njena tužba usmjerena protiv istog tuženog i što se tužbeni zahtjevi djelimično podudaraju. Ovo iz razloga jer se pravosnažnost presude ne odnosi na treća lica ukoliko nisu univerzalni ili singularni nasljednici parničnih stranaka na koje je prešlo pravo ili obaveza ili presude.

Iz predmeta proizilazi da ne postoji ni identitet tužbenih zahtjeva. Naime, i tužiteljica i Š. S. osporavali su istu odluku o imenovanju na mjesto urednika Dokumentarnog savremenog programa, ali su osporavali i odluku o odbijanju žalbe. Prvostepeni sud je kod utvrđivanja identiteta tužbenih zahtjeva propustio cijeliti da se drugi dio tužbenog zahtjeva odnosi na različite drugostepene odluke i da se ne radi o istom zahtjevu.

Kod utvrđenja da je osporavana odluka o imenovanju poništena pravosnažnom odlukom i da je naloženo ponovo provođenje postupka izbora, prvostepeni sud je cijenio postojanje pravnog interesa tužiteljice za vođenje parnice. Postojanje pravnog interesa cijeni se samo kod tužbi za utvrđenje kako je to propisano članom 21. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH. Tužba za zaštitu prava iz radnog odnosa je preobražajnog karaktera, dakle radi se o konstitutivnoj tužbi za čije podnošenje nije uslov postojanje pravnog interesa, niti se njena dozvoljenost cijeni iz tih razloga.

Budući da propuste prvostepenog suda drugostepeno vijeće ne može otkloniti, to je primjenom člana 194. stav 1. tačka 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH žalba uvažena, pobijano rješenje ukinuto i predmet vraćen na ponovno odlučivanje.

U ponovnom postupku prvostepeni sud će zakazati glavnu raspravu, provesti usvojene dokaze i donijeti meritornu odluku, imajući u vidu da je nakon podnošenja konkretne tužbe prestala važnost odluke o imenovanju čije se poništenje traži, te cijeneći razloge za osporavanje zakonitosti odluke o žalbi čije poništenje tužiteljica također zahtijeva.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 028650 19 Gž od 03.09.2019. godine)

2.2.5. Dopuštenost revizije

Zakon o izvršnom postupku isključio je mogućnost izjavljivanja revizije, pa u postupku provedenom primjenom odredbi citiranog Zakona, nema mjesta ocjeni ispunjavanja uslova za izjavljivanje revizije propisanih odredbama Zakona o parničnom postupku.

Iz obrazloženja:

Postupak određivanja privremene mjere radi obezbjeđenja nenovčanog potraživanja se provodi primjenom odredbi člana 247. do 256. Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH. Stoga se i u pogledu ulaganja pravnih lijekova izjavljenih protiv rješenja Suda, saglasno odredbi člana 253. navedenog Zakona, imaju primijeniti odredbe Zakona o izvršnom postupku. Naime, protiv rješenja sudije pojedinca donesenih na osnovu odredbi Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH mogu se izjaviti žalba i prigovor (ako je rješenje o izvršenju doneseno na osnovu vjerodostojne isprave), kako to propisuje odredba člana 11. navedenog Zakona.

U predmetnom slučaju, tužitelj je na rješenje drugostepenog vijeća Suda BiH izjavio reviziju – vanredni pravni lijek smatrajući da je revizija dopuštena u smislu odredbe člana 204. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH jer označena vrijednost spora u vrijeme podnošenja tužbe iznosi 31.050,00 KM, odnosno da je ispunjen uslov iz člana 204. stav 3. istog Zakona – radi pravne prakse.

Prema shvatanju revizionog vijeća, revident gubi iz vida da se radi o rješenju za određivanje privremene mjere obezbjeđenja nenovčanog potraživanja koji postupak se vodi prema odredbama Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH.

Odredba člana 12. Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH jasno propisuje da u izvršnom postupku i postupku obezbjeđenja, revizija i ponavljanje postupka nisu dopušteni, osim kada se ponavljanje postupka traži u slučaju iz člana 51. stav 6. navedenog Zakona.

Dakle, u konkretnom slučaju, obzirom da je izjavljivanje vanrednog pravnog lijeka isključeno navedenom zakonskom odredbom, to reviziono vijeće nije niti cijenilo dopuštenost revizije u smislu odredbe člana 204. stav 2. i 3. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, pa su stoga navodi tužene o nedopuštenosti izjavljene revizije osnovani u cijelosti.

Radi izloženog, odlučeno je kao u izreci rješenja primjenom odredbe člana 214. stav 1. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja broj: S1 3 P 032804 19 Rev od
13.11.2019. godine)

3. UPRAVNO PRAVO

3.1. MATERIJALNO PRAVO

3.1.1. Povrat plaćene akcize

Pravo na povrat plaćene akcize prilikom izvoza pripada isključivo uvozniku i/ili proizvođaču akciznog proizvoda koji je platio poseban porez na promet, pod uslovom da je podnio pismeni zahtjev i dostavio dokaz o plaćenju akcizi proizvoda koji se izvoze.

Iz obrazloženja:

Oporezivanje prometa određenih vrsta proizvoda posebnim porezom – akcizom, na teritoriji Bosne i Hercegovine uređeno je Zakonom o akcizama BiH. Akciznim proizvodima se, prema odredbi člana 4. stav 2. tačka c) ovog Zakona, između ostalog, smatraju i bezalkoholna pića, na koja se akciza plaća u iznosu od 0,10 KM po litru (čl. 18. Zakona). Nadalje, prema odredbi člana 22. tačka a) istog Zakona, obaveza obračuna akcize na promet akciznih proizvoda nastaje u trenutku izdavanja računa proizvođača pri prvoj prodaji ili u trenutku isporuke proizvoda, ako je isporuka obavljena prije izdavanja računa, a u tom slučaju je poreski obveznik dužan da plati akcizu u roku od 10 dana po isteku mjeseca u kojem je nastala obaveza obračuna akcize.

