

ISSN 2744-2675

ZBORNİK RADOVA UDRUŽENJA TUŽILACA/TUŽITELJA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Časopis za pravnu teoriju i praksu
Broj I - 2021.



Sarajevo, decembar 2021. godine.

**Zbornik radova Udruženja tužilaca/tužitelja
Federacije Bosne i Hercegovine**

**- Časopis za pravnu teoriju i praksu -
Broj I - 2021.**



Sarajevo, decembar 2021. godine.

ISSN 2744-2675

Zbornik radova Udruženja tužilaca/tužitelja Federacije Bosne i
Hercegovine
- Časopis za pravnu teoriju i praksu -

Izdavač:

Udruženja tužilaca/tužitelja Federacije Bosne i Hercegovine
Ul. Valtera Perića 15, Sarajevo

Organizacioni odbor:

Šeila Heljić (Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo), Miloš
Davidović (Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo), Tarik Velić
(Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo), Nermin Keranović
(Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo)

Uredništvo:

prof. dr Hajrija Sijerčić-Čolić (Univerzitet u Sarajevu - Pravni fakultet),
prof. dr Vildana Pleh (Univerzitet u Sarajevu - Pravni fakultet),
prof. dr Adnan Duraković (Pravni fakultet Univerziteta u Zenici)

Korektura:

Ilhana Tahmaz – Jamak (Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine)

Tehničko uređenje i štampa:

Štamparija Fojnica d.d. Fojnica

SADRŽAJ

Sabina Sarajlija

IZAZOVI U PROCESUIRANJU PREDMETA ORGANIZOVANOG, PRIVREDNOG KRIMINALA I KORUPCIJE VISOKOG NIVOVA	1
--	----------

Feđa Fejzagić

OSIGURANJE ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI PREMA ZONSIKD - ISKUSTVA I DILEME SA RELEVANTNOM SUDSKOM PRAKSOM.....	26
--	-----------

Ivan Macura

PORESKA UTAJA U PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE	49
---	-----------

Bojana Marković, Željka Tomić Anđušić

PROCESUIRANJE PREDMETA RATNIH ZLOČINA.....	68
---	-----------

Ahmed Mešić

PRAKTIČNI IZAZOVI U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA - RJEŠAVANJE PREDMETA KOJI SE ODNOSE NA PRONAĐENE POSMRTNE OSTATKE	84
---	-----------

Ранко Керовић

КРИВИЧНО ДЈЕЛО ПРОГАЊАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	98
---	-----------

Azra Mejrušić

TRGOVINA LJUDIMA	112
-------------------------------	------------

Sanela Škaljić, Milka Vaselić, Igor Kovačević

UTICAJ PANDEMIJE NA ZLOUPOTREBU DRUŠTVENIH MREŽA KOD KRIVIČNIH DJELA POČINJENIH NA ŠTETU DJECE I MALOLJETNIKA I IZAZOVI U NJIHOVOM OTKRIVANJU I PROCESUIRANJU	134
--	------------

Ljubana Sladić
**DJECA U KONTAKTU I SUKOBU SA
ZAKONOM – POJAM I TERMINOLOŠKA
NEUSAGLAŠENOST.....** 157

Aida Turić, Maja Jovičić Breko
**KRIVIČNO DJELO SILOVANJE U FEDERACIJI
BOSNE I HERCEGOVINE S EMPIRIJSKIM
OSVRTOM NA PROCESUIRANJE KRIVIČNOG
DJELA SILOVANJE U KANTONU SARAJEVO.....** 171

Mirela Mujagić
**BOL I PATNJA KAO POSLJEDICA ZLOČINA
IZ MRŽNJE: PSIHOLOŠKI OSVRT** 184

USAID - Projekt Pravosuđe protiv korupcije u Bosni i Hercegovini
**ANALIZA SUDSKE PRAKSE U PRIMJENI
ODABRANIH KRIVIČNO-PRAVNIH INSTITUTA
OD ZNAČAJA ZA RAD NA PREDMETIMA
KORUPCIJE, PRIVREDNOG I ORGANIZOVANOG
KRIMINALA VISOKOG NIVOVA** 202

USAID - Projekt Pravosuđe protiv korupcije u Bosni i Hercegovini
**KORIŠTENJE PRIVATNO SNIMLJENIH
AUDIOZAPISA I VIDEOZAPISA U KRIVIČNOM
POSTUPKU I BALANSIRANJE PRIVATNIH PRAVA
I JAVNOG INTERESA U KONTEKSTU
EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA
I KRIVIČNA DJELA NEOVLAŠTENOG SNIMANJA.....** 281

Drage čitateljice i dragi čitatelji,

Iznimna čast i zadovoljstvo mi je, ispred Udruženja tužilaca/tužitelja Federacije Bosne i Hercegovine, predstaviti prvo izdanje časopisa za pravnu teoriju i praksu – Zbornik radova Udruženja tužilaca/tužitelja Federacije Bosne i Hercegovine.

U sklopu projekta „Podrška pravosuđu u Bosni i Hercegovini – Jačanje uloge tužilaca u sistemu krivičnog pravosuđa, faza III“, Udruženje je odlučilo napraviti iskorak u sferu izdavačke djelatnosti, te pokrenuti vlastiti časopis, koji je obuhvatio stručne radove predstavnika/ca pravosudne i akademske zajednice u Bosni i Hercegovini.

Kao organizatori „Stručnog savjetovanja tužilaca u Bosni i Hercegovini“ održanog u Neumu, od 21. do 24. septembra 2021. godine, nastojali smo posredstvom ovog časopisa, pravosudnoj, ali i široj društvenoj javnosti, prezenzirati rezultete predmetnog Savjetovanja, zbog čega su radovi obrađivali specifična pitanja iz oblasti tužilačke i sudske prakse, a koja su bila predmet Stručnog savjetovanja. U tom smislu, radovi su ponudili sistemsku analizu sljedećih pravnih oblasti:

- Korupcija i organizirani kriminal visokog nivoa;
- Finansijske istrage – izazovi u provođenju finansijskih istraga u borbi protiv organiziranog kriminala i korupcije.
- Procesuiranje predmeta ratnih zločina;
- Trgovina ljudima;
- Djeca u kontaktu i sukobu sa zakonom;
- Razmatranje pravosudnog odgovora u slučajevima silovanja i seksualnog uznemiravanja u pravosuđu BiH, te krivična djela počinjena iz mržnja.

Iskoritit ću ovu priliku da se zahvalim autoricama i autorima na objavljenim radovima, kao i svim partnerima, koji su dali značajan doprinos u realizaciji ovog projekta.

Izražavam nadu da će ovaj časopis poslužiti stručnoj i akademskoj zajednici u pronalaženju odgovora na izazovna pitanja iz krivično – pravne oblasti, te da će uspješna izdavačka djelatnost Udruženja biti nastavljena u budućnosti.

S poštovanjem,

Predsjednica Udruženja tužilaca/tužitelja Federacije BiH

Šeila Heljić

Članci

Sabina Sarajlija

Glavna kantonalna tužiteljica

Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo

sabina.sarajlija@pravosudje.ba

IZAZOVI U PROCESUIRANJU PREDMETA ORGANIZOVANOG, PRIVREDNOG KRIMINALA I KORUPCIJE VISOKOG NIVOVA

Sažetak: *Kako se pojačava interes javnosti za rezultate pravosuđa u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije, tako se javlja i potreba da struka kritički progovori o poteškoćama sa kojim se susreću nosioci pravosudnih funkcija u sprovođenju svojih ovlaštenja i misiji otkrivanja, gonjenja i suđenja u predmetima organizovanog kriminala i korupcije, a od kojih predmeta javnost najviše i očekuje.*

Uradu je riječ o poteškoćama u provođenju efikasne istrage i o razlozima neefikasnih suđenja u predmetima visoke korupcije, sa akcentom na predmete sa većim brojem optuženih. Smatramo da predmeti koji su već izvedeni pred sud trebaju dobiti veći fokus struke i opšte javnosti u odnosu na istražne predmete, jer se radi o slučajevima u koje je već uloženo dosta resursa u fazi istrage, a sud je potvrdio postojanje osnovane sumnje u počinjenje krivičnog djela protiv optuženih, za razliku od predmeta koji su u istrazi na nivou nižeg stepena sumnje u počinjenje krivičnog djela i čija se tužilačka odluka još i ne naslućuje.

Namjera članka je da pored ukazivanja na probleme u obezbjeđenju učinkovitih istraga i suđenja i mogućih načina njihovog prevazilaženja, naglasi važnost poštovanja prava optuženika, ali i oštećenih na pravično i ekspeditivno suđenje.

Ključne riječi: *Razuman rok, efikasnost, istraga, korupcija, organizacija suđenja*

Odavno je poznat princip da spora pravda nije dobra pravda.

Odgođena pravda je uskraćena pravda.

1. Uvod

Tužioc i sudije postupaju u ime društva u cjelini, zatim imaju dužnosti u odnosu na pojedince - optužene, u odnosu na koje su dužni da budu pravični - i oštećene, u odnosu na koje su dužni osigurati da su njihova prava u potpunosti zaštićena.

Kad navedeno dovedemo u vezu sa dužinom trajanja krivičnih postupaka i brojem pravomoćnih presuda u predmetima od interesa javnosti, uočavamo da postoji prostor za napredak i da se pravosuđe mora bolje organizovati kako bi kroz efikasniji krivični progon počinitelja krivičnih djela doprinijelo boljoj percepciji građana o pravosudnom sistemu.

Iako se redovno čuju preporuke kako javno eksponirani predmeti iziskuju posebnu pažnju tužilaca i suda, jer su to predmeti koje javnost prati, pamti i prema njima formira svoju percepciju o radu pravosuđa, u praksi imamo situaciju da suđenja u predmetima sa većim brojem optuženih traju godinama, da se vremenom interes javnosti za ove predmete smanjuje pa čak i u potpunosti prestaje, da se usljed značajnog protoka vremena mijenja i sudska praksa u vezi zakonitosti pribavljanja dokaza, što u konačnici utiče na ishode tih sudskih postupaka. Primjere efikasnog procesuiranja i oduzimanja imovinske koristi imamo uglavnom u predmetima okončanim sporazumima o priznanju krivnje između tužilaštva i optuženog.

Tako su pred Kantonalnim sudom u Sarajevu dva predmeta visoke korupcije i organizovanog kriminala sa velikim brojem optuženih na početku glavnog pretresa, iako su optužnice podignute 2016. odnosno, 2019. godine, sedam predmeta je već godinama u fazi prvostepenog postupka, dok su ostali u žalbenim ili postupcima koji se vode po ukinutim presudama. Dakle, postoje problemi u efikasnom procesuiranju čak i predmeta sa jednim optuženim, ako se radi o predmetima koji su poslije višegodišnjih suđenja pred Sudom BiH ustupljeni na nadležnost sudovima u Kantonu, kao i naročite teškoće u efikasnom procesuiranju predmeta sa većim brojem optuženih.

Kako se pojačava interes javnosti za rezultate pravosuđa u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije, tako se javlja i potreba da struka kritički preispituje rezultate, prakse i govori o poteškoćama sa kojima se susreću nosioci pravosudnih funkcija u sprovođenju svojih ovlaštenja i misiji otkrivanja, gonjenja i suđenja u predmetima organizovanog kriminala i korupcije. Tužilaštva imaju značajnu ulogu u ostvarivanju funkcije otkrivanja i gonjenja, kao i glavni tužioci kroz saradnju sa agencijama za provođenje zakona, izdavanje opštih uputstava, vršenja nadzora nad zakonitošću i efikasnošću rada tužilaca, ujednačavanje prakse postupanja, formiranje timova, stručnu pomoć i drugo. Međutim, to nije garancija da će jedan predmet koji je profesionalno urađen u istrazi, na kojeg je tužilaštvo ponosno jer se puno truda uložilo da taj ogroman stručni i administrativni posao u vidu optužnice iznese pred sud - doživjeti svoj brz i efikasan epilog na sudu.

Namjera članka je da naglasi važnost poštovanja prava optuženika, ali i oštećenih na pravično i ekspeditivno suđenje. Ovaj rad će pokušati dati odgovor na pitanje koji su nedostaci predugih suđenja, bez pretenzija da ponudi i sva rješenja i sudsku stranu priče za (ne)efikasna suđenja.

2. Međunarodni standardi kod određivanja efikasnosti rada pravosuđa

Ključni faktor u određivanju kvaliteta i učinkovitosti pravosudnog sistema je dužina trajanja postupka. Pravo optuženog na suđenje u razumnom roku jedan je od ključnih aspekata pravičnog suđenja u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (u daljem tekstu skr. EKLJP). Pravo oštećenih i društva u cjelini koje zastupa optužba također imaju interes za postojanje pravosuđa koje je sposobno osigurati odgovornost na blagovremen način i učinkovito suzbijati sve vidove kriminaliteta.

Ekstremna kašnjenja u organizaciji suđenja mogu imati za posljedicu: kršenje prava na suđenje u razumnom roku, zastaru krivičnog gonjenja i nepovjerenje javnosti u rad pravosuđa (tzv. spora pravda).

Novija praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi (u daljem tekstu skr. ESLJP) prava na pravičan postupak u razumnom roku iz člana 6. EKLJP, dovela je do svijesti da je efikasnost pravosuđa jedan od

preduslova za ostvarenje vladavine prava, te da pravna sigurnost, kao i jednakost građana pred zakonom i sudom, u velikoj mjeri zavisi od efikasnosti pravosuđa. Nedostatak sredstava, preopterećenost sudova ili veliki broj predmeta - nisu uzeti od strane ESLJP i Ustavnog suda BiH kao prihvatljivo opravdanje, izražavajući shvatanje da su države članice dužne organizirati svoj sudski sistem na način koji će osigurati suđenje u razumnom roku, odnosno, njihovim korisnicima osigurati poštovanje njihovih osnovnih prava¹.

Kad je riječ o periodima neaktivnosti u istrazi, ESLJP je zaključio da iako nije u mogućnosti da ispita kvalitet domaćih pravnih sistema, gdje postoji stalno vraćanje predmeta na ponovno ispitivanje zbog grešaka nižih sudova u istim postupcima, to predstavlja „ozbiljni nedostatak u pravnom sistemu“ koji se nameće državi u odlučivanju u razumnom vremenu. U sporu između privatnih stranaka, država se ne može smatrati odgovornom za odlaganja na isti način kao da je i sama strana u postupku, kao u krivičnim i upravnim postupcima.

U skladu sa praksom ESLJP, početak relevantnog perioda u krivičnim stvarima pri ocjeni „razumnog roka“, vezuje se za trenutak u kojem je osoba koja je u pitanju postala svjesna da je osumnjičena za krivično djelo, jer od tog momenta ima interes da sud donese odluku o postojanju te sumnje. Taj momenat se može vezati za donošenje naredbe o sprovođenju istrage, lišenje slobode, naredbu za pretresanje, ispitivanje osumnjičenog ili podizanje optužnice.

2.1. Primjena međunarodnih standarda u bosanskohercegovačkom kontekstu

Generalno zapažanje međunarodnih organizacija i monitora koji prate suđenja u predmetima korupcije jeste da je mali broj predmeta visokog nivoa korupcije (Priebe, OSCE)² i da su suđenja u tim predmetima neefikasna.

Tako Misija OSCE-a u svom Izvještaju³ navodi kako se trebaju hitno preduzeti odgovarajuće mjere kako bi se osiguralo da se postupci,

¹ Odluka Ustavnog suda br. AP 1097/04 od 17. novembra 2005. godine

² Na Sudu BiH su evidentirane ukupno 183 prvostepene presude (od toga 106 presuda po sporazumu), a ukupno 179 pravosnažno okončana predmeta (od toga 105 okončanih po sporazumu).

³ Praćenje procesuiranja predmeta korupcije u BiH: Druga procjena, OSCE, april 2019. godine, preporuka 24, str. 80.

pogotovo u predmetima visoke i korupcije srednjeg nivoa, vode ažurno, u skladu sa pravom na suđenje u razumnom roku i na način koji osigurava odgovornost i kojim se štite prava oštećenih. Data je preporuka da bi VSTV BiH trebao sa predsjednicima sudova razmotriti usvajanje smjernica za upravljanje ročištima za izjašnjenje o krivici i suđenjima u složenim predmetima. Ovakve smjernice bile bi od velike pomoći predsjednicima sudova i glavnim tužiteljima/tužiteljicama prilikom organizacije sudske i tužilačke uprave, koja bi omogućavala unapređenje stanja u ovoj oblasti, a pojedinačnim sudijama i tužiocima u efikasnijem i učinkovitijem radu na svojim predmetima.

U tom smislu su upućujući nalazi i preporuke iz tzv. Pribeovog izvještaja⁴ u kojem se navodi da je još jedan veliki izvor nezadovoljstva građana predugo trajanje sudskih postupaka, te da su krivična suđenja preduga, složena i neefikasna. Sudije su preblage u upravljanju suđenjima, dozvoljavaju duge vremenske periode između ročišta i česte rutinske odgode uz malo ili nimalo opravdanja. Tužilac nema pravo žalbe na te odluke. Postoji praksa pozivanja premalo svjedoka na pretrese, koji se i kada su pozvani, često ne pojave pred sudom. U tim slučajevima se čini da ne trpe nikakve negativne posljedice. Na suđenjima koja su praćena, nije učinjen nikakav pokušaj da se utvrde razlozi nedolaska svjedoka. Suđenja se trebaju organizovati po principu da kada počnu, moraju biti zakazivana uzastopno svakim radnim danom do kraja postupka, osim kada postoji valjan razlog da se odstupi od ovog principa. Potrebno je izmijeniti zakone o krivičnom postupku kako bi se navedeno učinilo obaveznim.