Imajući u vidu da je obveznik plaćanja akcize za proizvode iz člana 4. stav 2. tačka c) Zakona pravno lice i/ili preduzetnik koji akcizne proizvode uvozi ili proizvodi na teritoriji BiH, te da proizvođač/uvoznik, da bi ostvario pravo na povrat plaćene akcize mora podnijeti pismeni zahtjev i dostaviti dokaz o plaćenju akcizi proizvoda koji se izvoze, to u smislu citiranih propisa, a suprotno stavu tužioca iznesenom u tužbi, ova mogućnost nije data drugim poreskim obveznicima, već isključivo uvozniku i/ili proizvođaču akciznog proizvoda. Prema ocjeni ovog Suda, smisao citiranih propisa je da se poreskom obvezniku koji je platio poseban porez na promet (akcizu), a to je uvoznik i/ili proizvođač akciznog proizvoda, bezalkoholnog pića u konkretnom slučaju, omogući povrat poreza u visini posebnog poreza plaćenog za taj akcizni proizvod, u situaciji kada se takvi akcizni proizvodi ponovo izvoze, a posebni porez pri uvozu je, dakle, obračunat i plaćen.

Kada se radi o uvozu bezalkoholnog pića (akciznog proizvoda) Zakon o akcizama je jasno definisao da je obaveznik plaćanja akcize uvoznik i /ili proizvođač, pa samim tim i pravo na povrat akcize pripada isključivo ovim licima. Osim toga, podzakonskim aktima je propisana procedura prema kojoj se poreski obveznik registruje za plaćanje akcize, podnošenjem posebnog obrasca i prijavom Upravi za

indirektno oporezivanje, pa kako u spisu ne postoje nikakvi dokazi da se tužilac registrovao za plaćanje akcize, niti da je platio, to dodatno ide u prilog pravilnosti odluke da tužilac nema pravo na povrat akcize u konkretnom slučaju.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 3 U 024008 18 Uvp od 19.03.2019. godine)

3.1.2. Nejednak tretman učesnika u postupku javne nabavke

Svi oblici pristrasnosti i diskriminatorskog ponašanja, kao i korištenja favoriziranih tehničkih specifikacija od ugovornog organa su strogo zabranjeni.

Iz obrazloženja:

Iz stanja u spisu proizlazi da je vijeće za upravne sporove postupilo u skladu sa zakonom kada je tužbu tužitelja uvažilo djelimično, i to samo u dijelu koji se odnosi na zahtjev za naknadu troškova žalbenog postupka, i u tom dijelu predmet vratilo na ponovni postupak, dok je u preostalom dijelu odbilo tužbu, te za svoju odluku, suprotno navodima iz zahtjeva, dalo jasne i potpune razloge, koje i ovo vijeće prihvata kao pravilne i na zakonu zasnovane.

Naime, rješavajući po žalbi ponuđača „N.M.“ d.o.o. P. izjavljenoj protiv tenderske dokumentacije broj: 96/17 od jula 2017. godine, ugovornog organa M.H. a.d. T. ZP „R. G.“ a.d. G., u postupku javne nabavke otkopavanje, transport, odlaganje i planiranje otkivke, tuženi je donio osporeno rješenje kojim je usvojio žalbu i poništio tendersku dokumentaciju zajedno sa obavještenjem o nabavci broj: 825-1-3-444-3-411/17 od 20.07.2017. godine. Razlog za takvu odluku zasnovao je na utvrđenju da je tužitelj – ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji pogrešno odredio rok za prijem i otvaranje ponuda, ali i da pojedine zahtjeve iz tenderske dokumentacije nije uskladio s tržišnim stanjem.

Pobijanom presudom je zaključeno da je tuženi organ pravilno odlučio kada je poništio tendersku dokumentaciju zajedno s obavještenjem o nabavci, a s kojim zaključkom se slaže i apelaciono vijeće.

Ugovorni organ je u Poglavlju I Oglas – Obavještenje o nabavci, tačkom II 6.a. procijenio ukupnu vrijednost ugovora bez PDV-a na iznos od 5.900.000,00 KM, dok je tačkom IV 6. propisao da je rok za prijem ponuda 04.08.2017. godine. Tuženi organ je u tom pravcu i po nalaženju ovog vijeća, pravilno zaključio da je ugovorni organ, postavljanjem roka iz gore navedenog člana tenderske dokumentacije, a koji

rok iznosi 15 dana od dana slanja obavještenja o nabavci 20.07.2017. godine, direktno povrijedio član 40. Zakona o javnim nabavkama, kojim su određeni redovni rokovi za svaku vrstu postupka javne nabavke i svaki vrijednosni razred javne nabavke.

Navedenim članom 40. stav 1. Zakona o javnim nabavkama („Službeni glasnik BiH“, broj: 39/14) propisano je da je ugovorni organ dužan u otvorenom postupku za vrijednosni razred iz člana 14. stav 2. i 3. ovog zakona utvrditi minimalni rok za prijem ponuda od 45 dana od dana slanja na objavu obavještenja o nabavci na portal javnih nabavki, dok je članom 14. stav 2. tačka c) Zakona o javnim nabavkama utvrđeno da je primjena otvorenog postupka obavezna u slučaju kada je vrijednost nabavke jednaka ili veća od 800.000,00 KM za sektorske ugovorne organe iz člana 5. istog Zakona. Iz navedenog jasno proizilazi da je ugovorni organ neispravno cijenio da se predmetna javna nabavka po svojoj vrijednosti uopće može svrstati pod tačku 14. stav 4. Zakona o javnim nabavkama, pa je samim tim pogrešno primijenio i član 40. stav 3. umjesto stava 1. istog Zakona, kada je rok za prijem ponuda odredio 15, umjesto 45 dana. Dakle, ispravan je zaključak tuženog, da je tužitelj tendersku dokumentaciju broj: 96/17 od jula 2017. godine sastavio u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, zbog čega je opravdano poništio u cijelosti.

Nadalje, ugovorni organ je tenderskom dokumentacijom, tačnije tačkom 4. b) i 4. B) – tehnička i profesionalna sposobnost ponuđača, izričito propisao minimalnu raspoloživu kadrovsku osposobljenost i tehničku opremljenost, između ostalog da ponuđači moraju imati minimalno 60 vozača dampera, kao i minimalno 20 dampera stalno raspoloživih. Na taj način, postavljanje citiranog uslova iz tačke 4. tenderske dokumentacije, ugovorni organ je nesumnjivo povrijedio član 3. Zakona o javnim nabavkama, prije svega načelo jednakog tretmana, odnosno nediskriminacije. Naime, u oblasti javnih nabavki ovo načelo zahtijeva jednak tretman za sve učesnike u svim fazama postupka. To znači da ugovorni organ svim potencijalnim ponuđačima mora omogućiti jednake šanse za učešće u postupku javne nabavke i potpisivanju ugovoru, odnosno svim ponuđačima mora obezbijediti jednak tretman. Jednak odnos prema svim stranama ovdje znači, prije svega, da se ne postavljaju nikakva neprikladna ograničenja, što svakako ne sprečava ugovorni organ da insistira na tome da samo kvalifikovane kompanije mogu da se natječu ili od toga da postavi stroge standarde kvaliteta.

S tim u vezi, ovo vijeće podržava tvrdnju tuženog, da je ugovorni organ prilikom sastavljanja tenderske dokumentacije bio u obavezi da ispita kakvo je stvarno tržišno stanje i da li na tržištu uopće postoje ponuđači koji imaju opremu i koji mogu da zadovolje uslove zahtijevane tenderskom dokumentacijom, odnosno da takve uslove propisane tenderskom dokumentacijom prilagodi uslovima na tržištu, kao i da

dokaže da su postavljeni uslovi srazmjerni i opravdani za konkretnu javnu nabavku. Dakle, obzirom da je očigledno da je u konkretnom slučaju tužitelj – ugovorni organ propisivanjem uslova da ponuđači imaju minimalno 20 dampera i čak 60 vozača dampera, zapravo primijenio diskriminatorne uslove za učešće prema ponuđačima, čime je na nedvojbjen način te iste ponuđače doveo u nejednak početni položaj. Zbog svega navedenog, apelaciono vijeće smatra da je tuženi organ ispravno zaključio, a vijeće za upravne sporove ovog suda potvrdilo zaključak, da je u konkretnom slučaju tenderska dokumentacija, u dijelu koji se odnosi na određivanje roka za prijem ponuda i u dijelu tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača, sačinjena u suprotnosti sa odredbama Zakona o javnim nabavkama, iz kojih razloga su svi prigovori tužitelja odbijeni kao neosnovani.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 3 U 026201 19 Uvp od 25.06.2019. godine)

3.1.3. Poreski tretman sredstava subvencije

Iznos odobrenih sredstava na ime pokrića gubitka (subvencija) u poslovanju koji čini sastavni dio naknade za isporučenu toplotnu energiju, uključen je u poresku osnovicu jer se isporuka toplotne energije smatra prometom dobara.

Iz obrazloženja:

Odobreni iznos sredstava od strane Vlade Kantona kao većinskog vlasnika u kapitalu tužitelja, predstavlja razliku između cijene po kojoj je tužitelj vršio isporuku toplotne energije i stvarne cijene koštanja, zbog čega je ovaj iznos i trebalo uključiti u poresku osnovicu za kontrolisani period na osnovu pravilne primjene člana 20. stav 1. Zakona o PDV-u. Isporuka toplotne energije u smislu člana 3. stav 1. Zakona o PDV-u podliježe obračunavanju i plaćanju PDV-a, a takva isporuka se smatra prometom dobara u smislu člana 4. stav 2. navedenog Zakona. Kako kalkulacija prodajnih cijena dobara, pored troškova tekućeg održavanja i funkcionisanja komunalnog sistema sadrži i troškove nabavke dobara – uglja i mazuta, to je pravilan zaključak vijeća za upravne sporove i tuženog organa da i plaćeni iznos po fakturama dobavljača iz odobrenih sredstava ulazi u prodajnu cijenu, a sami tim i u poresku osnovicu. Dakle, radi se o naknadi koju je tužitelj primio za izvršenu isporuku toplotne energije krajnjim potrošačima.

Tužitelj neosnovano u zahtjevu ističe da u kontrolisanom periodu nije obavljao djelatnost u skladu sa Zakonom o komunalnim djelatnostima niti je imao tu obavezu. Naime, tužitelj se bavi prikupljanjem, prečišćavanjem i distribucijom vode, kao i proizvodnjom toplotne energije pravnim i fizičkim licima na području grada V. i industrijske zone „U.-p“. Standardna kvalifikacija djelatnosti u koje je tužitelj kao pravno lice razvrstan je Sakupljanje, prečišćavanje i distribucija vode, šifra djelatnosti 36.00. Prema shvatanju apelacionog vijeća, tužitelj je davalac komunalne usluge u smislu odredbe člana 4. stav 4. Zakona o komunalnim djelatnostima koja propisuje da se pod snabdijevanjem toplotnom energijom podrazumijevaju poslovi proizvodnje i distribucije pare i tople vode mrežom do podstanice korisnika uključujući i podstanicu odnosno glavni zaporni ventil koji se nalazi ispred ili u objektu, odnosno centralni mjerač utroška toplotne energije. Dakle, djelatnost tužitelja je u smislu odredbe člana 3. stav 1. tačka d) Zakona o komunalnim djelatnostima, definisana kao komunalna djelatnost. Obavljanje komunalnih djelatnosti u skladu sa ovim zakonom u okviru svoje nadležnosti obezbjeđuju Kanton, Grad i općine putem javnog preduzeća komunalnih djelatnosti i putem privrednog društva. Odredbom člana 5. stav 1. navedenog Zakona je propisano da su komunalne djelatnosti od javnog interesa i obavljaju se kao javne službe pa je neosnovana tvrdnja da u kontrolisanom periodu nije obavljao djelatnost u skladu s navedenim Zakonom. Kanton, Grad, općine, pravna i fizička lica koja obavljaju komunalne djelatnosti su obavezni na osnovu ovog Zakona i posebnih propisa između ostalog: osigurati trajno i kvalitetno obavljanje komunalnih usluga. Također u slučaju poremećaja u obavljanju komunalnih usluga davalac komunalnih usluga je dužan u smislu odredbe člana 20. Zakona o komunalnim djelatnostima obavijesti o tome nadležni organ. Članom 21. navedenog Zakona je propisano da se sredstva za obavljanje komunalne djelatnosti obezbjeđuju iz cijene komunalne usluge, budžeta Kantona, Grada i Općine. Vlada Kantona je većinski vlasnik tužitelja (66,33%) i ista je u skladu sa odredbom člana 23. Zakona o komunalnim djelatnostima tužitelju odobrila sredstava za pokriće gubitaka koji je nastao kao rezultat razlike između postojeće i stvarne cijene koštanja isporučene toplotne energije.