Da su suđenja u razumnom roku u sudskim predmetima sistemski problem javne vlasti zaključio je i Ustavni sud BiH, koji je u posljednjih pet godina zaprimio više od šest hiljada različitih predmeta i krivičnih i građanskih, koji se odnose na razuman rok i trajanje postupka, od kojih je za četiri hiljade utvrdio povrede i kršenje prava na suđenje u razumnom roku kojeg garantuju i Ustav BiH i EKLP.⁵ Tako je u jednom od predmeta koji se vodi pred Kantonalnim sudom u Sarajevu protiv većeg broja optuženih, gdje tri godine nije pročitana optužnica i nije počeo glavni pretres i došlo je do najmanje 20 odgoda ročišta,

⁴ Izvještaj stručnjaka o pitanjima vladavine prava u BiH, 5.12.2019., Brisel, dostupno na [PRIEBE_Izvjestaj.pdf](#) (fejpb.ba), stranica posjećena 2.9.2021. godine

⁵ Intervju sa predsjednikom Ustavnog suda BiH, sudija Mato Tadić, Oslobođenje, 02.09.2021. godine, str. 4-5

Ustavni sud BiH utvrdio povredu apelantovih prava (I-optuženi) na ličnu slobodu i sigurnost iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 3. EKLJP kada mjere zabrane izrečene apelantu po svom stepenu i intenzitetu predstavljaju „lišavanje slobode“, te kada su u kontinuitetu sa ranijim pritvorom trajale skoro tri godine i osam mjeseci, a suđenje još uvijek nije počelo, pri čemu je redovni sud propustio (i) da, u skladu sa obavezom propisanom zakonom, u roku propisanim zakonom donese novu odluku i da ispita da li je primijenjena mjera još potrebna, uzimajući u obzir da okolnosti koje su bile uvjerljive na početku prilikom određivanja pritvora, pa i opravdane jedno vrijeme, kasnije s vremenom slabe.⁶

Kako navode iz Ustavnog suda BiH ono što je ublažilo pritisak na Ustavni sud je što je Republika Srpska usvojila Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku⁷, Brčko distrikt BiH također, dok je u Federaciji BiH taj zakon još u proceduri, stoji u Domu naroda.⁸ Ovim Zakonom propisana je mogućnost korištenja dva pravna sredstva: zahtjev za ubrzanje postupka i tužba za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku. Kriterijumi za ocjenu trajanja suđenja u razumnom roku i određivanje novčanog obeštećenja su: 1) složenost predmeta u činjeničnom i pravnom smislu; 2) ponašanje suda i drugih republičkih organa uprave, organa jedinica lokalne samouprave, javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlaštenja; 3) ponašanje podnosioca pravnog sredstva; 4) značaj predmeta za podnosioca pravnog sredstva. Nadležan za odlučivanje je predsjednik suda, bez održavanja ročišta. Ako se zahtjev za ubrzanje postupka odnosi na postupak koji je u toku pred Vrhovnim sudom Republike Srpske, o zahtjevu za ubrzanje postupka odlučuje Vijeće od troje sudija tog suda.

S obzirom na kratak period primjene ovog Zakona i to samo u dijelu države, teško je dati ocjenu njegove učinkovitosti, te ostaje i dalje potreba za korištenjem drugih mehanizama zaštite prava optuženih i oštećenih u oblasti efikasnog pristupa pravdi.

U skladu sa preporukama i uputama koje je izdala Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), VSTV BiH je usvojio procedure i

⁶ Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP 2788-20 od 27.12.2020. godine

⁷ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 99/2020)

⁸ Načrt Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, objavljeno na <https://predstavnickidom-pfbih.gov.ba/upload/file/1.pdf>, stranica posjećena dana 02.09.2021. godine

interne pravilnike za optimalne⁹ i predvidive rokove¹⁰ za zakonito i efikasno rješavanje predmeta, ali očito da njihovo donošenje nije dalo očekivane rezultate.

3. Izazovi u radu tužilaštva u predmetima korupcije, privrednog i organizovanog kriminala

Iako je po Zakonu o krivičnom postupku tužilac dužan da odmah po saznanju da je krivično djelo počinjeno preduzme sve potrebne mjere i radnje na otkrivanju krivičnog djela i počinioca, činjenica je da tužilaštva imaju stare predmete¹¹ i u ovoj vrsti kriminaliteta, što ukazuje na postojanje sistemskog problema sa ažurnošću i o slučajevima neefikasnog vođenja istraga. Stari predmeti se u praksi rješavaju u skladu sa planovima rada i objektivnim mogućnostima i stručnim kapacitetima tužilaca, te se neokončavanja predmeta sa lista starih predmeta na kraju godine cijeni negativno prilikom ocjenjivanja nosioca pravosudne funkcije i ima uticaja na njegovo napredovanje.

Ključni izazovi u radu na ovoj vrsti kriminaliteta u Kantonalnom tužilaštvu Kantona Sarajevo (u daljem tekstu skr. KTKS) su sljedeći:

3.1. Kadrovski deficiti

Veliki protok kadrova na druge pozicije u i izvan pravosuđa, doveo je do podmlađivanja kolektiva, što je lančano povezano sa konstantnom višegodišnjom nepopunjenošću tužilačkih pozicija zbog dugotrajnih konkursnih procedura. Stalni odlasci tužilaca na druge poslove dovode do nužnih presignacija predmeta na druge tužioce kojim je potrebno vrijeme da se upoznaju sa predmetima.

3.2. Broj (količina) predmeta

Veća tužilaštva imaju veći broj starih predmeta po tužiocu u odnosu na „manja“ tužilaštva i generalno broj predmeta u referatima tužilaca

⁹ Optimalni rok - standardni vremenski okvir za zakonito i efikasno rješavanje predmeta (140 dana za okončanje I step. postupka, 158 dana za žalbeni).

¹⁰ Predvidivi rokovi - realni vremenski okvir u kojem se može očekivati okončanje postupka u konkretnom predmetu imajući u vidu objektivne institucionalne i tehničke kapacitete u sudovima i tužilaštvima.

¹¹ Stari predmet je onaj u kojem je od inicijalnog akta prošlo duže od dvije godine.

KTKS je u prosjeku veći u odnosu na većinu drugih kantonalnih tužilaštava.

3.3. Struktura predmeta

Sadržina predmeta je takva da se mahom radi o složenim predmetima u kojim je potrebna stručna pomoć vještaka, što je sve posljedica mjesne i stvarne nadležnosti tužilaštva (nadležnost za tri nivoa vlasti, federalni, kantonalni, općinski nivo vlasti), broja stanovnika u Kantonu Sarajevo, količine novca u Kantonu Sarajevo, te različitih načina izvršenja koja podrazumijevaju različita specijalizirana znanja iz oblasti javnih nabavki, računovodstva, tržišta vrijednosnih papira, finansijskog poslovanja, revizije, privatizacije, građevinarstva, urbanizma, procedura vezanih za zapošljavanja, iznajmljivanje i korištenje javne imovine i drugo.

3.4. Novi hitni predmeti

Dinamika događaja u Kantonu, koja je dodatno usložnjena prisustvom stranih državljana - migranata, uzrokuje intenzivne tužilačke dežure, tokom kojih tužioci izdaju veći broj naredbi, izlaze na uviđaje, predlažu pritvore za osumnjičena lica, te uprkos planovima rada i ranije utvrđenim prioritetima, nerijetko, zbog prirode posla, na dnevnoj osnovi, moraju da sve planirano ostave sa strane i posvete se nekom novom predmetu koji ne trpi odlaganje, jer je potrebno efikasno obezbijediti dokaze.

3.5. Pravilna i zakonita odluka

Provodeći istragu u složenim predmetima, tužioci se susreću sa izazovom da stanje stvari dovoljno istraže i donesu zakonitu i pravilnu odluku, jer se kod donošenja naredbe o obustavi istrage zbog nedostatka dokaza mogu suočiti sa osnovanim pritužbama, ali i prigovorima da zataškavaju dokazivanje, skrivaju počiniocce, navodima da je zapravo bilo dovoljno dokaza za optužnicu, te se nekritički i neargumentovano zanemaruje činjenica da postoji mogućnost pritužbe na takvu odluku uredu tužioca, a potom neposredno višem tužilaštvu i na koncu Ustavnom sudu BiH. Pritužba na odluke tužioca efikasan je i zakonit mehanizam da se tužilačka odluka preispita i otklone eventualne nepravilnosti u njenom donošenju. Ukoliko pak s druge strane, i pored sve energije i

znanja kojeg je uložilo tužilaštvo u dokazivanje potvrđene optužnice, optužnica rezultira donošenjem oslobađajuće presude, tužioci nerijetko bivaju izloženi kritici da su loše vodili predmet pred sudom, da treba da odgovaraju za štetu i troškove koji su njom prouzrokovani, da su sami doprinijeli da optužnica ne uspije jer nisu sačinili adekvatan činjenični opis, iako je ranije prošao sudsku kontrolu, te se izvlače neutemeljeni zaključci o nesavjesnom i nezakonitom postupanju tužioca. Treba podsjetiti da preko 90 % od ukupnog broja podignutih optužnica okončaju osuđujućim presudama, da tužilac na presudu može uticati samo kroz ulaganje žalbe, da ne može predvidjeti dinamiku i trajanje suđenja, mijenjanje zakona, promjenu iskaza svjedoka, nove činjenice koje se pojave u toku suđenja, promjenu sudske prakse oko zakonitosti prikupljanja dokaza, te da su oslobađajuće presude u demokratskim pravnim sistemima neminovnost jer bi u protivnom i suđenja bila suvišna kad bi se unaprijed znao ishod postupka.

3.6. Uloga agencija za provođenje zakona

Kad je riječ o saradnji sa policijskim agencijama važno je naglasiti da su predmeti za koruptivna krivična djela i organizirani kriminal tek u manjem obimu formirani na osnovu policijskih izvještaja o počinjenom krivičnom djelu. To ukazuje da se, najčešće zbog opreza da dokazi budu prikupljeni zakonito, u agencijama za provođenje zakona čeka da tužilac inicira provjere i da ih tužilac ovlašćuje za preduzimanje radnji. Od ovlaštenih službenih lica se očekuje da operativnim i analitičkim radom identificiraju moguće učinioce krivičnih djela, prikupe dokaze za osnove sumnje i iniciraju posebne istražne radnje ili druge radnje dokazivanja. Načelo oficijelnosti obavezuje i tužilaštva i policiju u otkrivanju krivičnih djela, te zahtijeva zajedničku strategiju o ključnim prioritetnim ciljevima i predmetima. Pored ovih, postoje i izazovi u saradnji sa različitim policijskim agencijama na koje je upućeno KTKS, zbog mogućeg preklapanja nadležnosti policijskih agencija u ovoj oblasti kriminaliteta, jer podnosioci prijava nerijetko podnesu prijave na više različitih adresa, nedovoljne specijalizacije istražitelja, promjene istražitelja usljed napredovanja i internih premještaja, drugačijih prioriteta rukovodilaca policijskih agencija i slično.

3.7. Kvalitet informacija

Prijave koje sadrže kvalitetnu informaciju o koruptivnom krivičnom djelu su rijetkost, jer bi podrazumijevale da lice koje je najvjerovatnije u doticaju sa krivičnim djelom isto prijavi, što se rijetko događa. Uobičajena situacija u praksi je da tužilac kvalitetnu informaciju dobije iz posebnih istražnih radnji tzv. „slučajnog nalaza“, novinskog članka, anonimne prijave, operativne veze, saopštenja državnih organa, povjerljive informacije od strane informatora, iskaza osumnjičenih za druga krivična djela, prijava davaoca mita koji očekuje da bude oslobođen od kazne, razmatranja nekog drugog krivičnog djela ili čak građansko-pravnog delikta. To znači da kompletne pravce istrage treba da odredi tužilac i pribavi prvo dokaze za osnove sumnje, pa onda i dokaze za osnovanu sumnju. U prevodu, tužiocu koji su opredijeljeni za rad na predmetima korupcije i organizovanog kriminala moraju sami da pretražuju otvorene i dostupne izvore, budu proaktivni, odnosno, primjenjuju načelo oficijelnosti i po službenoj dužnosti istražuju, ne čekajući na prijavu. Ta proaktivnost je nužna u predmetima korupcije zbog visokog procenta negativnih tužilačkih odluka u predmetima koji nisu zadokumentovani blagovremeno, česte pasivnosti agencija za provođenje zakona u domenu otkrivanja koruptivnih krivičnih djela, propisane kazne preko pet godina zatvora za odnosna krivična djela za koja je nužan nadzor tužioca, a nerijetko se ne mogu drugačije pouzdano zadokumentovati (siva zona, davalac - primalac mita, gdje su neophodne posebne istražne radnje i aktivan angažman tužioca). Tužilac mora u radu na ovakvim kompleksnim predmetima imati strategiju rada i voditi računa o racionalnoj raspodjeli resursa. Kopiranje, skeniranje dokaza, selekcija dokaza po logičkim cjelinama, numerisanje stranica, označavanje dokaza - jesu tehnička stvar, ali ta pitanja u velikim predmetima predstavljaju i logistički izazov koji zahtijeva timski rad, najčešće u vremenski ograničenim uslovima vezanim za rokove, što sve u konačnici treba da doprinese efikasnijem izvođenju i koncentraciji dokaza na glavnom pretresu.

3.8. Uloga pravobranilaštva

Izazov je svakako i poprilično pasivna uloga pravobranilaštava, u predmetima gdje je država oštećena, kroz problematiziranje dolaska na sud i postavljanja imovinskopravnog zahtjeva zbog nedostatka informacija i slično, što zahtijeva dodatni angažman tužioca.

3.9. Razgraničenje nadležnosti između Tužilaštva BiH i KTKS

Nerijetko se postavi pitanje rješavanja sukoba nadležnosti između tužilaštva na državnom nivou i kantonalnih tužilaštava, jer su u praksi uočeni nekonzistentni kriteriji i različit momenat u toku postupka za prenošenje nadležnosti sa Tužilaštva BiH i Suda BiH na niže nivoe,¹² kao i obrnuto, izuzimanje predmeta od strane Tužilaštva BiH iz rada kantonalnim tužilaštvima ili otvaranje istraga o istragama kantonalnih tužilaštava. Zastupanje optužnica u predmetima gdje su istragu provodili drugi tužioci nije u interesu predmeta i ne djeluje poticajno na kantonalne tužioce, jer im se taj intenzivan rad ne vrednuje kroz normu.

3.10. Subjektivni dokazi - saradnja sa licima u doticaju sa krivičnim djelom

Tužilac se često u nedostatku objektivnih dokaza, mora osloniti na subjektivne dokaze i insajdere, te se odlučiti da li će za dokazivanje odlučnih činjenica tražiti da svjedok dobije imunitet¹³, što je po novim izmjenama zakona podložno sudskoj kontroli i u fazi istrage i samim tim neizvjesnosti gledano iz pozicije tužioca. Tužilac može dobiti informacije o postojanju grupe za organizirani kriminal od pripadnika grupe za organizirani kriminal i optužiti ga, te u toku postupka predložiti oslobođenje od kazne.¹⁴ Tužilac može i zaključiti sporazum o priznanju krivnje i rizikovati na sudu, jer ne postoje garancije da će lice s kojim je zaključio sporazum i svjedočiti protiv saizvršilaca nakon prihvatanja sporazuma. Ovo je naročito usložnjeno u Federaciji BiH odlukom Vrhovnog suda FBiH u kojoj je zauzet stav da ne može lice u isto vrijeme biti svjedok i optuženi.¹⁵ Također, postoji opcija da tužilac

¹² Predmeti protiv nosilaca pravosudnih funkcija Azra Miletić, Božo Mihajlović, Goran Salihović i dr.

¹³ Apelanti u konkretnom primjeru u svojoj apelaciji su isticali da su tretirani različito od oštećenog, jer ako je jedan apelant primio mito, a drugi apelant posredovao u davanju mita, onda je oštećeni izvršio krivično djelo davanja mita, ali u ovom slučaju tužilac protiv njega nije pokrenuo krivični postupak a što je po zakonu bio obavezan da učini. U konkretnom slučaju protiv apelanata je pokrenut i okončan krivični postupak u skladu sa zakonskim nadležnostima tužioca i suda a činjenica da postupak nije pokrenut i protiv drugog lica za koje apelanti smatraju da je takođe odgovorno, ne daje osnovu za zaključak o njihovoj diskriminaciji. U konkretnom slučaju Ustavni sud je donio odluku da se ne radi o kršenju prava iz člana 2/4 Ustava BiH i člana 14 Evropske konvencije.

¹⁴ Čl. 342. stav 5. KZ FBiH, čl. 340. stav 3. KZ FBiH

¹⁵ Optuženi se ne može saslušati kao svjedok sve dok mu ne prestane svojstvo optuženog, odnosno dok presuda po kojoj je proglašen krivim (najčešće donesena kao posljedica razmotrenog sporazuma o priznanju krivnje) ne postane pravosnažna. Tek tada tužilac može takvo lice (sada već bivšeg optuženog) saslušati kao svjedoka i takav iskaz koristiti i prilikom njegovog saslušanja na glavnom pretresu. U suprotnom, ne može se koristiti kao dokaz iskaz svjedoka uzet od osobe dok joj je još trajalo svojstvo optuženog (Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 04 0 K 006356 15 Kz od 15. 4. 2015. godine)

podigne optužnicu protiv insajdera koji je član grupe za organizirani kriminal, te predloži izmjenu redoslijeda izvođenja dokaza i nakon ispitivanja na glavnom pretresu, zaključi sporazum sa tim optuženim, čiji bi se status riješio u potom odvojenom predmetu po zaključenom sporazumu. Sve ove procesne mogućnosti tužilac treba razmotriti u istrazi, kao i mogućnost razdvajanja predmeta po logičkim cjelinama. Ova problematika je bila riješena i pojednostavljena Zakonom o suzbijanju organizovanog kriminala i korupcije u FBiH, koji je detaljno propisao proceduru i način saradnje sa licima koja imaju doticaj sa krivičnim djelom kroz institut svjedoka saradnika. Međutim, taj zakon nikad nije počeo sa primjenom, čime je zakonodavna vlast pokazala, da unatoč deklarativnoj borbi protiv korupcije i organizovanog kriminala, zbog nedostatka političke volje, neće aktivirati mehanizme koji bi tužiocima omogućili adekvatan alat za tu borbu. U međuvremenu se pitanje saradnje sa insajderima i standardi sudova razlikuju od suda do suda i od slučaja do slučaja, te su potrebna posebna znanja i vještine da tužilac izbjegne sve zamke pored puta u pokušaju da pribavi zakonit dokaz saslušanjem ovakvih, najčešće krunskih svjedoka.

3.11. Vještaci

Tužiocima se često u ovoj vrsti predmeta moraju oslanjati na stručna znanja i vještine vještaka, najčešće ekonomske struke. Najčešće se angažuju pojedini vještaci ekonomske struke sa liste sudskih vještaka, jer nema stručnih ustanova za ekonomska vještačenja. Dužina trajanja vještačenja utiče na efikasnost postupka.¹⁶ Dobra praksa je obavljanje konsultacija sa vještakom ili ekonomskim savjetnikom u tužilaštvu prije izdavanja naredbe kako bi se po potrebi blagovremeno pribavila dodatna dokumentacija, potom slijedi predaja taksativno pobrojane dokumentacije na revers i po potrebi sastanci s vještacima u cilju prevazilaženja izazova tokom vještačenja. Kod pripreme za glavni pretres preporučuje se set dokaza za predočavanje vještaku, osim ako su prilozi sastavni dio nalaza, te akcenat staviti na razjašnjenje

¹⁶ U anketi koju je proveo USAID 38 % tužilaca se izjasnilo - prethodno iskustvo osnov za angažovanje određenog vještaka. 85 % tužilaca navodi potrebu za dodatnim pojašnjenjem nalaza nakon dostavljanja. 86 % tužilaca smatra da su samo određeni vještaci sa liste sudskih vještaka u mogućnosti dostaviti kvalitetan nalaz i mišljenje u predmetima organizovanog, privrednog kriminala i korupcije. 50 % tužilaca nije zadovoljno prezentacijom nalaza na glavnom pretresu. 47 % tužilaca smatra da vještak nije postupio po uputi iz naredbe, te je bilo potrebno izdati ponovo naredbu. 207 dana prosječno trajanje vještačenja - utiče na efikasnost postupka.

ključnih i spornih pitanja u direktnom ispitivanju. Kako bi se spriječila iznenađenja u vidu pojave „novih“ dokaza na glavnom pretresu, potrebne su pripreme i provjere eventualnih razloga za izuzeće, postojanje sukoba interesa i slično. Poželjno je prezentirati nalaz na glavnom pretresu u vidu grafikona, fotografija, to jeste razumljivo, te raditi analize presuda i uspješnosti vještaka pred sudom radi razmjene informacija među tužiocima.

3.12. Finansijske istrage

Iako Smjernice VSTV o uključivanju finansijskih istraga prilikom provođenja istrage u predmetima korupcije, organizovanog kriminala i pranja novca usmjeravaju tužioce da provode finansijske istrage, u praksi je mali broj naredbi o sprovođenju finansijske istrage. Razlozi za to su činjenice u predmetu koje prije ekonomskog vještačenja ne ukazuju na nelegalno stečenu imovinu, nego samo na štetu, složenost i neizvjesnost ishoda finansijskih istraga, odgovornost Federacije za potencijalnu štetu ukoliko dođe do oslobađajuće presude, pitanje naknade štete zbog izmakle dobiti u slučaju obustave finansijske istrage u kojoj je imovina bila blokirana u istrazi, izazovi u određivanju momenta za blokadu imovine, vremenski okvir za istragu, povezane osobe, nespecijaliziranost tužilaca i vještaka, agencije se maksimalno oslanjaju na tužioca. Prošireno oduzimanje je još uvijek rijetkost u sudskoj praksi. Rijetke primjere uspješnog oduzimanja nelegalno stečene imovine treba promovisati i iz njih učiti.¹⁷

3.13. Uloga sudije za prethodni postupak

Sudija za prethodni postupak ocjenjuje osnove sumnje kod odlučivanja o izdavanju pojedinih naredbi u istrazi, te vrši ocjenu zakonitosti davanja imuniteta svjedoku. Ta sudska ocjena dokaza može se razlikovati od ocjene tužioca, te se dešava da tužilački prijedlozi za posebne istražne radnje, za pretresanje, oduzimanje dokumentacije, budu odbijeni kao neosnovani, iako je tužilac iscrpio razumne napore da dođe do dokaza do nivoa osnova sumnje i dokaze u toj fazi ne može pribaviti na drugi način. Također, posljednjih godina promijenila se sudska praksa koja je uticala da se najveći broj materijalnih dokaza u istrazi, umjesto

¹⁷ Vidjeti presudu Vrhovnog suda FBiH i Kantonalnog suda u Sarajevu u predmetu protiv optuženog Hasiba Bijelića i dr.

tužilačkim zahtjevom ili naredbom pribavlja putem naredbi koje izdaje sudija za prethodni postupak, što dodatno usložnjava proceduru oduzimanja predmeta i dokumentacije, deponovanja, otvaranja i analize oduzetih dokaza. Naime, iako ne postoje prepreke da se tužilac obraća državnim organima i od oštećenih prikuplja informacije na dobrovoljnoj osnovi, stavovi zauzeti u pojedinim sudskim odlukama promijenili su shvatanje pojma zakonitosti na način da se sve više dokaza u fazi istrage pribavlja po naredbi suda za oduzimanje dokumentacije i predmeta¹⁸ i drugim naredbama, te tužioci zbog potencijalne opasnosti od različitog tumačenja pojma „hitnosti“ veoma rijetko koriste mogućnost da sami izdaju naredbe (bankama, telekom operatorima, za oduzimanje predmeta, tjelesni pregled, posebne istražne radnje).¹⁹

3.14. (Ne)dosljedna sudska praksa

U tužilačkoj potrazi za činjenicama, dokazima i osnovanom sumnjom da je određena osoba počinila određeno krivično djelo, pomažu standardizirane prakse postupanja u istim ili sličnim pravnim situacijama, odnosno, jasna i dosljedna sudska praksa koja će biti putokaz, a ne i dodatni izvor konfuzije. Standardi sudova kod donošenja odluka vremenom se mijenjaju, pa tako suđenja u složenim predmetima znaju završiti oslobađajućim presudama zbog promijenjene prakse sudova u ocjeni zakonitosti dokaza. Najbolji primjer za to je promijenjena praksa vezano za dokaze dobijene posebnim istražnim radnjama nakon donošenja odluke ESLJP u predmetu Damjanović protiv Republike Hrvatske, koja je izazvala promjenu prakse u BiH i posljedice koje se čak nisu desile ni u samoj Hrvatskoj. Također, zbog promjene prakse u osiguranju dokaza (otvaranje i deponovanje) donešen je veći broj oslobađajućih presuda, iako je u fazi istrage kad su se dokazi prikupljali to bio uobičajen i prihvatljiv način prikupljanja i obezbjeđenja dokaza, no zbog dužine trajanja suđenja ovo su primjeri da se odugovlačenje postupka optuženim isplati.²⁰

¹⁸ Čl. 79. ZKP FBiH

¹⁹ Čl. 80. st. 1., čl. 81.st.4., čl. 86. st. 3., čl. 86. st. 2., čl. 87. st. 2., čl. 123. st. 3., čl. 132. st.2. ZKP FBiH

²⁰ Primjer 1. U odluci Ustavnog suda broj AP-1529/15 utvrđena je povreda prava na pravično suđenje iz čl. II/3.e. Ustava BiH i povreda čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Utvrđeno je da se presuda na temelju koje je M.P. osuđen na kaznu zatvora zasniva se na protuzakonito pribavljenoj dokumentaciji, niti je ista identificirana u njegovoj prisutnosti, **prilikom otvaranja i pregleda oduzetih predmeta nije obavijestilo apelanta i njegovog branitelja, a dokumentacija nije oduzeta u prisutnosti optuženog** pa na taj način nije imao mogućnost da izjavi prigovor propisan zakonom. Ustavni sud smatra da Sud BiH nije na jasan i nedvosmislen način odgovorio na apellantove navode

3.15. Kvalitet optužnica

Često se kao razlog donošenja oslobađajućih presuda navode nedostaci koji se tiču činjeničnog opisa krivičnog djela, jer optužnica ne sadrži sve potrebne elemente da se krivično djelo poblizje odredi. Iz izvještaja OSCE iz februara 2018. proizilazi da se optužnice podižu na osnovu nepotpunih dokaza, tako da tužilaštvo mora podnijeti dodatne dokaze za vrijeme glavnog pretresa. Također se navodi da su slabi dokazi priloženi u svrhu kvantifikovanja ekonomske štete ili koristi koja predstavlja navodnu posljedicu kažnjivog ponašanja, te da je tužilaštvo priložilo malo ili nimalo dokaza u svrhu dokazivanja postojanja umišljaja za počinjenje krivičnog djela kod optuženog. Navodi se da optužnice nisu na jasan način sadržavale način počinjenja krivičnog djela, te da je neadekvatno identifikovan i izvršen opis propisa, normi ili opštih principa javne uprave koje je optuženi navodno prekršio zloupotrebom položaja. Upućivanje na sud optužnice s činjeničnim opisom djela u

o lancu posjedovanja dokumentacije. Naime, u postupku pred redovnim sudom, kao i u postupku pred Ustavnim sudom apelant je iznio vrlo konkretne navode, te dostavio određene dokaze koji su se odnosili na činjenicu da je 2002. godine EUFOR oduzeo raznu dokumentaciju iz Hercegovačke banke bez bilo kakve sudske naredbe, zatim je ukazano na držanje dokumentacije u periodu od deset godina na različitim mjestima, te promjene stečajnih upravnika Hercegovačke banke bez bilo kakvog pisanog traga u prilog čemu ide i dopis Agencije za bankarstvo FBiH, kao i izjava stečajnog upravnika Nikole Fabijanića da nikakvi zapisnici o primopredaji dokumentacije koju je izuzimao EUFOR nisu sačinjavani, niti su sačinjavani zapisnici o primopredaji dokumentacije prilikom promjene stečajnih upravnika. Stoga, Ustavni sud smatra da su navodi Suda BiH da nije dovedena u pitanje autentičnost dokumentacije neuvjerljivi, jer na ovako ozbiljno postavljene prigovore Sud BiH je trebalo i morao dati detaljniji odgovor pogotovo kada se ima u vidu činjenica da u ovom dijelu obrazloženja Sud BiH ne ističe bilo kakve datume, te u jednoj rečenici navodi svojstvo i funkciju svjedoka Nikole Fabijanića od kojeg je dokumentacija oduzeta, uz paušalno objašnjenje da se radi o originalnoj dokumentaciji. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, u situaciji kao što je ova **(ne postoji trag o kretanju dokumentacije, dokumentacija nije oduzeta u apelantovom prisustvu, niti identificirana u apelantovom prisustvu) najmanje što je tužilac trebalo da uradi i što je bio dužan da uradi jeste da postupi u skladu sa odredbama člana 71. ZKP BiH**. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je način na koji je, može se reći, ključni dokaz (s obzirom na to da je na temelju oduzete dokumentacije sačinjen nalaz vještaka finansijske struke po nalogu Tužilaštva na kojem je u pretežnom dijelu donesena presuda na temelju koje je apelant osuđen na kaznu zatvora) pribavljen i upotrijebljen u postupku protiv apelanta utjecao na postupak u cjelini, zbog čega u postupku nisu ispunjeni zahtjevi pravičnog suđenja, te se ne može reći da je predmetni postupak bio pravičan u cjelini. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra da je došlo do povrede člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Primjer 2. Drugostepena presuda Suda BiH, broj: S1 2 K 020482 19 Kžk od 08.11.2019. godine. Apelaciono vijeće u predmetu Lijanović i dr. zbog krivičnog djela organizovanog kriminala u vezi sa zloupotrebom u privrednom poslovanju, pranjem novca donijelo je oslobađajuću presudu jer je zaključilo da je dio materijalnih dokaza u ovom predmetu nezakonit. Dokazi koje je svjedok O.B. uzeo iz firme nisu pribavljeni na zakonit način. Sudija je kazao da je O.B. ove dokaze držao kod sebe i da ih je predao nadležnim organima tek nakon šest mjeseci, odnosno nakon što je uhapšen J.I.L. Osim toga, ukazano je i na dopisivanje na dokumentima. Tužilaštvo ovu dokumentaciju nije otvorilo i pregledalo, već je samo prosljedilo vještaku. Vijeće je zaključilo da su svi dokazi proistekli iz sporne dokumentacije nezakoniti, uključujući ključno vještačenje Š.I. Prvostepena presuda bila je ukinuta, jer Vijeće nije iznijelo zaključke u vezi s prigovorom na autentičnost sporne dokumentacije.

kojem nedostaju činjenice i okolnosti koje se odnose na pojedina zakonska obilježja bića krivičnog djela za koje se tereti optuženi, trebalo bi dovesti do donošenja presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe, pošto djelo za koje se optužuje po zakonu nije krivično djelo ili, eventualno, do osude optuženog za drugo krivično djelo. Ukoliko prvostepeni sud to propusti učiniti, takav nedostatak mora na isti način biti otklonjen odlukom drugostepenog suda. Naime, drugostepeni sud je, prilikom ispitivanja prvostepene presude povodom žalbe, dužan po službenoj dužnosti otkloniti povrede krivičnog zakona učinjene na štetu optuženog. Zbog navedenog, posebna pažnja se treba posvećivati obuci tužilaca, praćenju sudske prakse i dosljednosti standarda preispitivanja presuda po žalbi, nadzoru nad pisanjem optužnica. To je prepoznao i VSTV, te je u jednom od svojih zaključaka iz 2021. godine naveo da u cilju podizanja stupnja sveukupne kvalitete optužnica, te dosezanja najviših tužiteljskih standarda, čini se svrsishodnim u formi opštih (neobavezujućih) smjernica, taksativno pobrojati osnovne procesne korake i materijalne elemente koje tužitelj mora uzeti u obzir prilikom izrade i podizanja optužnice, te utvrditi okvir pripreme i zastupanja optužnice na glavnom pretresu. Smjernice trebaju poslužiti kao mapa i kontrolna lista ispunjenja svih relevantnih zakonskih elemenata - od trenutka donošenja naredbe o sprovođenju istrage, do propisivanja jasnih kriterija i preduslova za podizanje optužnice, te okvira zastupanja na glavnom pretresu. Podsjećamo i na instrukciju Federalnog tužilaštva Federacije BiH o vršenju nadzora nad podignutim optužnicama u predmetima korupcije, kao i za sva krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora preko 10 godina. Po izvršenom pregledu Federalnog tužilaštva kantonalni tužioc i su u nastavku postupka obavezni postupiti po uputama federalnih tužilaca vezanim za činjenični opis.

Ovdje se broj tužilačkih izazova ne završava, jer je svaki predmet poseban i može povući za sobom specifične situacije od ometanja istrage do stručnih dilema.

4. Izazovi u radu sudova u predmetima korupcije, privrednog i organizovanog kriminala

4.1. Uloga sudije za prethodno saslušanje - predpretna faza

Najvažnija uloga sudije za prethodno saslušanje je odluka o potvrđivanju optužnice, jer ukoliko tu izostane valjana kontrola i zanemare se manjkavosti optužnice, to posljedično može imati uticaj na efikasnost postupka, a posebno u slučajevima u kojima se nakon potvrđivanja optužnice poslije glavnog pretresa donese oslobađajuća presuda, jer djelo nije krivično djelo. Sud može tužilaštvu optužnicu koja sadrži manjkavosti vratiti kao neuredan podnesak, odnosno, odbiti optužnicu zbog nepostojanja osnovane sumnje, što predstavlja snažne mehanizme u rukama suda da na vrijeme spriječi suđenja i trošenja resursa po optužnicama koje ne ispunjavaju standard osnovane sumnje za potvrđivanje optužnice.

U ovoj fazi postupka nisu evidentirana značajnija kašnjenja u sudu, osim u slučaju nedostupnosti optuženih, zatim kad se pozivi šalju diplomatskim putem. Nadalje, postoje predmeti gdje je duži protok vremena od statusne konferencije do suđenja. Odlučivanje o prigovorima je uglavnom efikasno, dok su razlozi za određivanje branioca po službenoj dužnosti nekad nepoznati, jer se zahtjevi ne obrazlažu javno.

4.2. Glavni pretres

Pored dinamike rada i rukovođenja glavnim pretresom predsjednik vijeća se može u ovakvim predmetima tokom suđenja suočiti sa čitavim nizom pitanja, i to od davanja odgovora na upite medija, pitanja zaštite oštećenih i svjedoka, održavanje reda i dostojanstva u sudnici i oko sudnice, osiguravanje da se sud pridržava rasporeda, uz minimalna kašnjenja, mogućnost zatvaranja postupka za javnost, omogućavanje pristupa postupku za medije, raspodjela prostora u sudnici, davanje jasnih obrazloženja u javnim odlukama i presudama u predmetu i drugo.²¹

²¹ Vodič kroz dobre prakse tužilaštava i sudova u procesuiranju koruptivnih krivičnih djela, krivičnih djela sa finansijskim elementom i krivičnih djela organizovanog kriminala, USAID, dostupno na: file (cest.gov.ba), pristupljeno dana 30.10.2021. godine

U novim procesnim zakonima dat je poseban značaj odredbama o glavnom pretresu, uveden je raspravni princip, a sve u cilju veće efikasnosti u postupku, te bržeg završavanja krivičnih predmeta. Na prvi pogled zakoni o krivičnom postupku u BiH predstavljaju efikasno “oruđe” u rukama sudija za brzo i jednostavno okončanje sudskog postupka, te ostvarenje principa pravičnog suđenja u razumnom roku. Međutim, preduslov za to je iskustvo, sigurnost u vlastito znanje i posjedovanje organizacionih vještina sudija. Stoga se Preporukama Evropske komisije za efikasnost pravosuđa izražava da je, u cilju očuvanja principa pravičnog suđenja u razumnom roku, neophodno ojačati proaktivnu ulogu predsjednika sudova i povećati efikasnost sudija, te ojačati njihovu ulogu u sudskim postupcima kroz edukaciju u oblasti upravljanja sudskim postupkom i unapređenja organizacionih vještina.

Predmeti sa velikim brojem optuženih su ozbiljan logistički i organizacijski izazov koji je povezan sa pitanjem normiranja rada sudija, raspoloživosti sudnica i obezbjeđenjem prisustva velikog broja učesnika. Poseban problem su kašnjenja u izradi presuda u prvostepenom postupku. Postoji veliki prostor za unapređenje efikasnosti suđenja i čitav niz organizacionih mjera koje se mogu preduzeti, o čemu se više može pronaći u priručnicima o upravljanju sudskim postupkom.

Razloge neefikasnog upravljanja postupkom od strane sudije možemo tražiti u subjektivnim razlozima, kad sudija nedovoljno “upotrebljava” različite procesne instrumente koji mogu doprinijeti ubrzanju postupka od strane sudija, ne preduzima mjere radi sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlaštenja, primjenjuje neodgovarajuću dinamiku u zakazivanju ročišta - samo jednom ili dva puta mjesečno (uz saslušanje samo do dva svjedoka), odlaže ročišta kada za to nema mjesta.²² Uobičajena praksa rada Kantonalnog suda u Sarajevu u predmetima sa velikim brojem optuženih je da se mjesečno održe jedno do dva ročišta u trajanju od pola radnog dana, na koje se u prosjeku pozovu dva ili tri svjedoka, što je nedovoljan broj radnih sati za efikasno okončanje rada na predmetu. Situacija se posebno usložila za vrijeme pandemije koronavirusa gdje u nekim predmetima nije održan nijedan glavni pretres. Također, način prezentiranja dokaza na grafoskopu, list po

²² Upravljanje sudskim postupkom, objavljeno Upravljanje sudskim postupkom u Bosni i Hercegovini (advokat-prnjavorac.com)

list, uz obrazlaganje svakog dokaza od strane tužioca utiče na trajanje postupka, iako je odbrana prethodno imala dokaze na uvidu - ona ne želi da se saglasi sa ulaganjem dokaza u spis suda bez prezentiranja na grafoskopu. Događa se da sudije dozvoljavaju da optuženi i njegov branilac prilikom unakrsnog ispitivanja vještaka i svjedoka zloupotrebjavaju pravo na pitanje i komentar, te iznose odbranu. Efikasnost suđenja svakako ne može biti na štetu prava na odbranu, te je u ovim predmetima primijećena jača aktivnost branilaca što se ogleda u broju i vrsti prigovora, posvećenosti traženju proceduralnih propusta i bitnih povreda postupka, te su aktivniji na suđenju i nerijetko koriste moć medija za komentarisanje slučaja izvan sudnice, što je tužiocu zabranjeno u toku postupka.

Pored subjektivnih postoje i objektivni razlozi za duže i neefikasno suđenje:

- zakonska rješenja,²³
- nedovoljan broj sudija, administrativnog osoblja,
- odsustva sudija (bolovanja),
- veliki priliv novih predmeta i presignacija predmeta,
- promjene u sastavu vijeća,
- nedolazak optuženog ili branioca, svjedoka, vještaka,
- nepoštovanje dogovora o datumima suđenja,
- razdvajanje postupaka zbog bolesti ili nedostupnosti optuženog,
- odustajanje optuženog od sporazuma čemu je prethodilo razdvajanje postupka i
- obezbjeđenje sale i tehničkih uslova za održavanje suđenja.