I prema shvatanju apelacionog vijeća pravilno je od strane vijeća za upravne sporove prihvaćen zaključak tuženog organa da je prenos sredstava koja su dobivena od Kantona za pokriće gubitaka izvršen u cilju podmirenja obaveza prema dobavljačima za isporučena dobra i usluge. Dakle, dati predmet oporezivanja se u smislu odredbe člana 16. stav 3. Zakona o upravi za indirektno oporezivanje (Službeni glasnik BiH broj 89/05), smatra onim što on u stvari i predstavlja, bez obzira kako ga strane u prometu nazivaju. Stoga nemaju uticaj navodi tužitelja da poreski organi nisu cijenili činjenicu da tuženi u upravnom postupku nije ni na koji način utvrđivao razlog

nastanka gubitka, niti je utvrđivao koja bi to bila tržišna cijena isporučene toplotne energije jer je u predmetnom slučaju od odlučnog značaja da sredstva uplaćena od strane Vlade Kantona na ime pokrića gubitka čine sastavni dio naknade za izvršenu isporuku toplotne energije, odnosno ulazi u poreznu osnovicu za obračun PDV-a.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 3 U 024326 18 od 29.01.2019. godine)

3.1.4. Razrez poreza na dodatu vrijednost (PDV) poreskom obvezniku nad kojim je otvoren stečajni postupak

Ako je nad poreskim obveznikom otvoren stečaj, naplata dugovanja neće se vršiti prinudnim putem propisanim odredbama Zakona o indirektnom oporezivanju već će se u tom slučaju primijeniti odredbe Zakona o stečaju.

Iz obrazloženja:

Nesporno je da je rješenjem Općinskog suda Z. broj 43 0 St 073542 12 St od 07.06.2013. godine otvoren stečajni postupak nad tužiteljem i za stečajnog upravnika postavljen A.I. Isti je bio uključen u postupak kontrole, te mu je od prvostepenog organa dostavljen zaključak kojim se nalaže tužitelju dostava relevantne dokumentacije, kao i da je stečajnom upravniku dostavljen zapisnik o kontroli, rješenje Grupe za reviziju i kontrolu od 09.04.2014. godine, kao i da je isti saslušan. Tužena je pravilno ocijenila da je prvostepeni organ pri donošenju rješenja zanemario zakonske odredbe kojima se reguliše naplata obaveza indirektnih poreza kod poreskog obveznika nad kojim je otvoren stečajni postupak. Članom 44. Zakona o postupku indirektnog oporezivanja propisano je pravo prvenstva Uprave za indirektno oporezivanje BiH za naplatu dospjelih iznosa duga u odnosu na druge povjerioci izuzev u slučaju kada su drugi povjerioci registrovali svoja prava prije nego je što je UIO registrovala svoj iznos, a stavom 2. tog člana je propisano da u slučaju stečaja, ona dugovanja po osnovu indirektnih poreza koja su ugrožena namirivanjem povjerioca u stečajnom postupku tretiraće se u skladu s važećim propisima o stečaju. Stoga je pravilan zaključak tužene da se primjenom odredbe člana 44. navedenog Zakona postupak namirenja dospjelih indirektnih poreza u stečajnom postupku ima provoditi u skladu sa Zakonom o stečajnom postupku.

U predmetnom slučaju se radi o razrezu obaveza tužitelju kao poreskom obvezniku, nad kojim je već bio otvoren stečajni postupak, što znači da je otvaranjem stečajnog

postupka u kojem se prijavljuju sva potraživanja, pa i ona koja nisu dospjela, derogirana redovna procedura namirenja utvrđenih obaveza propisana Zakonom o postupku indirektnog oporezivanja o čemu je tužena vodila računa. Stoga je pravilno od strane tužene primjenom odredbe člana 58. Zakona o stečajnom postupku, uočena nepravilnost prvostepenog poreskog organa, koja je ispravljena pobijanim rješenjem od 20.11.2015. godine. Naime, prvostepeni poreski organ nije mogao utvrđivati i nalagati poreskom obvezniku koji je u stečaju prinudno izvršenje, niti tražiti osiguranje na dijelovima imovine koja ulazi u stečajnu masu. Stoga je u upravnom postupku tužena iz navedenih razloga uvažila žalbu i poništila odredbe dispozitiva ožalbenog rješenja o prinudnoj naplati indirektnih poreza i predmet vratila na ponovni postupak uz uputu da prvostepeni organ odluči u skladu sa Zakonom o postupku indirektnog oporezivanja i Zakonom o stečajnom postupku, s tim da razrez poreza sadrži i iznos po osnovu zatezne kamate.