Da su neefikasna suđenja u predmetima visokog nivoa korupcije i organizovanog kriminala veliki problem, prepoznao je i VSTV, koji je usvojio zaključak da se pošalje dopis sudovima koji su dostavili izjašnjenja, odnosno predsjednicima sudova i predsjednicima sudskih odjeljenja u tim sudovima, kojim će im se ukazati na izrazito nezadovoljstvo VSTV-a BiH dosadašnjim radom sudova na predmetima iz navedene skupine, imajući u vidu da, iz njihovih izjašnjenja, proizilazi da je većina razloga za dugo trajanje sudskih postupaka subjektivne prirode. Nadalje, predmetnim dopisom je potrebno podvući značaj uloge predsjednika suda i predsjednika sudskog odjeljenja, imajući u

²³ Dovoljno je održati jedan glavni pretres mjesečno, statusne konferencije nisu obavezne i drugo

vidu njihove kompetencije, prilikom organiziranja rada i postupanja na navedenim predmetima, koje je potrebno smatrati hitnim i prioriternim za rješavanje u narednom periodu.²⁴

4.3. Žalbeni postupak

Postoji načelno pozitivna slika o trajanju postupka u ovoj fazi suđenja, jer se odluke donose najbliže optimalnim rokovima. Postoje izuzeci gdje se dugo čekalo na odluku žalbenog suda, a svakako da ukidanje presuda i vraćanje na ponovni postupak doprinosi dužem trajanju postupka. Ovo naročito u slučaju kad dođe do odlaska sudije koji je postupao u prvom stepenu na drugu poziciju, u kojem slučaju suđenja teku iznova.

5. Zaključci i preporuke

1. Samo efikasno pravosuđe može pojačati povjerenje građana u ovaj stub vlasti jer spora pravda nije pravda, te je potrebno da sudovi i tužilaštva učine dodatne napore kako bi predmeti od kojih društvo najviše očekuje, dobili svoj sudski epilog. Istrage i suđenja u predmetima korupcije i organizovanog kriminala trebaju biti efikasnija i prioriterna u pravosudnim institucijama, a nosioci pravosudnih funkcija specijalizirani za rad na ovim predmetima. Postojeća zakonska rješenja nameću obavezu da se suđenje odvija najmanje jednom u mjesec dana, što nije odgovarajuća dinamika za složene predmete. Ukoliko se ne izmijeni krivični procesni zakon na način da propiše da dinamika ovih suđenja bude barem sedmična, ako ne kontinuirana „dan za danom“, a predmeti organizovanog kriminala i korupcije prioriterni - efikasno suđenje će ostati stvar entuzijazma pojedinog sudije ili predsjednika suda.
2. Pitanje svjedoka saradnika treba regulisati procesnim krivičnim zakonom u skladu sa međunarodnim standardima koji se odnose na ovu kategoriju lica, radi pojednostavljenja i izvjesnosti zakonitosti saradnje sa licem koje je u doticaju s krivičnim djelom.
3. Treba razmotriti moguće izmjene zakona i dopuniti listu izuzetaka za neposredno izvođenje dokaza na način da se propiše

²⁴ Izvještaj sa sjednice Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH održane 19. i 20. maja 2021. godine

mogućnost korištenja pismenih svjedočenja, čime bi se smanjio broj usmenih svjedočenja ili ispitivanje ograničilo na sporna pitanja, te se olakšala procedura za unošenje u spis suda dokaza iz kojih proizilaze neosporne činjenice između stranaka i opštepoznate činjenice.

4. Afirmisati pravilno korištenje statusnih konferencija o organizaciji suđenja i insistirati na sačinjavanju plana suđenja, koji će biti preciziran u pogledu vremena potrebnog strankama za izvođenje pojedinih dokaza, na koje tačke optužnice se odnosi koji dokaz. Statusne konferencije iskoristiti i za eventualno preispitivanje zakonitosti dokaza i odbijanje izvođenja kumulativnih i nerelevantnih dokaza. Razmotriti suđenje tokom cijelog radnog dana sa odgovarajućim pauzama, na koja suđenja se poziva veći broj svjedoka, kako bi se smanjili troškovi postupka vezano za naknade advokatima koje se obračunavaju po pristupu na ročište i ostvaruje načelo ekonomičnosti i koncentracija dokaza.
5. Razraditi mehanizme nadzora i standardizirati procedure spajanja optužnica i razdvajanja predmeta u fazi istrage i na sudu, te propisati rokove i uslove za spajanja i razdvajanja da se spriječe zloupotrebe optuženih.²⁵
6. Omogućiti korištenje dokaza u elektronskoj formi prilikom potvrđivanja optužnica i u suđenju u predmetima sa velikim brojem optuženih, koji su razdvojeni u fazi istrage, kako bi se izbjeglo ogromno trošenje materijalnih i ljudskih resursa na kopiranje iste dokazne građe i njeno ovjeravanje kod nadležnih organa, uz mogućnost da sud i odbrana izvrše uvid u originale ili ovjerene kopije.
7. Kod unapređenja sudija voditi računa o momentu stupanja na novu dužnost i prolongirati ga za određeni period dovoljan da se okonča rad na složenom ili obimnom predmetu u kojem je sudija učestvovao u radu, a sve u cilju obezbjeđenja ekonomičnosti postupka i prava na suđenje u razumnom roku. Kao moguća alternativa, kod sastava vijeća u takvim predmetima razmotriti

²⁵ Npr. u najmanje dva predmeta organizovanog kriminala i korupcije visokog nivoa, nakon razdvajanja predmeta na sudu u odnosu na jednog od optuženih radi zaključenja sporazuma o priznanju krivnje, optuženi su na ročištu za razmatranje sporazuma odustali od sporazuma, sud nije ponovno spojio predmete, te su se u nastavku vodila paralelna dva glavna pretresa sa istim dokazima protiv različitih optuženih, što svakako ne doprinosi ekonomičnosti postupka.

mogućnost učešća rezervnog, četvrtog suca od početka glavnog pretresa.

8. Normiranje rada sudija također je jedan od razloga nezadovoljavajuće dinamike suđenja u koruptivnim predmetima, naročito ako efikasna suđenja prema složenosti i važnosti predmeta nisu precizirana godišnjim planovima sudova, nisu strateški cilj konkretnog suda, jer nosioci pravosudnih funkcija nastoje obezbijediti normu na završavanju lakših predmeta koji su jednostavniji za donošenje odluke.
9. Inicirati održavanje zajedničkih sastanaka između predsjednika sudova i glavnih tužilaca, na kojim bi se govorilo o konkretnim problemima zbog kojih dolazi do odlaganja u postupcima i predlagala rješenja za efikasniju organizaciju suđenja.
10. Potrebno je afirmisati međunarodne standarde o tome kako postići pravičnu ravnotežu između potrebe da se osigura ekspeditivnost u vođenju suđenja i da se garantuju prava optuženog i oštećenog. S tim u vezi, VSTV bi mogao inicirati donošenje smjernica ili ujednačavanja prakse oko evidentiranja (ne) opravdanih razloga kojim se opravdavaju odsustva stranaka na suđenju, korištenja mjera prinude i novčanih kazni, te korištenja vještačenja u svrhu potvrde zdravstvenog stanja optuženog i da li to stanje dozvoljava prisustvo suđenju ili ne. Po uzoru na zakonodavstva koja imaju bolje rezultate u domenu efikasnog procesuiranja pred sudom u predmetima korupcije razviti i druge metode da bi suđenje u ovim složenim postupcima bilo što efikasnije i ekspeditivnije i konsultovati iskustva specijaliziranih tužilaštava u regionu i Evropi, vezano za praksu rada na predmetima sa velikim brojem osumnjičenih.
11. U sudovima i tužilaštvima koja imaju sistemski problem sa ažurnošću, a gdje se ostvaruje norma a ipak povećavaju zaostaci, potrebno je tražiti učinkovitija rješenja kako bi izazovi oko organizacije efikasnog rada na većem broju složenih starih privrednih i koruptivnih predmeta u većim sudovima i tužilaštvima bili priznati kao problem koji se ne tiče samo određenog tužilaštva/suda nego pravosuđa općenito, te se potražila efikasnija rješenja za njihovo rješavanje na način:

- Povećanje broja sudija i tužilaca kroz proširenje sistematizacije radnih mjesta,
- Osiguravanje prioritetnog i ubrzanog popunjavanja upražnjenih pozicija za **čije finansiranje** već postoje odobrena budžetska sredstva.
- Privremena upućivanja tužilaca iz drugih tužilaštava u tužilaštva koja imaju problem sa ažurnošću.
- Delegaciju predmeta na tužilaštva kojim nedostaju predmeti za ostvarivanje norme.
- Poboljšanje materijalno tehničkih, administrativnih i smještajnih kapaciteta tih pravosudnih institucija.

Literatura:

- Simović M. i Simović V. (2020). Pravo na suđenje u razumnom roku u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. *Pravo i pravda XIX (1)*.
- Mišljenje Konsultativnog vijeća evropskih tužilaca, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2020. godine, dostupno na 1680a11de2 (coe.int), stranica posjećena 10.10.2021. godine
- Izvještaj stručnjaka o pitanjima vladavine prava u BiH, 5.12.2019., Brisel, dostupno na PRIEBE_Izvjestaj.pdf (fcjp.ba)
- Praćenje procesuiranja predmeta korupcije, Druga procjena, OSCE izvještaj, april 2019. godine
- Treći godišnji izvještaj o odgovoru pravosuđa na korupciju: Sindrom nekažnjivosti. Sarajevo: OSCE, 2020
- Priručnik za opšta pitanja krivičnog postupka - Vodič kroz dobre prakse u procesuiranju koruptivnih krivičnih djela, krivičnih djela sa finansijskim elementom i krivičnih djela organizovanog kriminala, USAID, 2019.
- Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ, objavljeno icty_manual_on_developed_practices_bcs.pdf
- Upravljanje sudskim postupkom, objavljeno Upravljanje sudskim postupkom u Bosni i Hercegovini (advokat-prnjavorac.com)
- Vodič kroz dobre prakse tužilaštava i sudova u procesuiranju koruptivnih krivičnih djela, krivičnih djela sa finansijskim elementom i krivičnih djela organizovanog kriminala, USAID, dostupno na: file (cest.gov.ba)
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH”, br. 35/2003, 37/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 i 59/2014).
- Zakon o suzbijanju organizovanog kriminala i korupcije u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 59/2014).

- Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 99/2020).
Nacrt Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, objavljeno na <https://predstavnickidom-pfbih.gov.ba/upload/file/1.pdf>,
- Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP 2788-20 od 27.12.2020. godine.
- Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP 1097-04 od 17.11. 2005. godine.
- Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP 2788-20 od 27.12.2020. godine.
- Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP-1529-15 od 07.07.2016. godine.
- Drugostepena presuda Suda BiH, broj S1 2 K 020482 19 Kžk od 08.11.2019. godine.
- Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 04 0 K 006356 15 Kž od 15.04.2015. godine.
- Presuda Vrhovnog suda FBiH i Kantonalnog suda u Sarajevu u predmetu protiv optuženog Hasiba Bijelića i dr.

Feda Fejzagić
Kantonalni tužilac
Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo
fedja.fejzagic@pravosudje.ba

OSIGURANJE ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI PREMA ZONSIKD - ISKUSTVA I DILEME SA RELEVANTNOM SUDSKOM PRAKSOM

Sažetak: *S obzirom na to da je Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom FBiH u primjeni duže od šest godina, evidentna je sve zastupljenija primjena istog u praksi, te su uočene određene dileme prilikom postupanja, posebno u postupku realizacije privremenih mjera osiguranja imovinske koristi. Može se reći da je to bilo očekivano s obzirom na to da se radilo o novoj zakonskoj regulativi, a tome je u manjem dijelu doprinijela i nedovoljna određenost pojedinih odredbi ovog Zakona. Međutim, sudska praksa, posebno kroz odluke Vrhovnog suda FBiH, razriješila je veliki broj tih dilema i etablirala određene stavove kojima se rješavaju predmetne dileme. Imajući u vidu da pomenuti zakon eksplicitno ne propisuje sadržaj, odnosno nužne elemente prijedloga i rješenja o određivanju privremenih mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi, u radu se nastoji analizom relevantnih odredbi zakona, te odluka Vrhovnog suda Federacije BiH, ukazati koje su to neophodne činjenične i formalnopravne pretpostavke za uspješnu realizaciju mjera osiguranja, te koji su nužni elementi u prijedlogu tužioca za određivanje tih mjera. Također, izvršena je analiza modaliteta trajnog oduzimanja imovinske koristi po sporazumu o priznanju krivnje sa optuženim u praksi, sa osvrtom na specifičnosti u pogledu oduzimanja imovine u vlasništvu povezanih i trećih lica. S tim u vezi dati su zaključci i prijedlozi za postupanje tužilaca u postupku osiguranja oduzimanja imovinske koristi i za unapređenje zakonskih rješenja u najavljenim izmjenama i dopunama ovog Zakona.*

Ključne riječi: nužni elementi prijedloga za određivanje privremenih mjera, sumnja, princip srazmjernosti, sporazumno oduzimanje imovinske koristi, Federalna agencija za upravljanje oduzetom imovinom, povezane i treće osobe.

1. Osiguranje oduzimanja imovinske koristi po ZONSIKD

U Federaciji Bosne i Hercegovine je od 12.03.2015. godine u primjeni Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom FBiH¹ (u daljem tekstu ZONSIKD), koji kao *lex specialis* propisuje uvjete i postupak oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom, te osnivanje nadležne Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom.

Važno je napomenuti da su i dalje na snazi ostale odredbe Krivičnog zakona FBiH i Zakona o krivičnom postupku FBiH koje tretiraju ovu oblast, ali da se prema *načelu specijaliteta* ove odredbe primjenjuju samo ako ZONSIKD-om nije drugačije propisano.²

Ovaj Zakon je nastao kao rezultat napora da se unaprijede ograničeni rezultati krivičnog pravosuđa u oblasti oduzimanja imovinske koristi, kao jednog od najvažnijih ciljeva procesuiranja počinitelja krivičnih djela povezanih sa sticanjem takve koristi.

Kako je jedna od prvih radnji koje je neophodno preduzeti u cilju trajnog oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom, osiguranje takve imovine kroz privremene mjere, u nastavku će se pokušati obraditi koje su to neophodne činjenične i formalnopravne pretpostavke potrebne za realizaciju ovih mjera po ZONSIKD-u.

Osnovna pretpostavka je da u konkretnom krivičnom predmetu imamo ustanovljeno postojanje osnova ili osnovane sumnje da je osumnjičeni/optuženi izvršio krivično djelo, sa dokazima na nivou *sumnje* da je tim krivičnim djelom pribavljena imovinska korist u određenom iznosu. Određenost vrste i visine imovinske koristi je veoma važna, a radi pridržavanja *principa srazmjernosti* između vrijednosti imovine za koju

¹ Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 71/2014).

² Član 1. stav 3. ZONSIKD-a: Odredbe drugih zakona kojima se uređuje utvrđivanje, osiguranje oduzimanja, izvršenje odluka o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i upravljanje oduzetom imovinom primjenjuju se samo ako ovim zakonom nije drukčije propisano.

se sumnja da je stečena krivičnim djelom i imovine na kojoj se predlaže primjena mjera osiguranja, o čemu će biti više riječi u nastavku ovog teksta.

Sljedeći neophodni formalnopravni, odnosno, zakonom propisan uslov, je da se radi o krivičnom djelu iz KZ FBiH za koje se može izreći kazna zatvora od tri (3) godine ili teža kazna.³

Naredni uslov je nepostojanje podnesenog imovinsko - pravnog zahtjeva, koji u skladu sa relevantnim odredbama ZKP FBiH i KZ FBiH isključuje oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Naime, ukoliko je krivičnim djelom, pored pribavljanja imovinske koristi došlo do nastupanja štete, te u tom pravcu postoji istaknut imovinsko - pravni zahtjev oštećenog u visini koja odgovara ili prelazi iznos imovinske koristi za koju postoje osnovi sumnje da je pribavljana krivičnim djelom, nije moguće oduzimanje i postupanje po ZONSIKD-u, jer se u ovom slučaju radi o imovinsko - pravnom zahtjevu koji isključuje oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom, te se u ovoj situaciji u potpunosti primjenjuju relevantne odredbe ZKP FBiH i KZ FBiH.⁴

Nadalje, kao što je već prethodno napomenuto, u konkretnom predmetu za realizaciju privremenih mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi, potrebno je što preciznije utvrditi iznos, vrstu, obim i strukturu imovinske koristi za koju se sumnja da je stečena krivičnim djelom, te okolnosti da li je predmetna imovinska korist u trenutku kada se razmatra primjena mjere osiguranja u vlasništvu ili posjedu osumnjičenog/optuženog ili povezane osobe. Navedeno bi se u pravilu trebalo utvrđivati kroz finansijsku istragu, kojom se pored navedenih činjenica i okolnosti prikupljaju informacije i dokazi u pravcu utvrđivanja cjelokupne imovine navedenih osoba, te s tim u vezi njihovih zakonitih prihoda, troškova života i stvarnih mogućnosti za zakonito sticanje imovine koju posjeduju.

Također, važno je odmah u početnoj fazi utvrditi da li postoje dokazi i okolnosti koje ukazuju na postojanje *povezanih osoba* sa osumnjičenim ili optuženim licem u konkretnom predmetu.

³ Član 3. ZONSIKD-a

⁴ Član 2. stav 4. ZONSIKD-a

Povezana osoba shodno ZONSIKD-u je: *podstrekač ili pomagač u krivičnom djelu, pravni sljedbenik počinioca i saučesnika u krivičnom djelu ili druge fizičke ili pravne osobe za koje sud ustvrdi da su na njih prenesene stvari ili prava koja predstavljaju imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a da to prenošenje nije bilo u dobroj vjeri.*⁵

Kada se utvrde sve navedene okolnosti, kao sljedeći korak za primjenu mjera osiguranja potrebno je postojanje uvjerenja tužioca da u konkretnom predmetu egzistiraju okolnosti na nivou pretpostavke postojanja opasnosti, *da potraživanja FBiH u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom neće moći biti ostvarena, ili da će njihovo ostvarenje biti otežano, ako privremena mjera ne bude određena.*⁶

Konkretno, radi se o zakonskoj (oborivoj) pretpostavci, čije postojanje ima za posljedicu odsustvo obaveze tužioca da sudu dostavi i obrazloži dokaze o postojanju navedene opasnosti u prijedlogu za određivanje privremenih mjera osiguranja, odnosno, odsustvo obaveze suda pri donošenju rješenja o određivanju privremenih mjera osiguranja da ocjenjuje i utvrđuje postojanje opasnosti da potraživanja FBiH, u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, neće moći biti ostvarena ili da će njihovo ostvarenje biti otežano ako privremena mjera ne bude određena i o tome iznosi razloge u svojoj odluci.