Dakle, tužena je u cijelosti postupila u skladu sa Zakonom o postupku indirektnog oporezivanja i u skladu sa Zakonom o stečajnom postupku i naložila da se utvrdi poreski dug stečajnog dužnika i da se u skladu sa zakonom predmetno potraživanje ostvari u stečajnom postupku, koje će stečajni upravnik imati mogućnost osporavati na ročištu za ispitivanje potraživanja. Ovo stoga što je odredbom člana 30. Zakona o stečajnom postupku FBiH propisano da stečajni postupak obuhvata cjelokupnu imovinu koja pripada stečajnom dužniku u vrijeme otvaranja stečajnog postupka, kao i imovinu koju dužnik stekne u vrijeme stečajnog postupka, ukoliko drugim propisima nije predviđeno drugačije i da stečajna masa služi namirenju stečajnog povjerioca koji u vrijeme otvaranja stečajnog postupka ima osnovan imovinski zahtjev prema stečajnom dužniku, kao i stečajni povjerilac koji u toku otvorenog stečajnog postupka stekne pravo potraživanja prema masi. Nadalje odredbama člana 110. do 125. Zakona o stečajnom postupku propisan je postupak namirenja povjerilaca, pa je tako povjerilac dužan da prijavi svoje potraživanje stečajnom sudu i u prijavi navede naziv i sjedište povjerioca, pravni osnov i iznos potraživanja i broj žiro-računa ili nekog drugog računa povjerioca, u slučaju da je stečajni upravnik osporio neko potraživanje ili izvršni naslov, stečajni upravnik je dužan podići tužbu da dokaže osnovanost osporavanja.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 3 U 020826 17 Uvp od 15.01.2018. godine)

3.1.5. Visina carinskog duga nastalog u unutrašnjoj obradi

Kada u unutrašnjoj obradi nastane carinski dug, njegova visina se utvrđuje na osnovu elemenata za određivanje uvoznih dažbina koji su važili za uvezenu robu na dan prihvatanja carinske prijave, po kojoj je ona stavljena u unutrašnju obradu.

Iz obrazloženja:

Iz stanja spisa proizlazi da je u postupku kontrole postupka unutrašnje obrade po predmetnom odobrenju Grupa za kontrolu RC B.L. utvrdila da tužitelj nije razdužio uvezenu robu u skladu sa članom 27., 42. i 43. Uputstva o carinskom postupku unutrašnje obrade (Službeni glasnik BiH broj 90/06) kao i da je u odnosu na cjelokupnu uvezenu količinu robe nastao carinski dug u skladu s odredbom člana 196. Zakona o carinskoj politici BiH (Službeni glasnik BiH broj 63a/04, 60/06 i 57/08). Pravilno je shvatanje vijeća za upravne sporove da je carinski dug nastao zbog neispunjavanja obaveza iz odobrenja za unutrašnju obradu RC B.L. Kako roba nije razdužena u skladu s datim odobrenjem, to je tuženi organ primjenom odredbe člana 118. Zakona o carinskoj politici, a u vezi sa članom 39. stav 6. Zakona o PDV (Službeni glasnik BiH broj 9/05) pravilno pokrenuo postupak naknadne naplate duga i obavezao tužitelja na plaćanje indirektnih poreza koji se plaćaju pri uvozu robe-carine i PDV, te kompenzatorne kamate u skladu s odredbom člana 40. Uputstva.

Kada u unutrašnjoj obradi nastane carinski dug, njegova visina se, shodno članu 118. ZCP, utvrđuje na osnovu elemenata za određivanje uvoznih dažbina (tarifna oznaka, stopa carine, carinska vrijednost, kurs valute), koji su, shodno propisima, važili za uvezenu robu na dan prihvatanja carinske prijave, po kojoj je ona stavljena u unutrašnju obradu. Ako se kompenzirajući proizvodi ili roba u nepromijenjenom stanju stavljaju u slobodan promet, pri čemu nastaje carinski dug, na obračunati carinski dug, shodno odredbama člana 317. Odluke o provedbenim propisima ZCP BiH, obračunava se i naplaćuje kompenzatorna kamata i to mjesečno, počev od prvog dana u mjesecu nakon mjeseca u kojem je uvozna roba u vezi s kojom je nastao carinski dug, prvi put prijavljena za unutrašnju obradu, a završava se posljednjeg dana u mjesecu, u kojem je nastao carinski dug, po kamatnoj stopi koja je važeća dva mjeseca prije mjeseca u kojem je nastao carinski dug.

Kako pravilno tumači vijeće za upravne sporove Suda Bosne i Hercegovine u pobijanoj presudi, carinski postupak ima svoju regulativu i posebna procesna pravila te se smatra za strogo formalan postupak. U konkretnom slučaju, to znači da se postupak unutrašnje obrade, uključujući i njeno razduženje, mora odvijati po propisanim pravilima i uslovima preciziranim u odobrenju, kako to i propisuje

odredba člana 84. Zakona o carinskoj politici BiH. Nadalje, proizilazi da pravila postupka unutrašnje obrade podrazumijevaju da se uvozna roba u postupku unutrašnje obrade po sistemu odloženog plaćanja razdužuje kada su kompenzirajući proizvodi ili roba u nepromijenjenom stanju, prijavljeni za neki drugi carinski odobreni postupak ili namjenu, a ispoštovani su svi drugi uslovi za korištenje tog postupka, u konkretnom – tužitelj je bio u obavezi da odobreni postupak unutrašnje obrade razduži u skladu s traženim i odobrenim normativom i rokom za razduženje, što nije učinjeno.