U tom smislu i Vrhovni sud FBiH u svojoj odluci, između ostalog, navodi: *„Nije prihvatljiva ni tvrdnja branitelja po kojoj je prilikom donošenja ožalbenog rješenja nepravilno primijenjena odredba člana 16. stav 1. Zakona. Ova odredba inače propisuje da se u postupku osiguranja privremenom mjerom pretpostavlja postojanje opasnosti da potraživanja FBiH u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom neće moći biti ostvarena ili da će njihovo ostvarenje biti otežano ako privremena mjera ne bude određena. Dakle, potpuno suprotno navodima iz žalbe branitelja optuženog A.V., u postupku vezanom za prijedlog mjerodavnog tužitelja za određivanje jedne od privremenih mjera osiguranja iz predmetnog zakona, postojanje ranije navedene opasnosti nije potrebno dokazivati, jer se ista po samom*

⁵ Član 4. stav 1. tačka d) ZONSIKD-a

⁶ Član 16. stav 1. ZONSIKD-a

zakonu pretpostavlja, pa u datim okolnostima njeno utvrđenje nije conditio sine qua non za zakonito izricanje predložene privremene mjere“.⁷

Međutim, kao što je navedeno, radi se o oborivoj zakonskoj pretpostavci, te svako obrazloženo osporavanje takve odluke suda od strane protivnika osiguranja uspostavlja obavezu suda da razmotri te navode i izjasni se o njihovoj osnovanosti.

U tom kontekstu Vrhovni sud FBiH u svojoj odluci navodi:

“Odredba člana 16. stav 1. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom propisuje da se u postupku osiguranja privremenom mjerom pretpostavlja postojanje opasnosti da potraživanje FBiH u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom neće moći biti ostvareno ili da će njihovo ostvarenje biti otežano ako privremena mjera ne bude određena. Dakle, u smislu ove zakonske odredbe, ta opasnost se pretpostavlja i ne traži se utvrđivanje postojanja te opasnosti... Stoga se neosnovano žalbom prvostepeno rješenje pobija tvrdnjom da prvostepeni sud nije iznio dokaze na osnovu kojih je tvrdio postojanje te opasnosti. Međutim, to ne znači da optuženi nema pravo osporavati tu zakonsku pretpostavku. U ovom slučaju, u žalbi nisu navedene konkretne okolnosti koje opovrgavaju tu zakonsku pretpostavku nego je samo paušalno navedeno da optuženi nema namjeru da raspolaže svojom imovinom”.⁸

Iz navedenog jasno proizilazi da bi tužilac, bez obzira na nepostojanje zakonske obaveze da dokazuje konkretnu opasnost u gore navedenom smislu, ipak trebao da obrazloži postojanje ovih okolnosti, posebno kada za to postoje dokazi, jer je izvjesno da će odbrana u žalbi osporavati njeno postojanje.

Nadalje, kao jedna od važnijih novina koje je donio ZONSIKD, a za koju se nesumnjivo može konstatovati da je olakšala poziciju tužilaštva u ovom postupku, je i propisivanje mogućnosti predlaganja i određivanja privremenih mjera osiguranja i prije nego što je osumnjičenom, optuženom ili povezanoj osobi omogućeno da se izjasne o prijedlogu tužitelja za određivanje mjera osiguranja.

⁷ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023659 15 Kž od 18.02.2016. godine

⁸ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

Naime, ovim Zakonom je izričito propisano da se privremena mjera osiguranja imovinske koristi stečene krivičnim djelom može odrediti i prije nego što je osumnjičenom, optuženom ili povezanom licu omogućeno da se izjasni o prijedlogu tužioca za određivanje mjera osiguranja.⁹

U teoriji ali i praksi pojavilo se pitanje usklađenosti ove norme sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Međutim, zaljučak je da u konkretnom slučaju ne dolazi do povrede navedenog člana Konvencije, a obrazloženje za to dao je i Vrhovni sud u svojoj odluci u kojoj je naveo:

„...u članu 16. stav 2. ovog Zakona je propisano da se osiguranje iz stava 1. te odredbe (kojom se reguliše postupak osiguranja privremenom mjerom) može odrediti i prije nego što je osumnjičenom, optuženom ili povezanom licu omogućeno da se izjasni o prijedlogu tužitelja za određivanje mjera osiguranja. Dakle, ova zakonska odredba je izričita u pogledu postupanja suda u postupku odlučivanja o prijedlogu za određivanje privremene mjere osiguranja i sudu omogućava donošenje rješenja i prije nego što je optuženom omogućeno da se izjasni o podnesenom prijedlogu. Navedeni zakon, također, i optuženom osigurava mogućnost zaštite svojih prava u ovom postupku izjavljivanjem žalbe na rješenje, u skladu sa članom 17. stav 6. Zakona. Odbrana optuženog je izjavljivanjem žalbe na rješenje iskoristila tu svoju zakonsku mogućnost, dok iz stanja spisa kao i navoda žalbe slijedi da je odbrana optuženog u pripremi žalbe izvršila uvid i u prijedlog tužitelja. S obzirom na navedeno, ne mogu se prihvatiti osnovanim navodi u žalbi da je zbog toga što optuženom nije dostavljen prijedlog na odgovor, optuženi doveden u otežanu poziciju i da se naknadnim uvidom u prijedlog tužitelja ne može konvalidirati to što optuženom nije pružena mogućnost da se izjasni o prijedlogu prije nego je sud o istom donio odluku. Takvo postupanje prvostepenog suda utemeljeno je u odredbi člana 16. stav 2. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom, pa donošenjem pobijanog rješenja optuženom nisu povrijeđena prava na koja se ukazuje u žalbi. Pri tome, potrebno je imati u vidu da postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom nema karakter postupka odlučivanja o krivičnoj optužbi protiv optuženog u smislu člana 6. stav 1. Evropske

⁹ Član 16. stav 2. ZONSIKD-a

konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, nego mu se privremeno zabranjuje raspolaganje imovinom“.

Ukoliko su u određenom krivičnom predmetu sve navedene pretpostavke ostvarene, tužilac se opredjeljuje za jednu iz seta privremenih mjera osiguranja propisanih članom 17. stav 2. ZONSIKD-a, kojom procjenjuje da se najefikasnije može postići svrha osiguranja.

U nastavku će se obraditi određene specifičnosti na koje treba obratiti pažnju prilikom postupka predlaganja privremenih mjera osiguranja imovinske koristi i dileme koje se javljaju u praksi.

2. Šta predstavlja „sumnju“ u smislu člana 17. stav 1. ZONSIKD?

Naime, član 17. stav 1. ZONSIKD-a propisuje: *"U cilju osiguranja imovinske koristi za koju se sumnja da je pribavljena krivičnim djelom, tužilac može u toku ili nakon okončanja krivičnog postupka ili kada nisu ispunjeni uvjeti za vođenje krivičnog postupka zbog okolnosti iz člana 5. stav 1. ovog Zakona, predložiti osiguranje bilo kojom privremenom mjerom kojom se najefikasnije može postići svrha osiguranja".*

Shodno citiranoj odredbi, Sud je dužan utvrditi postojanje *„sumnje“* da je imovinska korist pribavljena krivičnim djelom. ZONSIKD, dakle, ne zahtijeva postojanje osnovane sumnje da je krivičnim djelom pribavljena imovinska korist, nego samo postojanje *„sumnje“* što je, prema nekim mišljenjima, kada se stavi u korelaciju sa *„osnovima sumnje“* i *„osnovanom sumnjom“*, jedan dokazni standard viši od onog koji se određuje kao postojanje osnova sumnje.

Ono što se u praksi često dešava je da tužioci u prijedlozima za određivanje privremenih mjera osiguranja ovo zanemaruju i pogrešno koriste termin *„osnovi sumnje“* prilikom dokazivanja da je imovinska korist proistekla iz određenog krivičnog djela. Međutim *„osnovi sumnje“* su neophodni standard koji se veže za postojanje dokaza o izvršenju krivičnog djela, a za dokazivanje da je tim djelom stečena određena imovinska korist čije se osiguranje privremenom mjerom traži, neophodno je postojanje standarda *„sumnje“* shodno citiranom članu 17. stav 1) ZONSIKD-a.

Korištenje navedene formulacije kao ispravne posredno proizilazi i

iz brojnih odluka Vrhovnog suda FBiH, pa se tako u jednoj od njih, između ostalog, navodi:

“Budući da je utvrđenje o tome da li se radi o imovini koja je pribavljena krivičnim djelom, pitanje koje se rješava u toku krivičnog postupka, a ne ovog postupka, (u kojem se razmatra samo postojanje takve sumnje u smislu čl.17. st. 1. pomenutog lex specialis)..”¹⁰

3. Na kojoj imovini se mogu odrediti privremene mjere osiguranja oduzimanja imovinske koristi? Da li samo na imovini za koju se dokaže da je neposredno ili posredno proistekla iz izvršenja krivičnog djela ili mogu i na drugoj, zakonito stečenoj imovini?

U sudskoj praksi je zauzet jasan stav da predmet osiguranja može biti bilo koja imovina protivnika osiguranja koja je pogodna za izvršenje mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

S tim u vezi, Vrhovni sud FBiH u svojoj odluci navodi:

„Dakle, ne radi se o osiguranju oduzimanja imovine neposredno stečene krivičnim djelom, nego o osiguranju oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Prema članu 115. stav 1. KZ FBiH, kojim se regulišu načini oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, učinitelju će se oduzeti novac, predmeti od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena krivičnim djelom, a ako oduzimanje nije moguće, učinitelj će se obavezati na isplatu novčanog iznosa srazmjerno pribavljenoj imovinskoj koristi. Stoga se, po ocjeni ovog Suda, osiguranje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom može vršiti i nad imovinom koja bi mogla poslužiti za ovaj drugi zakonom propisani način oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Smisao navedenih zakonskih odredbi je da se u ovoj fazi postupka, kada postoji sumnja da je krivičnim djelom pribavljena imovinska korist, obezbijedi imovina kako ne bi bila predmet raspolaganja u toku postupka i time osujećeno ili otežano oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom“¹¹

Također, u novijoj odluci koja se bavi ovim pitanjem Vrhovni sud FBiH zauzima identičan stav: „Ni ovi žalbeni navodi braniteljice

¹⁰ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026508 18 Kž 29 od 21.03.2018. godine

¹¹ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

osumnjičenog nisu osnovani. Navedeno stoga što se u konkretnom slučaju radi o postupku osiguranja oduzimanja imovinske koristi koji se provodi po odredbama Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine FBiH. Odredba člana 17. stav 1. tog zakona ne ograničava određivanje privremenih mjera osiguranja samo na imovinskoj koristi odnosno imovini neposredno pribavljenoj krivičnim djelom, pa je privremene mjere osiguranja moguće odrediti na imovini iz koje se može namiriti imovinska korist pribavljena krivičnim djelom, što uključuje i zakonito stečenu imovinu. Prema članu 115. stav 1. KZ FBiH, koji propisuje načine oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnom djelom, učinitelju će se oduzeti novac, predmeti od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena krivičnim djelom, a ako oduzimanje nije moguće, učinitelj će se obavezati na isplatu novčanog iznosa srazmjernog pribavljenoj imovinskoj koristi. Stoga se, po ocjeni ovog suda, osiguranje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom može vršiti i nad imovinom koja bi mogla poslužiti za ovaj drugi zakonom propisani način oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Smisao navedenih zakonskih odredbi je da se u ovoj fazi postupka, kada postoji sumnja da je krivičnim djelom pribavljena imovinska korist, osigura imovina kako ne bi bila predmet raspolaganja u toku postupka i time osujećeno ili otežano oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Dakle, potrebno je da se radi o imovini iz koje se može osigurati potraživanje Federacije Bosne i Hercegovine u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, u situaciji kada se pretpostavlja opasnost da bez primjene privremene mjere osiguranja, to potraživanje neće moći biti ostvareno, ili da će njegovo ostvarenje biti otežano ako ta privremena mjera ne bude izrečena. Iz navedenih razloga, ne može se prihvatiti stav žalbe da se mjere osiguranja mogu odrediti samo u odnosu na imovinu koja je neposredno pribavljena krivičnim djelom. Budući da u tu svrhu može poslužiti svaka imovina koja je pod kontrolom učinitelja krivičnog djela pa makar bila stečena i na zakonit način, to ni okolnost da se predmetna nekretnina od 21.04.2020. godine tretira kao bračna stečevina ne znači da se na istoj ne mogu odrediti mjere osiguranja, o čemu je sud dao sasvim prihvatljive razloge na stranama 29. i 30. pobijanog rješenja.“¹²

¹² Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 037021 21 Kž od 04.10.2021. godine

Također, dodatni osnov za ovakav stav može se naći i u odredbama ZONSIKD-a gdje je propisano da će sud presudom kojom optuženog proglašava krivim za krivično djelo kojim je pribavljena imovinska korist, trajno oduzeti i imovinsku korist za koju tužilac pruži dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje da je takva imovinska korist pribavljena krivičnim djelom, a počinitelj nije pružio dokaze da je korist pribavljena zakonito,¹³ što je analogija proširenom oduzimanju.¹⁴

Dakle, iz svega navedenog proizilazi da se privremena mjera osiguranja, a posljedično tome i trajno oduzimanje, može odrediti prema:

- a) Imovini direktno ili indirektno proistekloj iz izvršenja krivičnog djela,
- b) Imovini za koju se pruži dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje da predstavlja imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a počinitelj nije pružio dokaze da je korist pribavljena zakonito - prošireno oduzimanje, i
- c) Zakonito stečenoj imovini u skladu sa ustanovljenom sudskom praksom koja počiva na pozivanju na analognu primjenu člana 115. stav 1. KZ FBiH.

4. U kojem trenutku, odnosno fazi krivičnog postupka se mogu predložiti, odnosno odrediti privremene mjere osiguranja?

Naime, ZONSIKD propisuje da se privremene mjere osiguranja mogu odrediti u toku ili nakon okončanja krivičnog postupka, ali ne određuje kada se, u smislu tog zakona, smatra da je krivični postupak započeo odnosno da je u toku. To određenje ne sadrži ni ZKP FBiH.

Međutim, s obzirom na to da ZONSIKD u drugim odredbama kao osobe prema kojima se mogu odrediti ove mjere pominje osumnjičenog, optuženog i povezane osobe, to znači da se privremene mjere osiguranja prema ZONSIKD-u mogu predložiti i odrediti i tokom istrage, odnosno, nakon podizanja optužnice i prije njenog potvrđivanja, a prema izričitoj odredbi ZONSIKD-a i nakon okončanja krivičnog postupka i to najduže 60 dana nakon što sud dostavi predlagaču osiguranja obavijesti o tome da je presuda iz člana 6., 10. i 11. ovog Zakona postala pravomoćna, a ako je ta presuda pobijana žalbom, navedeni rok teče od dana kad je

¹³ Član 10. stav 4. ZONSIKD-a

¹⁴ Član 114a. KZ FBiH

predlagaču osiguranja dostavljena odluka drugostepenog suda kojom je ona potvrđena.¹⁵

5. Koji su to nužni elementi i sadržina tužilačkog prijedloga za određivanje privremene mjere osiguranja?

Naime, ZONSIKD ne propisuje sadržinu prijedloga tužitelja za određivanje privremene mjere osiguranja. Međutim, indirektno, analizom do sada navedenih nužnih prepostavki za njegovu primjenu, zauzetim stavovima u sudskoj praksi Vrhovnog Suda FBiH, te relevantnih odredbi ZONSIKD-a, može se dati odgovor na ovo pitanje. Ovo se posebno odnosi na član 10. stav 3) ZONSIKD-a¹⁶ koji propisuje sadržinu prijedloga za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom prilikom podizanja optužnice u redovnom postupku za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i koji je od koristi pri definiranju sadržaja prijedloga za određivanje privremene mjere osiguranja.

Slijedom navedenog može se konstatovati da ovaj prijedlog mora da sadrži:

- a) Pravni osnov, opis i zakonski naziv krivičnog djela sa podacima o imovinskoj koristi za koju se sumnja da je stečena krivičnim djelom,
- b) Podatke o osobi prema kojoj se predlaže privremena mjera osiguranja (osumnjicheni, optuženi ili povezana fizička ili pravna osoba),
- c) Vrstu privremene mjere/a osiguranja iz člana 17. stav 2) ZONSIKD-a koja se predlaže,
- d) Precizne podatke i dokaze o imovini koja je predmet osiguranja - vrsta, vrijednost, vlasništvo, posjed, lokacija i dr.,
- e) Konkretizovanje organa koji će izvršiti realizaciju predložene/ih mjera osiguranja (sud, policijski organ, Federalna agencija za

¹⁵ Član 21. ZONSIKD-a

¹⁶ Član 10. stav 3. ZONSIKD-a: Prijedlog iz stava 2. ovog člana sadrži: podatke o osobi od koje se oduzima imovinska korist, opis i zakonski naziv krivičnog djela, podatke ili opis imovinske koristi koju treba oduzeti, dokaze o imovini koja je predmet oduzimanja, a do kojih se došlo provođenjem finansijske istrage, dokaze o zakonitim prihodima te osobe i okolnostima koje ukazuju na postojanje očigledne nesrazmjere između imovine i prihoda tog lica. Prijedlog protiv povezane osobe sadrži dokaze da je naslijedila imovinu pribavljenu krivičnim djelom, a prijedlog protiv treće osobe dokaze da je imovina stečena izvršenjem krivičnog djela prenesena bez naknade ili uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj vrijednosti radi onemogućavanja oduzimanja.

- upravljanje oduzetom imovinom, javni registri, banke i dr.),
- f) Rok i način izvršenja privremene mjere osiguranja,
 - g) Vrijeme trajanja privremene mjere - mora biti određeno, ne može „do okončanja krivičnog postupka“ i sl.,
 - h) Obrazloženje osnovanosti prijedloga po prethodno navedenim elementima.

Dakle, obrazloženje prijedloga (i rješenja) o određivanju privremene mjere trebalo bi sadržavati najprije razloge iz kojih proizilazi postojanje uslova za njihovo izricanje, prije svega, razloge na osnovu kojih je utvrđeno postojanje osnova/osnovane sumnje da je izvršeno krivično djelo povezano sa sticanjem imovinske koristi, a zatim sumnje da je krivičnim djelom pribavljena imovinska korist, da osoba prema kojoj je privremena mjera osiguranja određena ima status osobe prema kojoj se one mogu odrediti i da postoji srazmjernost između cilja koji se želi njima postići i određenih privremenih mjera osiguranja. Nadalje obrazloženje prijedloga i rješenja mora sadržavati posebne razloge za svaku od određenih mjera osiguranja na način kako je prethodno opisano.

6. Obaveza pridržavanja principa srazmjernosti/proporcionalnosti povreda

Ono što je veoma bitno učiniti, a što se u praksi znalo propustiti u pojedinim slučajevima, je da se prije predlaganja privremene mjere osiguranja utvrdi iznos imovinske koristi za koju se sumnja da je stečena krivičnim djelom i vrijednosti imovine koja je predmet predložene mjere osiguranja. Ovo posebno ukoliko se mjera predlaže na imovini koja nije direktan produkt izvršenja krivičnog djela, odnosno ukoliko je imovinska korist promijenila svoju formu, npr. iz novčanog iznosa u nekretninu ili vozila. U ovakvim slučajevima neophodno je, prije predlaganja privremene mjere sudu, izvršiti vještačenje, odnosno procjenu vrijednosti, kako imovinske koristi koja je stečena izvršenim krivičnim djelom tako i imovine nad kojom se predlaže primjena mjere osiguranja.