Neosnovana je i tvrdnja tužitelja, u zahtjevu ističe da je, u konkretnom slučaju, od organa tužene naloženo plaćanje obaveze po carinskoj prijavi broj C-7117 od 19.03.2013. godine za PDV obavezu koja je već plaćena. Nije osnovan tužbeni navod da je izvršena naplata carinskog duga iz bankarske garancije korisnika izdata od Bobar banke a.d. Bijeljina, kako to pravilno zaključuje vijeće za upravne sporove. Naime, carinski dug je nastao za robu uvezenu na unutrašnju obradu prema odobrenju za unutrašnju obradu RC Banja Luka, iz razloga što je kontrolom provedenog carinskog postupka utvrđeno da roba nije propisno razdužena na način propisan Zakonom o carinskoj politici BiH (Službeni glasnik BiH broj 57/04, 51/06, 93/08, 54/10 i 76/11), Odlukom o provođenju Zakona o carinskoj politici BiH (Službeni glasnik BiH broj 63a/04, 60/06 i 57/08) te Uputstvom o carinskom postupku unutrašnje obrade (Službeni glasnik BiH broj 90/06).

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: S1 3 U 027127 19 Uvp od
20.06.2019. godine)

4. POSTUPAK PO IZBORNIM ŽALBAMA

4.1. Ispitivanje zakonitosti odluke o nezakonitosti nenovčanih donacija političkom subjektu od strane općine

Zakonom o finansiranju političkih stranaka zabranjeno je organima uprave na svim nivoima finansiranje političkih stranaka.

(Član 8. stav 1. tačka a) i stav 4.; član 14. stav 1., član 15. stav 2. i član 19. Zakona o finansiranju političkih stranaka; član 45. Odluke o privremenom korištenju javnih površina Općine Centar Sarajevo)

Iz obrazloženja:

Iz stanja u spisu proizilazi da je Centralna izborna komisija BiH pravilno postupila kada je utvrdila kršenje odredbi Zakona o finansiranju političkih stranaka od političke organizacije građana „N. S.“ i kada joj je izrekla jedinstvenu novčanu kaznu u iznosu od 7.700,00 KM.

Kada je u pitanju utvrđena povreda iz stava 1. tačka b) izreke pobijane odluke, a to je da je žalitelj primio nenovčanu donaciju od O. C. Sarajevo u iznosu od 2.624,00 KM, netačne su tvrdnje žalitelja da je od strane navedene općine bio oslobođen plaćanja na temelju člana 45. Odluke o privremenom korištenju javnih površina. Činjenica jeste da je navedenom odlukom propisano da se naknada za zauzimanje javne površine neće naplaćivati za političke organizacije u svrhu prikupljanja potpisa i peticija, a što je naznačeno i u fakturama od 26.09.2016. godine koje je Općina Centar ispostavila žalitelju za korištenje javne površine za postavljanje info-stolova u periodu od 02.09. do 30.09.2016. godine, međutim članom 8. stav 1. tačka a) Zakona o finansiranju političkih stranaka propisano je suprotno, i to da se finansiranje političkih stranaka zabranjuje organima uprave države BiH, entiteta, kantona, Brčko distrikta BiH, te gradskim i općinskim organima. Imajući u vidu da Zakon o finansiranju političkih stranaka nesumnjivo ima veću pravnu snagu od Odluke o privremenom korištenju javnih površina, to je neosnovano isticanje žalitelja da je uopće mogao biti oslobođen plaćanja na osnovu navedene odluke.

Nadalje, prema shvatanju apelacionog vijeća ovog suda, Centralna izborna komisija BiH je u pobijanoj odluci pravilno utvrdila da je žalitelj prekršio član 8. stav 4. Zakona o finansiranju političkih stranaka. Ovo iz razloga što je žalitelj primio priloge u iznosu od ukupno 3.000,00 KM od dva pravna lica, P. d.o.o. G. i R. d.o.o. G., koja su sa organima vlasti sklopila ugovore o javnim nabavkama čija vrijednost prelazi iznos od 10.000,00 KM. Naime, uvidom u dostavljene dokaze, i to Ugovor broj: 07-2-16-3-98-43/16 od 23.05.2016. godine, utvrđeno je da je pravno lice P. d.o.o. G., od koga je žalitelj primio prilog u iznosu od 2.000,00 KM, sa Centralnom izbornom

komisijom BiH zaključilo Ugovor na iznos 49.099,05 KM za nabavku i isporuku ambalažnog materijala za provođenje Lokalnih izbora 2016. godine. S druge strane, pravno lice R. d.o.o. G., od koga je žalitelj primio prilog u iznosu od 1.000,00 KM, sklopilo je ugovore o javnim nabavkama sa G. T. na izgradnji, rekonstrukciji, asfaltiranju cesta, što je vidljivo iz akta broj: 03-14-4042/18 MH od 06.06.2018.godine koji je G. T. uputio Centralnoj izbornoj komisiji BiH, a u kome navodi da je sa pravnim licem R. d.o.o. G. u toku 2016. godine zaključio i realizovao ugovore o javnim nabavkama u vrijednosti od 1.118.591,59 KM. Sve navedeno je suprotno članu 8. stav 4. Zakona o finansiranju političkih stranaka kojim je predviđeno da privatna preduzeća koja su s organima izvršne vlasti na svim nivoima u BiH sklopila ugovor o javnoj nabavci, ne mogu finansijski pomagati političku stranku ako vrijednost ugovora u jednoj kalendarskoj godini prelazi iznos od 10.000,00 KM

I konačno, irelevantan je žaliteljev prigovor zastarjelosti pokretanja i vođenja postupka prema odredbama Zakona o prekršajima Bosne i Hercegovine iz razloga što se cjelokupan postupak pregleda, kontrole i revizije finansiranja političkih stranaka provodi isključivo po odredbama Zakona o finansiranju političkih stranaka. Tako je članom 14. stav 1. Zakona o finansiranju političkih stranaka propisano da je Centralna izborna komisija BiH nadležna da ispita slučajeve u kojima nije postupljeno u skladu s odredbama ovog zakona i može određenim licima narediti da odgovore na pitanja u pisanoj formi da bi se osigurali dokumentirani i drugi dokazi, dok je članom 15. stav 2. istog Zakona određeno da u slučaju da politička stranka ne postupi prema odredbama ovog zakona, Centralna izborna komisija BiH je nadležna za izricanje novčane kazne u skladu s ovim zakonom i Izbornim zakonom BiH. Navedene novčane kazne i njihovi iznosi za prekršaje političkih stranaka utvrđeni su članom 19. citiranog Zakona. Slijedom navedenog, i ovaj žalbeni prigovor žalitelja ocijenjen je kao neosnovan.

(Rješenje apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine, Broj: S1 3 Iž
032011 19 Iž od 28.03.2019. godine)

4.2. Multietnički sastav općinske izborne komisije

Sastav izborne komisije treba da bude multietnički, tako da odražava zastupljenost konstitutivnih naroda, uključujući i ostale u izbornoj jedinici za koju se organ nadležan za provođenje izbora osniva, vodeći računa o posljednjem popisu stanovništva provedenom na državnom nivou.

(Član 2.1 stav 1. i 2.14. Izbornog zakona Bosna i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 52/05, 65/05, 77/05, 11/06 24/06, 32/07, 37/08, 32/10, 18/13, 7/14 i 31/16))

Iz obrazloženja:

Rješenjem Centralne izborne komisije broj 06-1-07-1-90/18 od 31.05.2018. godine na dužnost u članstvu Općinske izborne komisije U. imenovan je M. T.

Naime, CIK BiH rješenjem od 10.05.2018. godine nije dala saglasnost na rješenje Općinskog vijeća U. od 03.05.2018. godine za imenovanje u članstvo Općinske izborne komisije U., M. P. iz razloga što bi izborom imenovanog sva tri člana Općinske izborne komisije bila pripadnici hrvatskog naroda, što nije u skladu s odredbom člana 2.14 stav (1) Izbornog zakona Bosne i Hercegovine.

Rješavajući po žalbi Sud BiH je odbio žalbu M. P. iz U. rješenjem broj S1 3 Iž 028627 18 Iž od 22.05.2018. godine, jer prema rezultatima popisa općina U. ima ukupno 6.603 stanovnika i to Bošnjaka 374 (5,66%), Hrvata 6.095 (92,30%), Srba 61 (0,92%) i Ostalih 42 (0,63%).

Žalitelj neosnovano pobija pravilnost i zakonitost osporavane odluke, jer je donesena nakon postupka provedenog uz poštovanje pravila upravnog postupka, zasnovana na potpunom i pravilnom utvrđenju svih činjenica koje su od važnosti za odlučivanje i pravilnoj primjeni relevantne odredbe materijalnog prava.

Osporavana odluka zasnovana je na činjenici da Općinska izborna komisija U. broji ukupno 3 člana; da su u momentu donošenja osporavane odluke na mandatu dva člana oba hrvatske nacionalnosti, da se žalitelj izjasnio kao pripadnik hrvatskog naroda. Žalitelj u žalbi prihvata kao tačne činjenice na kojima je zasnovana osporavana odluka, uslijed čega se ne može prihvatiti žalbeni razlog pobijanja odluke zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Odredba člana 2.14. Izbornog zakona Bosna i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 23/01 sa izmjenama) propisuje da je sastav izborne komisije multietničan, tako da odražava zastupljenost konstitutivnih naroda, uključujući i ostale u izbornoj jedinici za koju je organ nadležan za provođenje izbora osniva, vodeći računa o posljednjem popisu stanovništva provedenom na državnom nivou.

Citirana odredba jasno propisuje izbornu komisiju multietičkog sastava, pa se ne može prihvatiti žalbeni navod da relevantni zakon ne zabranjuje da općinska izborna komisija bude jednonacionalna. I prema ocjeni ovog apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine izbor sva tri člana općinske izborne komisije, iz sastava istog konstitutivnog naroda, protivan je odredbi člana 2.14. Izbornog zakona BiH i

nije u službi obezbjeđenja principa nezavisnosti i nepristrasnosti propisanih za rad izbornih komisija članom 2.1 stav 1. Izbornog zakona BiH.

(Rješenje apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 Iž 028808 18 Iž od 13.06.2018. godine)

4.3. Prestanak mandata radi utvrđenog sukoba interesa

Izabranom članu organa vlasti na svim nivoima prestaje mandat prije isteka vremena na koje je izabran danom kada je izabran ili imenovan na funkciju čije je vršenje nespojivo sa funkcijom izabranog člana određenog organa.

(Član 1.8. stav (4) i (6) Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 52/05, 65/05, 77/05, 11/06 24/06, 32/07, 37/08, 32/10, 18/13, 7/14 i 31/16); Zakon o sprečavanju sukoba interesa u organima vlasti Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 73/08 i 52/14))

Iz obrazloženja:

Pobijana odluka je donesena nakon što je Republička komisija dostavila dana 03.09.2018. godine, a zatim i B. R. dana 22.10.2018. godine dostavio prijavu za utvrđivanje sukoba interesa u kojoj je navedeno da K. M. istovremeno obavlja dužnost odbornika u Skupštini opštine P. i funkciju načelnika odjeljenja za opštu upravu u Gradskoj upravi grada I. S. U postupku utvrđivanja relevantnih činjenica, dana 30.10.2018. godine Centralna izborna komisija BiH je uputila zahtjev gradu I. S. broj: 06-1-07-580/18 kojim je tražila informaciju u cilju provjere navoda po navedenom zahtjevu, nakon čega je gradonačelnik grada I. S., aktom broj: 02-014-346.1/18 od 12.11.2018. godine dostavio tražene podatke i odluku broj: 01-013-8.15/18 od 29.03.2018. godine, kojom je K. M. imenovan za načelnika Odjeljenja za opštu upravu grada I. S., do kraja mandata Skupštine.