Nužnost postojanja preciznih podataka o imovinskoj koristi čije se oduzimanje osigurava nema za svrhu samo njenu identifikaciju nego i osiguranje neophodnih podataka za ocjenu *srazmjernosti* između određenih privremenih mjera osiguranja i cilja koji se želi njima postići.

Po ovom pitanju Vrhovni sud FBiH je zauzeo stav da je izreka prvostepenog rješenja nerazumljiva zbog toga što: „*Najprije, iz izreke pobijanog rješenja slijedi da u njoj nije navedena visina imovinske koristi koja se osigurava privremenom mjerom*“.¹⁷

Također, Vrhovni sud FBiH u svojoj odluci kojom je uvažio žalbu odbrane navodi: „*Osim toga, a na što je već ranije ukazano, da u pobijanom rješenju nije označena vrijednost za koju je određena privremena mjera, a niti vrijednost imovine na kojoj je mjera određena, pa se ne može zaključiti da li je određena mjera proporcionalna vrijednosti imovinske koristi koja se osigurava donesenom privremenom mjerom osiguranja*“.¹⁸

U još jednoj svojoj odluci Vrhovni sud FBiH naglašava važnost pridržavanja principa srazmjernosti u kojoj navodi: „*U pogledu zaključka o postojanju osnovane sumnje da je ovaj osumnjičeni učinio krivična djela za koja se protiv njega provodi istraga, nisu po ocjeni ovog Suda, dati razlozi iz kojih proizilazi takav zaključak, niti su dati razlozi na osnovu kojih je taj sud zaključio da vrijednost predmetnih „pokretnih i nepokretnih stvari u odnosu na koje se predlaže donošenje rješenja ne premašuje utvrđenu visinu imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.“ Ovo stoga, što se predmetno rješenje odnosi na konkretnu nekretninu, za koju nije naznačena njena vrijednost, te imajući u vidu činjenicu da je doneseno posebno rješenje u odnosu na pokretninu osumnjičenog, za koju je također nepoznata vrijednost (nije sadržana u pobijanom rješenju), tako da nije moguće utvrditi kolika je ukupna vrijednost imovine koja je predmet mjera osiguranja, u odnosu na ukupnu vrijednost imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. To dalje znači da se u konkretnoj situaciji ne može ispitati u pobijanom rješenju i drugim rješenjima gdje mu je određena mjera osiguranja, da li je prevelik teret stavljen na osumnjičenog i da li je na njegovu štetu povrijeđen princip proporcionalnosti, čime je, i po ocjeni ovog suda, učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz čl. 312. st. 1. tč. k) ZKP FBiH, na koju je osnovano ukazano žalbom branitelja osumnjičenog*“.¹⁹

¹⁷ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

¹⁸ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

¹⁹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 17 Kž 15 od 05.04.2017. godine

7. Obaveza dokazivanja statusa povezanih osoba

Obrazloženje prijedloga za određivanje privremenih mjera osiguranja, kada je riječ o povezanim osobama mora sadržavati obrazloženje dokaza da je imovinska korist pribavljena krivičnim djelom prenesena na njih na način koji im daje status povezanih osoba u skladu sa relevantnom odredbom ZONSIKD-a.

U svojoj odluci, odlučujući po žalbi na prvostepeno rješenje, koja tretira ovo pitanje Vrhovni sud FBiH navodi: „*Da ono ne sadrži nikakve razloge o tome na osnovu čega je naređeno da se blokira sef na ime majke optuženog. Naime, pobijano rješenje ne sadrži razloge da li se majka može smatrati povezanom osobom u skladu sa članom 4. stav 1. tačka d) Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom. To se isto odnosi i na mjere koje su određene u pogledu imovine određenih pravnih osoba*”.²⁰

Također, u još jednoj odluci Vrhovni sud FBiH konstatuje: „*Međutim, prvostepeni sud je u pobijanom rješenju za svoj zaključak da je ... Povezana osoba samo naveo „u smislu čl. 4. ZONSIKD“ dok nije naveo iz kojih to činjenica proizilazi takav zaključak. Pri tome, ovaj sud nalazi da iz takvog obrazloženja nije jasna njegova uloga u ovom krivičnom predmetu, odnosno da li je on podstrekač ili pomagač, ili pak pravni sljedbenik počinioca i saučesnika u krivičnom djelu, kao i da li su na njega prenesene stvari ili prava koja predstavljaju imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a da to prenošenje nije bilo u dobroj vjeri. Obzirom na takvo obrazloženje iz pobijanog rješenja, i po ocjeni ovog suda, prvostepeni sud nije dao razloge o odlučnim činjenicama, da je ... , povezana osoba u smislu navedene zakonske odredbe..“.²¹*

8. Trajanje mjera i rokovi

U pogledu nužnosti preciznog određivanja vremena trajanja privremene mjere osiguranja, važno je istaći da je ZONSIKD navedenu obavezu propisao članom 17. stav 3) ovog Zakona.

U praksi se često dešavalo da se predlaže trajanje mjera zabrane „do okončanja krivičnog postupka“ ili se uopšte ne navede vrijeme trajanja.

²⁰ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

²¹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 021547 17 Kž 7 od 10.10.2017. godine

Vrhovni sud FBiH je ovo okvalificirao kao povredu odredaba krivičnog postupka zbog nerazumljivosti izreke rješenja, sa sljedećim obrazloženjem:

*„Prema izreci pobijanog rješenja proizilazi da će mjere osiguranja prema osumnjičenom trajati do donošenja odluke u predmetu istrage Kantonalnog tužiteljstva .. broj... ukoliko se podnese optužnica, u trajanju od godinu dana nakon podizanja optužnice ili do donošenja druge odluke suda u krivičnom predmetu u odnosu na osumnjičeno lice Š.E., a shodno odredbi člana 21. stav 2. u vezi stava 1. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom. Slijedom toga, proizilazi da je ovakvim određenjem vremena trajanja mjere osiguranja, postupljeno suprotno odredbi člana 17. stav 3. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom, te je takva izreka ujedno nerazumljiva i nejasna, jer se vrijeme trajanja mjere određuje prema budućem neizvjesnom događaju za koji se ne zna da li će, i ako hoće, kada nastupiti“.*²²

ZONSIKD propisuje i rok u kojem je sud dužan odlučiti o prijedlogu, i to sedam (7) radnih dana od dana podnošenja prijedloga tužitelja za određivanje privremenih mjera osiguranja, te određuje da je rješenje o određivanju privremenih mjera potrebno dostaviti organu nadležnom za njegovo izvršenje odmah, a najkasnije prvog narednog radnog dana nakon dana donošenja rješenja.

Izjašnjavajući se o prirodi navedenog roka, Vrhovni sud FBiH je u još jednoj svojoj odluci zauzeo sljedeći stav: *„Okolnosti da je od podnošenja prijedloga za određivanje mjere osiguranja pa do dana odlučivanja o istom proteklo više od sedam radnih dana ne može biti osnov za gubitak mogućnosti prvostupanjskog suda (u ovoj fazi postupka funkcionalno je nadležno izvanraspravno vijeće) da o predmetnom prijedlogu mjerodavno odlučuje. Radi se o instruktivnom roku koji, u osnovi, treba osigurati pravovremeno odlučivanje o prijedlogu kantonalnog tužitelja za određivanje privremene mjere“.*²³

U praksi su u pojedinim slučajevima uočeni problemi zbog ovako postavljenog zakonskog roka za odlučivanje suda o prijedlogu tužilaštva za određivanje privremene mjere.

²² Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 16 Kž 2 od 20.07.2016. godine

²³ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023659 15 Kž od 18.02.2016. godine

Naime, kada je riječ o realizaciji neke iz seta zakonom propisanih privremenih mjera osiguranja imovinske koristi, iz člana 17. ZONSIKD-a, a posebno mjera osiguranja iz člana 17. stav 2. tačka e) ZONSIKD-a,²⁴ u praksi je uočeno da je za realizaciju ove mjere potreban protok relativno dužeg vremenskog perioda, a koji omogućava protivniku osiguranja da onemogući realizaciju mjere, na način da podigne sav raspoloživi novac sa računa prije dostavljanja rješenja Suda na izvršenje.

Ovo iz razloga što je, da bi se navedena mjera realizovala, prvo neophodno pribaviti od banaka informaciju o svim otvorenim računima osumnjičenog ili povezanih osoba, te potom putem naredbe suda zatražiti analitičku karticu prometa po predmetnom računu, sa trenutnim stanjem sredstava.

Nakon toga je, u slučaju da se utvrdi postojanje imovine odnosno iznosa novca na računu na osnovu kojeg bi se mogla realizovati privremena mjera osiguranja, potrebno podnijeti obrazložen prijedlog sudu za određivanje privremene mjere osiguranja iz člana 17. stav 2. tačka e) ZONSIKD-a. Kao što je navedeno, shodno članu 17. stav 4. ZONSIKD-a, rok u kojem je sud dužan odlučiti po prijedlogu je sedam (7) radnih dana a isti je instruktivnog karaktera pa često sud ne donosi odluku ni u ovom roku.

U praksi se dešava da osumnjičeni ili optuženi već u trenutku pribavljanja podataka o stanju na njegovom ili računu povezanih osoba, budu upoznati da tužilaštvo vrši takve provjere (pretpostavlja se od strane nekog od uposlenika banke), te se novac, često uz pomoć sve zastupljenije upotrebe mobilnog bankarstva u svakodnevici, ubrzo podiže sa istog, tako da nakon ishodovanja rješenja suda o određivanju mjere osiguranja - zabrane isplate novčanih sredstava sa računa po nalogu optuženog ili povezanog lica, novac već bude transferisan, odnosno podignut.

Stoga, smatramo da bi bilo poželjno u najavljenim izmjenama i dopunama važećeg ZONSIKD-a uvrstiti odredbu koja omogućava tužiocu da u slučaju hitnosti samostalno, pismenim putem izda naredbu

²⁴ Član 17. stav 2. tačka e) ZONSIKD-a: Osiguranje imovinske koristi iz stava 1. ovog člana može se odrediti: „Nalogom banci ili drugom pravnom licu da osumnjičenoj, optuženoj ili povezanoj osobi uskrati da na osnovu njihovog naloga izvrši isplatu novčanih sredstava sa njihovog računa u vrijednosti za koju je određena privremena mjera“.

banci za realizaciju privremene mjere osiguranja iz člana 17. stav 2. tačka e) ZONSIKD-a, nakon čega bi bio dužan dostaviti obrazložen prijedlog sudu u roku od 48 sati, koji bi u određenom roku (72 sata) odlučio o osnovanosti predložene mjere. Navedeno rješenje bilo bi analogno zakonskom rješenju iz člana 58. stav 1) Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorističkih aktivnosti (Privremena obustava transakcija)²⁵, kao i situaciji propisanoj članom 86. stav 3. ZKP-a FBiH (Naredba banci ili drugom pravnom licu), gdje se radi o pribavljanju podataka, o bankovnim depozitima i drugim finansijskim transakcijama i poslovima osumnjičenog povezanog sa dobivanjem imovinske koristi.²⁶

9. Oduzimanje imovinske koristi kroz sporazum o priznanju krivnje

Trajno oduzimanje imovinske koristi je često jedan od ključnih motiva za zaključenje sporazuma o priznanju krivnje u kojem tužilaštvo, pored usaglašavanja krivičnopravne sankcije sa optuženim, istovremeno obezbjeđuje trajno oduzimanje takve koristi.

Uplata ili osiguranje trajnog oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom od strane optuženog u korist Budžeta Federacije BiH, prije zaključenja sporazuma, neosporno predstavlja olakšavajuću okolnost na strani optuženog prilikom usaglašavanja krivičnopravne sankcije za tužilaštvo a kasnije i za sud, usljed čega je moguće osnovano prihvatiti blažu sankciju u skladu sa okolnostima slučaja i zakonom propisanim okvirima.

²⁵ Član 58. stav 1. Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorističkih aktivnosti („Službeni glasnik BiH“ br. 47/2014 i 67/2016): Ako FOO u toku postupanja iz svoje nadležnosti, uključujući postupanje po zahtjevima organa iz čl. 57., 62. i 66. ovog Zakona, sumnja u pranje novca ili finansiranje terorističkih aktivnosti u vezi s nekom transakcijom, računom ili licem, može izdati pisani nalog za privremenu obustavu transakcije ili transakcija u trajanju od najviše pet radnih dana, a rok trajanja privremene obustave transakcije počinje teći od momenta izdavanja naloga kad obustavu zahtijeva FOO, odnosno od momenta izvještavanja o sumnjivoj transakciji, kada je izvještavanje izvršeno prije transakcije, a potvrđeno od FOO-a. FOO može dati dodatne instrukcije obvezniku u vezi s tom transakcijom, obustavom transakcije, obavljanjem transakcije te komunikacijom s licem ili licima povezanim s transakcijom ili transakcijama.

²⁶ Član 86. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, br. 35/2003, 56/2003 - ispravka, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020): U hitnim slučajevima tužilac može odrediti mjere iz stava 1. ovog člana na osnovu naredbe. O preduzetim mjerama tužilac odmah obavještava sud koji može u roku od 72 časa izdati naredbu. Tužilac će dobijene podatke da zapečati dok ne bude izdata sudska naredba. U slučaju da sud ne izda naredbu, tužilac će podatke vratiti bez prethodnog otvaranja.

Nekoliko je mogućih načina, odnosno modaliteta ovakvog oduzimanja, ovisno od okolnosti konkretnog slučaja, što se prije svega odnosi na to da li je prije zaključenja sporazuma došlo do određivanja privremene mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi ili ne.

U slučajevima kada u krivičnom predmetu nije došlo do osiguranja imovinske koristi kroz određivanje privremene/ih mjera moguće je nekoliko načina oduzimanja, a kao najčešći u praksi se pojavljuju sljedeći modaliteti:

Sporazumom predviđeno oduzimanje imovinske koristi nakon potpisivanja sporazuma, uz izricanje uslovne osude. U ovim slučajevima poželjno je sporazumom urediti obavezu optuženog da u skladu sa članom 63. KZ FBiH,²⁷ u određenom roku izvrši uplatu imovinske koristi u budžet, uz propisan opoziv uvjetne osude u slučaju neizvršenja obaveze u skladu sa članom 66. KZ FBiH.²⁸ Navedene odredbe pružaju efikasan zakonski mehanizam obezbjeđenja naknadnog oduzimanja imovinske koristi, koji se uglavnom primjenjuje kod blažih krivičnih djela sa relativno manjim iznosom stečene imovinske koristi.

Kada je uslov tužilaštva za zaključenje sporazuma o priznanju krivnje sa optuženim prethodna uplata ili obezbjeđenje nesmetanog oduzimanja imovinske koristi, u praksi su se kao najbolji pokazali neki od sljedećih modaliteta:

- a) Uplata iznosa imovinske koristi na odgovarajući račun Budžeta FBiH o kojem se podaci prethodno pribave od Federalnog ministarstva finansija,
- b) Polaganje iznosa imovinske koristi u sudski depozit i
- c) Uplata imovinske koristi na račun Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom, što je model koji se koristi u praksi Kantonalnog tužilaštva Kantona Sarajevo kao kompromisno rješenje.

Na posljednjem modalitetu najčešće insistiraju optuženi ili njegov

²⁷ Član 63. stav 1. KZ FBiH: Sud može u uvjetnoj osudi odrediti ispunjavanje sljedećih obaveza: Da osuđeni vrati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, da nadoknadi štetu koju je prčinio krivičnim djelom, ili da ispuni druge obaveze predviđene krivičnim zakonodavstvom u Federaciji Bosne i Hercegovine.

²⁸ Član 66. stav 1. KZ FBiH: Sud će opozvati uvjetnu osudu i izreći izvršenje izrečene kazne ako osuđeni tokom određenog vremena provjeravanja ne ispuni izrečenu obavezu u slučajevima kad je mogao ispuniti tu obavezu.

branilac, a iz razloga postojanja objektivne neizvjesnosti da li će sud prihvatiti zaključeni sporazum. U slučaju odbijanja sporazuma, optuženi bi, ukoliko je već uplatio imovinsku korist u Budžet FBiH, bio doveden u nepovoljan položaj, odnosno, došlo bi se u situaciju da je imovinska korist faktički već oduzeta, a da nije utvrđena pravosnažna krivnja optuženog i sticanje imovinske koristi krivičnim djelom, čije dokazivanje bi se u tom slučaju nastavilo kroz krivični postupak. Iz ovog razloga uplata na račun Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom često predstavlja prihvatljivo rješenje za obje strane. U konkretnom slučaju, ukoliko Sud prihvati predloženi sporazum, presudom određuje da se vrši oduzimanje imovinske koristi u iznosu koji je stečen krivičnim djelom, na način da se sa računa Federalne agencije izvrši prenos iste na račun Budžeta FBiH. Identična situacija je i sa polaganjem gotovine od strane optuženog u depozit suda.

U slučajevima kada je u predmetu došlo do osiguranja imovinske koristi kroz određivanje privremene/ih mjera od strane suda, moguće je sporazumom regulisati oduzimanje imovine na kojoj su određene privremene mjere osiguranja ili oduzimanje ekvivalentnog novčanog iznosa na jedan od opisanih načina.

U praksi optuženi, ukoliko su im određene mjere osiguranja na nekretninama ili vozilima, najčešće preferiraju uplatu ekvivalentnog novčanog iznosa, jer im je osigurana imovina potrebna radi daljeg poslovanja i svakodnevnog korištenja, ili mogu biti nezadovoljni procijenjenom vrijednosti osigurane imovine od strane Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom.

Specifična situacija na koju treba posebno obratiti pažnju postoji kada je privremena mjera osiguranja određena na imovini u vlasništvu povezanih ili trećih osoba.

Već je pojašnjeno ko su povezane osobe shodno ZONSIKD-u, te treba istaći da je treća osoba ona koja tvrdi da u pogledu imovine koja je predmet postupanja po ovom zakonu, ima pravo da spriječava njegovu primjenu i traži da se osiguranje ili izvršenje proglasi nedopuštenim.²⁹

Kod ovakvih situacija prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivnje neophodno je osigurati učešće i saglasnost povezanih i/ili trećih osoba za trajno oduzimanje imovinske koristi, koji su dakle vlasnici

²⁹ Član 4. stav 1. tačka e) ZONSIKD-a

imovine ili prava čije oduzimanje je predviđeno sporazumom, ili tvrde da imaju određena zakonska prava na toj imovini.

Na navedenu obavezu ukazuju odredbe ZONSIKD-a o pravu na žalbu ovih osoba, kako u postupku određivanja privremenih mjera osiguranja na rješenja suda³⁰ tako i na presude kojima se vrši trajno oduzimanje imovinske koristi³¹, te odredba koja reguliše zaštitu prava treće osobe i propisuje mogućnost podnošenja prigovora do donošenja rješenja o izvršenju i traženja da se privremena mjera ukine.³² Shodno navedenom jasno je da optuženi ne može samostalno, priznanjem krivnje kroz sporazum disponirati sudbinom imovine koja je privremeno osigurana ukoliko se radi o imovini povezanih ili trećih osoba, jer ove osobe imaju pravo tokom krivičnog postupka osporavanja okolnosti da se nalaze u statusu povezanih osoba sa osumnjičenim/optuženim a u odnosu na osiguranu imovinu, odnosno da se radi o imovini na koju imaju legitimno i na zakonu zasnovano pravo, koje spriječava oduzimanje te imovine.

Bitno je naglasiti da postoje i određeni rizici kod zaključenja sporazuma o priznanju krivnje kojim je predviđeno naknadno oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom.

S tim u vezi, potrebno je posebno voditi računa u slučajevima kada je sporazumom predviđena kazna zatvora, koja je često niža od zakonom propisane za izvršeno krivično djelo i kao takva veoma prihvatljiva optuženom, a istovremeno je sporazumom predviđeno da će optuženi naknadno, u određenom roku, obezbijediti imovinu za nesmetano oduzimanje u nadležnom postupku, odnosno izvršiti uplatu stečene imovinske koristi na račun Budžeta FBiH. U takvim situacijama postoji objektivna opasnost da optuženi neće, iz određenih razloga subjektivne ili objektivne prirode, izvršiti ovu obavezu, mada je upravo zbog toga i dobio blažu kaznu. Tada izostaju efikasni mehanizmi osiguranja oduzimanja imovinske koristi, jer se dakle ne radi o uslovnoj osudi u kojoj je moguć opoziv zbog neispunjenja obaveze.

Zato se sugerije da se naknadno izvršenje obaveze optuženog da obezbijedi oduzimanje ili isplatu stečene imovinske koristi, treba

³⁰ Član 17. stav 6. ZONSIKD-a

³¹ Član 10. stav 6. ZONSIKD-a

³² Član 23. ZONSIKD-a

primjenjivati samo u slučajevima kada je usaglašena uslovna osuda, odnosno, kod izvršenja relativno blažih krivičnih djela, sa manjim iznosima stečene imovinske koristi, dok se kod većih iznosa stečene imovinske koristi treba insistirati na obezbjeđenju iste putem privremenih mjera osiguranja tokom trajanja krivičnog postupka ili u izostanku istih, uz obavezu uplate imovinske koristi prije zaključenja sporazuma na jedan od opisanih načina.

10. Zaključci

1. U cilju efikasnog i uspješnog trajnog oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom, neophodno je da tužilac u najranijoj fazi krivičnog postupka, čim se za to stvore zakonske pretpostavke, poduzme radnje u pravcu predlaganja privremenih mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi.
2. Prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivnje sa osumnjičenim/optuženim za krivično djelo kojim je stečena imovinska korist, a kada nisu realizovane mjere osiguranja imovinske koristi, potrebno je u pravilu insistirati na prethodnom obezbjeđenju oduzimanja takve koristi od strane optuženog uz učešće Federalne agencije za upravljanje oduzetom imovinom ili uplatom novčanog iznosa ekvivalentnog imovinskoj koristi u budžet FBiH ili depozit suda. Obezbeđenje oduzimanja imovinske koristi nakon zaključivanja sporazuma primjenjivati samo uz uslovnu osudu sa regulisanim opozivom iste u slučaju neizvršenja obaveze i kod blažih krivičnih djela sa manjim iznosima stečene imovinske koristi.
3. U najavljenim izmjenama i dopunama ZONSIKD-a, a zbog uočenih propusta i dilema u praksi, potrebno je razmotriti uvrštavanje odredbi kojima će se propisati:
 - a) Nužan sadržaj prijedloga za određivanje privremenih mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi i sadržaj rješenja suda o njihovom određivanju,
 - b) Da u slučajevima hitnosti tužilac može samostalno izdati pismenu naredbu banci za realizaciju privremene mjere osiguranja iz člana 17. stav 2. tačka e) ZONSIKD-a, nakon čega je dužan dostaviti obrazložen prijedlog sudu u roku od 48 sati, koji će u propisanom roku odlučiti o osnovanosti predložene mjere.

Literatura:

- Stavovi iz odluka Vrhovnog suda FBiH u odnosu na neka od krivičnih djela Liste koruptivnih krivičnih djela VSTV-KZ FBiH. *Priručnik Federalnog tužilaštva FBiH* (2019). Sarajevo: Federalno tužilaštvo FBiH.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
- Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH”, br. 71/2014)
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, br. 35/2003, 56/2003 - ispravka, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020).
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine FBiH”, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).
- Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorističkih aktivnosti Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 47/2014 i 67/2016).
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023659 15 Kž od 18.02.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026508 18 Kž 29 od 21.03.2018. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 037021 21 Kž od 04.10.2021. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine

- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 17 Kž 15 od 05.04.2017. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023702 16 Kž 9 od 13.07.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 021547 17 Kž 7 od 10.10.2017. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 16 Kž 2 od 20.07.2016. godine
- Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023659 15 Kž od 18.02.2016. godine

Ivan Macura

Kantonalni tužilac

Kantonalno tužilaštvo Unsko-sanskog kantona

ivan.macura@pravosudje.ba

PORESKA UTAJA U PRAVU FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: *Autor analizira poreska krivična djela, posebno poresku utaju u Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine¹ koje predstavlja izuzetno društveno opasno ponašanje pojedinaca (rezidenata i nerezidenata), grupa i pravnih lica (preduzeća, ustanova ili drugih organizacija) koji izbjegavaju obezbjeđenje javnih prihoda i ugrožavaju finansijski interes države i zadovoljavanje javnih potreba (plate zaposlenim u državnoj službi, materijalni troškovi za funkcionisanje državnih organa, organizacija i ustanova, socijalni transferi, penzije, troškovi zdravstvene zaštite i dr.). Funkcionisanje države je nemoguće zamisliti bez poreza i doprinosa koji su najznačajniji javni prihodi koje država štiti širokom lepezom različitih sredstava, načina, mjera i postupaka preduzetih od strane različitih organa na svim nivoima i tako se suprotstavlja različitim oblicima i vidovima neplaćanja, prikrivanja, neprijavlivanja i izbjegavanja plaćanja poreza ili doprinosa koji predstavljaju javne dažbine, odnosno, javni prihod. Njihov značaj izrazio je Benjamin Franklin riječima: “U životu su izvjesne samo dvije stvari, smrt i porezi”. U analizi je data definicija sa objašnjenjima elemenata osnovnog i kvalifikovanog oblika djela. Također, u radu se istražuje odnos krivičnog djela poreske utaje kao prediktnog djela krivičnom djelu pranja novca sa sticajem. Porezi su cijena javnih dobara kojima se koristimo gotovo svakodnevno i vrlo često se i ne pitamo kolika je njihova cijena. Javna dobra su npr. javna zdravstvena zaštita, javno obrazovanje naše djece, javna sigurnost na našim ulicama, red u saobraćaju, muzeji, parkovi, čisti zrak i sl. Da bismo u svemu tome uživali moramo plaćati poreze.*

¹ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH“, br. 36/2003).

Ključne riječi: *utaja, porez, doprinos, razjašnjenje, dokazivanje, krivično djelo, sticaj.*

1. Uvod

Kršenjem propisa u oblasti javnih prihoda mogu se prouzrokovati i različite posljedice. Zavisno od vrste povrede, odnosno, prouzrokovane posljedice, u pogledu obima i intenziteta povrede ili ugrožavanja zaštićenih društvenih vrijednosti, zakonima za nivo Federacije BiH i zakonima na nivou Bosne i Hercegovine predviđene su i različite sankcije, s obzirom na to da li se u konkretnom slučaju radi o krivičnom djelu ili prekršaju. Najopasniji i najteži oblici kršenja poreskih zakona kojima se i nanose najteže posljedice, odnosno najveće štete društvenoj zajednici - predstavljaju poreska krivična djela². Osnovu poreskih krivičnih djela, bez obzira na to o kom obliku ili vidu ispoljavanja se radi, u konkretnom slučaju čine različite pojavne manifestacije poreske evazije (*lat.evadere*, bježanje, izbjegavanje), posebno kada se ima u vidu da ova evazija predstavlja ujedno i najznačajniji oblik sive ekonomije ili pak drugih teških krivičnih djela, kao što su pranje novca i krijumčarenje. Najznačajniji su oni oblici sive ekonomije koji se pojavno manifestuju u sferi narušavanja, ugrožavanja ili povređivanja sistema javnih prihoda, fiskalnog (poreskog) sistema. U najširem smislu shvaćena, siva ekonomija predstavlja svaku protivzakonitu privrednu aktivnost usmjerenu na sticanje ekonomske koristi za lice koje je obavlja, a na štetu društvene zajednice i drugih lica koja legalno obavljaju djelatnost.

Ovdje se, upravo, na prvom mjestu javlja poreska evazija, sa različitim oblicima ispoljavanja. Evazija poreza³ ili različiti oblici i vidovi, izbjegavanja utvrđivanja, razreza i naplaćivanja poreza i drugih propisanih dažbina- predstavljaju štetnu, protivpravnu i opasnu djelatnost fizičkih lica kao pojedinaca ili grupa, i pravnih lica kojima se ugrožavaju osnovni fiskalni interesi društva.

Odluka poreskih obaveznika da u potpunosti ili djelimično izbjegnu plaćanje poreza i drugih doprinosa zavisi, u prvom redu, od intenziteta otpora plaćanju poreza. Taj intenzitet otpora zavisi od više elemenata

² D. Klepić, "Finansijska nedisciplina". *Izbor sudske prakse*, broj 12 (Beograd: 1998), str. 5-9.

³ Marija Kriletić, „Porezna, carinska i kaznena djela pranja novca prema novom kaznenom zakonodavstvu“. *Pravo i porezi*, broj 1, (Zagreb: 1998), str. 48-52.

koji se mogu svesti na sljedeće: (1) visina poreskog opterećenja, (2) namjena trošenja sredstava prikupljenih porezom, (3) poreski oblik i (4) mišljenje javnosti da li je porez pravičan.⁴ Tako se razlikuju dva oblika poreske evazije. To su: a) zakonita i b) nezakonita poreska evazija. Najteži oblik nedopuštene poreske evazije je izbjegavanje plaćanja poreza i doprinosa. Drugi oblik nezakonite poreske evazije je krijumčarenje ili kontrabanda razne robe, proizvoda ili usluga preko granica jedne ili više država. Međutim, ovi različiti oblici nezakonite poreske evazije rijetko se kada preduzimaju samostalno, izdvojeno od ostalih protivpravnih aktivnosti njihovih nosilaca. Najčešće je, pak, slučaj da se i ove djelatnosti izvode u jednom nizu kažnjivih ponašanja pri čemu učinilac, jedan ili više njih, konstantno vrše kažnjiva, zabranjena djela (davanje mita, falsifikovanje isprava i sl.), koja su u zakonu određena kao krivična djela ili prekršaji.

Stoga se u teoriji može razlikovati, zavisno od objekta prema kome se preduzima radnja poreske utaje, potpuna ili nepotpuna utaja poreza.⁵ Nezakonita poreska evazija ili utaja poreza i doprinosa ili izbjegavanje plaćanja poreza je kažnjiva.

Ovdje se, dakle, radi o obavljanju ekonomske aktivnosti mimo relevantnih pravnih propisa ili protiv njih. Sivu ekonomiju u literaturi neki autori još nazivaju i kao neoporezovana, neformalna, crna, podzemna ili nezvanična ekonomija. Bez obzira na to koji od navedenih termina koriste pojedini autori, gotovo su svi saglasni da se ovdje radi o aktivnostima sa kojima nešto nije u redu ili nije u redu nešto u vezi sa informacijama o ovim aktivnostima.

Posljednjih godina u finansijskoj literaturi značajan prostor se posvećuje pokušajima da se modeluje ponašanje poreskih obveznika suočenih sa mogućnošću da utaje porez. Odluku o tome da li će, i u kom obimu, pokušati sa nezakonitom evazijom, poreski obveznik donosi vodeći računa o većem broju okolnosti. Posebno je značajan: odnos između očekivane koristi od poreske uštede i troška koji ga čeka ukoliko otkriveni bude kažnjen; stepena njegove averzije prema riziku; vjerovatnoća da će biti otkriven, itd. Dakle, obveznik bi se mogao odlučiti da pribjegne defraudaciji ili kontrabandi samo onda ako je očekivana korist od neplaćenih poreza veća od očekivanih gubitaka u vidu sankcija i “psihičkih troškova” kojima se izlaže.

⁴ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo* (Beograd: 1997), str. 450 i 451.

⁵ Dragana Gnjatović, *Finansije i finansijsko pravo* (Beograd: 1999), str. 139.

2. Utaja poreza i doprinosa

KZ FBiH, u glavi 23, u grupi krivičnih djela iz oblasti poreza, predviđa četiri poreska krivična djela. To su: 1) poresna utaja, 2) lažna poresna isprava, 3) nepravilno izdvajanje sredstava pravnih osoba i 4) podnošenje lažne porezne prijave.

Ovo su osnovna i jedina poreska, fiskalna krivična djela u pravnom sistemu Federacije Bosne i Hercegovine, kojim se izbjegavaju poreske obaveze u većem obimu ili u težim slučajevima – čime su ispunjeni uslovi za postojanje poreskog krivičnog djela.

Pored njih, svi drugi, ali ne manje značajni, različiti slučajevi poreske nediscipline i poreske evazije koja se odnose na indirektno poreze⁶, poseban oblik poreza - akcizu⁷ - carinu - davanja, propisana poreskim zakonima Bosne i Hercegovine su kao krivično djelo poreska utaja ili prevara propisani Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine⁸.

2.1. Pojam, biće i elementi bića krivičnog djela

Među krivičnim djelima iz oblasti poreza, djelima kojim se ugrožava poreski i fiskalni sistem, po svom značaju, prirodi i karakteru izdvaja se kao osnovno poresko krivično djelo poreska utaja predviđeno u članu 273. KZ Federacije Bosne i Hercegovine, čiju odredbu radi preglednosti rada, navodimo u cjelosti:

(1) Ko za sebe ili drugog izbjegne plaćanje davanja propisanih poresnim zakonodavstvom u Federaciji Bosne i Hercegovine ili doprinosa socijalnog osiguranja propisanih u Federaciji, ne dajući zahtjevane podatke ili dajući lažne podatke o svom stečenom oporezivom prihodu ili o drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa takvih obaveza, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 10.000 KM, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Ko učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 50.000 KM, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

⁶ Indirektni porezi odnose se na uvozne i izvozne dažbine kada se isključivo naveđu, akcize, porez na dodatu vrijednost, putarinu i sve druge poreze na državnom nivou zaračunate na robu i usluge. Vidi član 6. Zakona o indirektnim porezima ("Službeni glasnik BiH", br.89/2005, 100/2013).

⁷ Zakon o akcizama u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH", br. 49/2009, 49/2014, 60/2014 i 91/2017).

⁸ Krivični zakon Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 3/2003).

(3) Ko učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 200.000 KM, kaznit će se kaznom zatvora najmanje tri godine.

Kao što se iz zakonske formulacije vidi, ovo krivično djelo ima osnovni i dva teža oblika.

Iz zakonskog opisa krivičnog djela poreske utaje proizilazi da se ovdje radi o djelu *sui generis*. No, u teoriji krivičnog prava ima mišljenja da se ovdje radi o specifičnom obliku krivičnog djela prevare, doduše o djelu prevare gde se prevarnom radnjom oštećuje društvo u cjelini⁹. Ovo krivično djelo je blanketnog karaktera, jer se njegove dispozicije u primjeni moraju upotpuniti odredbama iz zakonskih i drugih propisa iz oblasti poreza i doprinosa Federacije BiH. Naime, ova vrsta dispozicije dopušta da se priroda i sadržina fiskalnih obaveza, u smislu objekta zaštite ovog krivičnog djela, utvrđuje na osnovu vankrivičnih propisa.¹⁰

Objekt krivičnopravne zaštite su obaveze davanja vezano za plaćanje poreza i doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja.¹¹ Pri tome, nije od značaja da li se ove obaveze odnose na fizička ili pravna lica. U poreskom smislu fizička lica se nazivaju rezidenti i nerezidenti. Rezident je lice koje na teritoriji Federacije BiH ima prebivalište ili na teritoriji Federacije BiH neprekidno ili sa prekidima boravi 183 ili više dana u periodu od 12 mjeseci, koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini. Rezidentom se smatra i fizičko lice koje ima stalno mjesto stanovanja i središte životnih interesa u Federaciji BiH, dok je nerezident fizičko lice koje se ne smatra rezidentom. Znači, učinilac krivičnog djela može biti svako lice koje je obveznik poreza i doprinosa. To može biti i zakonski zastupnik ili punomoćnik obveznika poreza i doprinosa, kao i lice koje pod tuđim imenom obavlja neku poslovnu djelatnost koja ga obavezuje na plaćanje poreza i doprinosa.¹² Pošto u okviru fiskalnog sistema Federacije BiH i Bosne i Hercegovine ima više vrsta poreza, pod ovim se pojmom, u svakom slučaju, podrazumijeva dio dohotka ili imovine koji društvena zajednica oduzima od fizičkih ili pravnih lica (preduzeća, ustanova i drugih organizacija), odnosno,

⁹ Zoran Stojanović, Obrad Perić, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 2000), str. 244.

¹⁰ Ljubiša Jovanović, Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 2006), str. 256-258.

¹¹ Miloš Babić, *em al. Komentari krivičnih zakona Bosne i Hercegovine* (Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope, 2005), str 690.

¹² Zvonimir Tomić, *Krivično pravo I* (Sarajevo: 2007), str. 225.

preduzetnika za pokriće svojih rashoda ne dajući, pri tome, poreskom obvezniku neku neposrednu protivčinidbu ili protivdavanje.¹³ Država, zapravo, porez u smislu dijela dohotka ili dijela imovine uzima od svojih građana na osnovu vlasti, ne vršeći neku neposrednu protivčinidbu. Porez je, prema tome, višestruko značajna kategorija jer se pomoću njega kao instrumenta ostvaruju dalji ili viši ciljevi u ime i za potrebe cijele društvene zajednice i predstavlja izrazito efikasan mehanizam socijalne politike.¹⁴

Slična je funkcija i uloga doprinosa koje predstavljaju javni prihod u sistemu Federacije BiH. Doprinosi su vrsta davanja koja se na osnovu zakona ili drugih propisa, plaćaju iz ličnih dohodaka radi zadovoljavanja zajedničkih potreba u raznim oblastima društvenih djelatnosti¹⁵, međutim, kako je već navedeno, objekt krivičnopravne zaštite su obaveze, davanja vezano za plaćanje samodoprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja.