Valja istaći da je neosnovan žalbeni navod kojim se ukazuje da u obrazloženju pobijane odluke nisu navedeni zahtjevi stranke i razlozi koji su bili odlučni pri ocjeni tih zahtjeva, kao i razlozi zbog kojih nisu uvaženi zahtjevi stranke, jer iz obrazloženja pobijane odluke proizilazi suprotno, tj., da je CIK BiH cijenio sve provedene dokaze pa i usmenu izjavu stranke te da je izvršila ocjenu svih provedenih dokaza, kako pojedinačno tako i u međusobnoj vezi, nakon čega je pravilno utvrdio odlučne činjenice.

Irelevantni su navodi žalitelja kojima ističe da je nesporno da obavlja funkciju neposredno izabranog predstavnika kao odbornik u Skupštini opštine P. i funkciju načelnika Odjeljenja za opštu upravu u Gradskoj upravi grada I. S., ali da je ožalbena odluka CIK BiH nezakonita, jer je o navedenom već raspravljano pred Republičkom komisijom za utvrđivanje sukoba interesa u organima vlasti Republike Srpske te je doneseno rješenje da se podnositelj žalbe ne nalazi u sukobu interesa.

Naime, Republička komisija za utvrđivanje sukoba interesa u organima vlasti Republike Srpske je u odvojenom predmetu po inicijativi za utvrđivanje postojanja sukoba interesa vodila postupak prema odredbama Zakona o sprečavanju sukoba interesa u organima vlasti Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 73/08 i 52/14) i odlučivala u okviru svojih nadležnost utvrđenih ovim zakonom. Centralna izborna komisija BiH pobijanu odluku je donijela u okviru svojih nadležnosti na osnovu odredbi Izbornog zakona BiH koje se odnose na nespojivost funkcija, jer je podnositelj žalbe istovremeno obavljao funkciju odbornika u Skupštini opštine P. što je neposredno izabrana javna funkcija i funkciju načelnika Odjeljenja za opštu upravu grada I. S., što je izvršna funkcija u smislu člana 1.8 stav (6) Izbornog zakona BiH, te su ove dvije funkcije nespojive u smislu člana 1.8 stav (4) Izbornog zakona BiH.

Na osnovu potpuno i pravilno utvrđenog činjeničnog stanja, koje žalitelj i ne osporava u žalbi, Centralna izborna komisija je pravilno primijenila i materijalno pravo na konkretni slučaj, jer je utvrdila da je članom 1.8. stav (4) Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br.23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05 52/05, 65/05, 77/05, 11/06 24/06, 32/07, 37/08, 32/10, 18/13, 7/14 i 31/16) propisano da jedno lice može obavljati najviše jednu neposredno izabranu javnu dužnost ili najviše jednu neposredno i jednu posredno izabranu dužnost, osim ako ovim Zakonom nije drugačije regulisano. Nespojivo je istovremeno vršenje ovih funkcija sa vršenjem funkcija u izvršnim organima vlasti. Također je nespojivo istovremeno vršenje više od jedne funkcije u izvršnim organima vlasti.

Nesporno da je žalitelj izabran na Lokalnim izborima 2016. godine (neposredna izabrana javna funkcija) i obavlja funkciju načelnika Odjeljenja za opštu upravu u Gradskoj upravi grada I. S. (funkcija u izvršnom organu vlasti) koje su nespojive u smislu člana 1.8 stav (4) Izbornog zakona Bosne i Hercegovine.

Odredbom člana 1.8 stav (6) navedenog Izbornog zakona Bosne i Hercegovine propisano je koje funkcije se smatraju izvršnim funkcijama.

I po pravnom shvatanju ovog Suda i dosadašnjoj praksi u primjeni zakona, funkcija, načelnika odjeljenja je izvršna funkcija, pošto se stiče imenovanjem na vrijeme trajanja funkcije načelnika/gradonačelnika, podliježe smjeni i radni odnos je na

određeno vrijeme (dok traje funkcija) i ne primjenjuju se propisi o državnim službenicima.

Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine je jedini organ nadležan da odlučuje o prestanku mandata prije isteka vremena na koje je izabrani član organa vlasti izabran.

Naime, članom 1.10 stav (1) tačka 6. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine je propisano da izabranom članu organa vlasti na svim nivoima prestaje mandat prije isteka vremena na koje je izabran danom kada je izabran ili imenovan na funkciju čije je vršenje nespojivo s funkcijom izabranog člana određenog organa, kao što je predviđeno Zakonom.

U konkretnom slučaju, Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine je koristeći ovlaštenja propisana odredbom člana 2.9 stav (1) tačka 14. i člana 1.10 stav (1) tačka 6. a u vezi sa odredbama člana 1.8 stav (4) i (6) Izbornog zakona Bosne i Hercegovine i donijela pobijanu odluku.

Vežano za navode podnosioca žalbe da pri razmatranju žalbe treba uzeti u obzir i postupak kada je podnositelju žalbe odlukom broj: 06-1-07-1-118/17 od 11.05.2017. godine bio oduzet mandat, ali je žalba na tu odluku usvojena te mu je mandat odbornika vraćen, valja istaći da je CiK BiH u tom postupku uvažila žalbu, imajući u vidu da tada u Skupštini grada I. S. nisu bili konstituisani izvršni organi, a da je žalitelj obavljao funkciju VD načelnika odjeljenja do okončanja konkursa za izbor i do konstituisanja izvršnog organa vlasti.

Članom 1.8 stav (4) Izbornog zakona BiH, između ostalog, propisano je da je nespojivo istovremeno vršenje ovih funkcija s vršenjem funkcija u izvršnim organima vlasti, osim u periodu dok se ne konstituiraju izvršni organi vlasti izabrani na redovnim izborima u istom izbornom ciklusu.

(Rješenje apelacionog upravnog vijeća Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 IŽ
031438 18 IŽ od 14.01.2019. godine)