2.2. Osnovni oblik krivičnog djela

Iz zakonskog opisa krivičnog djela poreske utaje proizilazi da radnja krivičnog djela, najšire gledano, predstavlja prevarnu djelatnost, a sastoji se u izbjegavanju plaćanja poreza ili doprinosa socijalnog osiguranja. Osnovni oblik ovog krivičnog djela se, zavisno od preduzete radnje izvršenja, može pojaviti u davanju netačnih ili nepotpunih podataka o dohotku, predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa poreske obaveze ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja, zatim u neprijavlivanju prihoda, predmeta ili drugih činjenica koje su od uticaja na utvrđivanje poreske obaveze ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja.

S obzirom na to da se ovdje radi o specifičnom obliku krivičnog djela prevare¹⁶, radnja ovog krivičnog djela može se manifestovati alternativno na dva načina: 1) kao aktivna, pozitivna djelatnost (činjenje) - *delictacommissiva* i 2) kao pasivna, negativna djelatnost (nečinjenje, propuštanje dužnosti načinjene) *delicta omissiva*. Pri tome

¹³ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo* (Beograd: 1997), str. 450-451.

¹⁴ R. Sučević, „Uloga poreza i drugih davanja”. *Pravo i porezi*, broj 3 (Zagreb: 1997), str. 52-55.

¹⁵ Ljubiša Lazarević, Branko Vučković, Vesna Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore* (Cetinje: 2004), str. 660.

¹⁶ Dragan Jovašević, *Leksikon krivičnog prava* (Beograd: 2011), str. 689.

se davanje netačnih ili nepotpunih podataka o dohotku, predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa poreske obaveze ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja, smatra za aktivnu radnju izvršenja ovog krivičnog djela, a neprijavlivanje prihoda, predmeta ili drugih činjenica koje su od uticaja na utvrđivanje poreske obaveze ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja, kao pasivna djelatnost učinioca djela nečinjenjem.

Radnja prikrivanja ovog djela se može preduzeti i činjenjem i nečinjenjem.¹⁷

a) Davanje lažnih podataka o zakonito stečenom dohotku, postoji u slučaju kada se činjenice u vezi zakonito stečenih prihoda, predmeta ili druge činjenice neistinito, netačno prikazuju u odnosu na stvarno, objektivno postojeće stanje, pri čemu je bitno da se radi o podacima o приходima ili predmetima koji su zakonito stečeni.¹⁸ Kod ovog oblika krivičnog djela učinilac, istina formalno, postupa po određenoj zakonom predviđenoj poreskoj obavezi da prijavi činjenice koje su značajne za utvrđivanje visine ovakve obaveze, ali ovu svoju obavezu ne ispunjava i u materijalnom smislu, jer činjenice ne prikazuje u pravom, stvarnom, istinitom stanju.¹⁹ Prema tome, u poreskoj prijavi ovi se prihodi prikazuju u manjim iznosima od stvarnih, odnosno, predmeti se prikazuju u manjoj vrijednosti ili manjem obimu i to za period koji podliježe oporezivanju ili se, pak, prikazuju veći rashodi od stvarnih ili se netačno, neistinito, prikazuju druge činjenice i podaci koji su od značaja za utvrđivanje visine zakonom propisane obaveze poreza ili doprinosa (druge činjenice i podaci mogu da se odnose na neprijavlivanje tačnog broja zaposlenih lica ili visine isplaćene plate zaposlenih, vremena ili mjesta nastanka takve obaveze i sl.).²⁰ Načini ovakvog lažnog prikazivanja odlučnih činjenica mogu biti u realnom životu veoma različiti.²¹ Tako se mogu umanjivati ostvareni prihodi u cjelini ili samo određeni prihodi ili samo prihodi iz određenih izvora ili samo oni prihodi ostvareni u određenom vremenskom periodu ili u

¹⁷ Dragan Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom* (Beograd: 2003), str. 556.

¹⁸ Miloš D. Živković, "Krivično djelo poreske utaje". *Pravna misao*, broj 9-10, (Sarajevo: 1981), str. 49-63.

¹⁹ Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 2010), str. 278-281.

²⁰ M. Jerković, „Kaznena odgovornost za povrede poreskih propisa“. *Poreski vjesnik*, broj 5, (Zagreb: 2000), str. 5.

²¹ Gordana Mršić, „Kaznena djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja – poseban osvrt na kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja“. *Hrvatska pravna revija*, broj 10 (Zagreb: 2006), str. 88-96.

određenom mjestu i slično, a sve sa ciljem da se time ishodi ili potpuno oslobađanje plaćanja poreza i doprinosa ili da se ishodi razrez poreza u manjoj visini od one koja bi prema prihodu sljedovala. Bitno je da se ovo davanje lažnih podataka, u smislu radnje izvršenja krivičnog djela poreske utaje, odnosi na važne, odlučne činjenice koje su od uticaja za utvrđivanje visine poreza i doprinosa. Davanje lažnih podataka o činjenicama koje nemaju uticaj na utvrđivanje poreske obaveze ili njene visine, odnosno, na utvrđivanje obaveza doprinosa ili njihove visine, ne predstavlja radnju izvršenja ovog krivičnog djela.²² Za postojanje djela je potpuno irelevantno i na koji način i u kom obliku se poreska prijava (sa ovako prikazanim i prezentiranim podacima i činjenicama) podnosi nadležnom poreskom organu. Ta prijava može biti usmena ili u pisanoj formi (što je češći slučaj) ili se, pak, može raditi o predočavanju, podnošenju na uvid poreskim organima poslovnih knjiga i druge dokumentacije vezane za poslovanje sa lažnim, prepravljenim, krivotvorenim podacima, čak i kada se ove knjige ili dokumentacija podnose na zahtjev poreskog organa ili samoinicijativno od strane poreskog obveznika.²³ Djelo poreske utaje će u ovom obliku postojati i u slučaju kada se lažni podaci (na zahtjev nadležnog poreskog organa ili, pak, na inicijativu samog učinioca djela) daju naknadno kao dopuna ranije podnijete poreske prijave ili u postupku kontrole prihoda (redovne ili vanredne, odnosno inspeksijske kontrole) ili čak i ako su ti lažni podaci i činjenice prezentirani kao dopuna uz prateću dokumentaciju koja se podnosi uz poresku prijavu.²⁴ Utaja poreza i doprinosa se može izvršiti samo davanjem lažnih podataka u pogledu zakonito stečenih prihoda i predmeta.²⁵ To znači da lice koje ne podnese prijavu o prihodima koji potiču od vršenja krivičnih djela, privrednih prestupa, prekršaja ili druge nezakonite, protivpravne djelatnosti (npr. obavljanja samostalne djelatnosti od strane lica koje nema odobrenje od strane nadležnog organa, rad na „crno“, djelatnosti u oblasti sive ekonomije), ne čine ovo krivično djelo.²⁶ Neprijavljivanje prihoda stečenih na nelegalan, protivzakonit način ne uzima se kao osnov

²² Ilija Simić, Milić Petrović, *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primjena* (Beograd: 2002), str. 154-156.

²³ Vidi Sanja Madžarević Šujster, „Procjena poreske utaje u Hrvatskoj“. *Finansijska teorija i praksa*, broj 1 (Zagreb: 2002), str. 117-144.

²⁴ Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije* (Beograd: 1995), str. 553.

²⁵ Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 2002), str. 212.

²⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 44/98.

za postojanje krivičnog djela poreske utaje²⁷, jer je opšteusvojeno shvatanje sudske prakse da bi takva lica u ovakvoj situaciji morala sebe da prijave kao izvršioca nekog od navedenih krivičnih djela, a što sam zakon ne traži (čak, šta više, učinilac krivičnog djela ima pravo da prikriva ili na drugi način izbjegava utvrđivanje svoje odgovornosti za izvršeno krivično djelo što je obuhvaćeno njegovim pravom na odbranu).²⁸ Prema ovim shvatanjima, građanin koji je otkriven u vršenju krivičnih djela ili prekršaja, odnosno, u neovlaštenom vršenju neke privredne djelatnosti, pa od strane nadležnog organa bude pozvan da podnese prijavu o приходима koje je ostvario iz takve djelatnosti, ne čini krivično djelo utaje poreza i doprinosa ako se na poziv ovog organa ne odazove ili ne podnese poresku prijavu ili u podnijetoj poreskoj prijavi navede neistinite podatke, jer bi u ovim slučajevima obaveza na podnošenje poreske prijave, u stvari, predstavljala dužnost učinioca na samooptuživanje, za učinjeno krivično djelo i prekršaj.²⁹

b) Drugi vid ispoljavanja radnje izvršenja ovog krivičnog djela postoji kada učinilac uopšte ne podnosi poresku prijavu o zakonito stečenim приходима i predmetima, odnosno, činjenicama koje su od uticaja za utvrđivanje poreza ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja. Ovo djelo postoji u slučaju kada lice koje ima zakoniti prihod ili zakonito stekne predmet koji podliježe oporezivanju, ne podnese poresku prijavu u slučaju obavezne prijave ili u podnijetu prijavu ne unese neki od izvora prihoda koji ulazi u osnov za oporezivanje ili njegovu visinu ili ne unosi druge činjenice koje su od značaja za utvrđivanje obaveza prema društvenoj zajednici.³⁰ Iz navedenog se vidi da se radi o blanketnoj odredbi što znači da je u konkretnoj primjeni nužno upotpuniti njegovu dispoziciju odgovarajućim propisima Federacije BiH iz oblasti poreskog zakonodavstva. To znači da krivično djelo poreske utaje u ovom obliku postoji samo u slučaju kada zakon predviđa obavezu prijavljivanja određenih prihoda ili drugih činjenica u određenom roku, pa propuštanjem ove zakonske obaveze se zapravo ostvaruje i radnja izvršenja.³¹

²⁷ Zoran Stojanović i Obrad Perić, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 2000), str. 246.

²⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Kž. I 1384/73 i presuda Vrhovnog suda Srbije br. Kž. I 196/83.

²⁹ Miloš D. Živković, "Krivično djelo poreske utaje". *Pravna misao*, broj 9-10, (Sarajevo: 1981), str. 49-63.

³⁰ Marija Kriletić, „Novosti u Kaznenom zakoniku u vezi sa pranjem novca, utajom poreza i dr.“. *Računovodstvo, revizija i financije*, broj 6, (Zagreb: 1996), str. 68-70.

³¹ Miloš Radovanović i Miroslav Đorđević, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd: 1975), str. 251.

Prema vrsti preduzete djelatnosti, ovo se djelo može izvršiti na dva načina. Prvi je propuštanjem da se blagovremeno (u propisanom roku) podnese poreska prijava o zakonito stečenim prihodima, predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje visine poreske obaveze i doprinosa od strane lica koje je po zakonu ili drugom podzakonskom propisu obavezno da to učini, a drugi je propuštanjem da se u blagovremeno podnijetu poresku prijavu unese neki od izvora prihoda ili njegova visina, a koji podliježu oporezivanju. Dakle, kod ovog drugog vida ispoljavanja posmatranog krivičnog djela, učinilac je lice koje uopšte ne podnosi poresku prijavu iako postoji takva obaveza ili pak u podnijetu prijavu ne unosi podatke o činjenicama koje se odnose na određeni osnov za oporezivanje ili utvrđivanje doprinosa (npr. u podnijetoj poreskoj prijavi se ne navedu svi izvori prihoda, ili se ne navede određeno vrijeme ostvarivanja tih prihoda, ili se ne navede visina svih ostvarenih pojedinačnih prihoda, već se neki od njih izostavljaju ili umanjuju po iznosu).³² Ovaj oblik krivičnog djela neće postojati ako učinilac nije prijavio neku činjenicu koja nema uticaja na utvrđivanje poreza ili drugih propisanih javnih davanja ili ako je prilikom podnošenja ovakve prijave dao lažne podatke koji, međutim, ne mogu uopšte da utiču na smanjenje ili povećanje njegovih obaveza.³³ Pri tome, također nezakonito stečeni prihodi ne mogu biti predmet ovakvog prijavljivanja, jer niko nije dužan da prijavi svoje nezakonito poslovanje.³⁴ Za razliku od prethodnog vida krivičnog djela koje se vrši aktivnom djelatnošću, činjenjem, ovdje se radnja vrši upravo propuštanjem dužnosti činjenja koja je utvrđena zakonom ili drugim propisima, dakle negativnom, pasivnom djelatnošću.³⁵

I konačno, za sve navedene radnje izvršenja ispoljene činjenjem ili nečinjenjem, za postojanje osnovnog oblika krivičnog djela poreske utaje potrebno je da visina ovako izbjegnute obaveze pređe zakonom propisani iznos od 10.000 KM. Dakle, između ovako izbjegnute obaveze u utvrđenom iznosu ili više od toga i preduzete radnje izvršenja ovog djela - mora postojati uzročno-posljedična veza. To, dalje, znači da visina ovako izbjegnute obaveze plaćanja predstavlja objektivni

³² Gordana Mršić, „Kaznena djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja - poseban osvrt na kazneno djelo utaje poreza i drugih davanja“. *Hrvatska pravna revija*, broj 10 (Zagreb: 2006), str. 88-96.

³³ Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo, Posebni dio* (Beograd:1993), str. 230.

³⁴ Ljubiša Lazarević, Branko Vučković, Vesna Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore* (Cetinje:2004), str. 661.

³⁵ Dragan Jovašević, Tarik Hašimbegović, *Sistem poreskih delikata* (Beograd: 2004), str. 45-69.

uslov inkriminacije, odnosno, zakonodavni motiv kažnjavanja. S druge strane, sam iznos utajenog poreza ili doprinosa može da bude od značaja ne samo za sudsku individualizaciju kazne (prilikom odmjeravanja vrste i mjere kazne), već i za samu kvalifikaciju djela. Naime, potrebno je da navedeni iznos utajenog poreza ili drugog doprinosa predstavlja iznos u jednoj kalendarskoj (pa i poslovnoj, odnosno poreskoj godini), pri čemu nije od značaja koliki je iznos utajenog poreza ili doprinosa po jednom isplatnom dokumentu ili drugom pismenu samom za sebe uzetom.³⁶ Stoga će ovo krivično djelo postojati ako je namjera izbjegavanja plaćanja poreza i doprinosa koje predstavljaju javni prihod postojala kod učinioca nezavisno od toga da li je plaćanje tih obaveza izbjegnuto, tako da ukoliko je plaćanje obaveza izbjegnuto, ta okolnost nije odlučujuća za postojanje krivičnog djela. Međutim, okolnost da je plaćanje poreza, doprinosa i drugih propisanih dažbina koje predstavljaju javni prihod izbjegnuto, kao i koliki je iznos izbjegnute obaveze ili manje plaćene obaveze - može da bude od značaja za ocjenu težine posljedice ovog krivičnog djela i u tom smislu, da ima uticaja na odmjeravanje kazne.³⁷ Pri tom je bez značaja koja se od navedenih obaveza izbjegava i da li se učinjenim djelom išlo za tim da se izbjegne plaćanje samo jedne ili više obaveza koju su u zakonu ili drugom propisu navedene.³⁸ Djelo je svršeno (kod radnje davanja lažnih podataka o činjenicama ili prikrivanja podataka). Sve do tog momenta postoji pokušaj koji je, s obzirom na visinu propisane kazne za osnovno krivično djelo, kažnjiv. Izvršilac krivičnog djela poreske utaje je svako lice koje daje lažne podatke ili prikriva takve podatke, odnosno, koje propušta da blagovremeno podnese poresku prijavu, a bilo je dužno da to učini. Najčešće se u ovoj ulozi javlja sam poreski obaveznik, ali to mogu biti i druga lica: zakonski zastupnik ili punomoćnik tog lica ili lica koja u njegovo ime i za njegov račun podnose poresku prijavu, vode poslovne knjige i drugu dokumentaciju, izrađuju završne i periodične račune preduzeća ili drugog pravnog lica.³⁹ To može da bude i lice koje samo formalno (pod tuđim imenom) obavlja poslovnu djelatnost koja ga obavezuje na podnošenje poreske prijave i plaćanje odgovarajućih

³⁶ Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije br. Kž. 68/66.

³⁷ Marija Kriletić, „Novosti u Kaznenom zakoniku u vezi sa pranjem novca, utajom poreza i dr.“ *Računovodstvo, revizija i financije*, broj 6 (Zagreb: 1996), str. 68-70.

³⁸ B. Jelčić, B. Đerek, Z. Šeparović, *Kaznena odgovornost za povrede poreskih propisa*. (Zagreb: 1984), str. 84

³⁹ Miroslav Đ. Đorđević, *Krivično pravo* (Beograd:2010), str. 231.

doprinosa društvenoj zajednici.⁴⁰ U pogledu krivice, KZ Federacije BiH traži postojanje direktnog umišljaja na strani izvršioca krivičnog djela.⁴¹

Za ovo djelo KZ FBiH je propisao kaznu zatvora od jedne do pet godina. No, pored kazni, učiniocu ovog krivičnog djela se mogu izreći i neke druge krivične sankcije kao što su:⁴²

1) mjera bezbjednosti zabrane vršenja poziva, djelatnosti i dužnosti ili 2) mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta ili 3) imovinskoppravna mjera čijom se primjenom može izreći oduzimanje imovinske koristi koja je pribavljena izvršenjem krivičnog djela, kao posebna krivičnopravna mjera *sui generis*.

2.3. Kvalifikovani oblici

U stavu 2. i 3. predviđeni su teži, kvalifikatorni oblici krivičnog djela poreske utaje određeni s obzirom na visinu iznosa davanja, obaveze čije se plaćanje izbjegava. Teže djelo za koje je ovaj zakonik propisao strožije kažnjavanje - može se javiti u dva vida. Prvi teži oblik ovog krivičnog djela, za koji je zapriječena kazna zatvora od jedne do deset godina, postoji u slučaju ako iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 50.000,00 KM. Predviđen je i drugi, najteži oblik krivičnog djela poreske utaje, a djelo će postojati pod uslovom da iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 200.000,00 KM (koja je obuhvaćena umišljajem učinioca) i tada je zapriječena kazna zatvora najmanje tri godine.

Kvalifikatorna okolnost je visina obaveze čije se plaćanje izbjegava i ona mora biti obuhvaćena krivnjom učinioca u smislu da je njegovim umišljajem obuhvaćena svijest da izbjegava plaćanje većeg iznosa poreza ili doprinosa, s tim da on to upravo i hoće ili na to pristaje, dok je u pogledu samog konkretnog iznosa koji prelazi naznačenu granicu za njegovu odgovornost dovoljan i nehat.

⁴⁰ Zdravko Vukšić, „Poreska utaja“. *Hrvatska pravna revija*, broj 10 (Zagreb: 2003), str. 56-65.

⁴¹ Šime Pavlović, „Kaznena odgovornost za poresku utaju“. *Pravo i porezi*, broj 10 (Zagreb: 2003), str. 13-16.

⁴² Jure Šimović, Tereza Rogić Lugarić, Sonja Cindori, „Utaja poreza u Republici Hrvatskoj i mjere za njeno sprečavanje“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 2 (Zagreb: 2007), str. 591-617.

3. Načini saznanja za krivično djelo

Veliki značaj za rasvjetljenje, razrješenje i dokazivanje poreskih krivičnih djela i krivične odgovornosti njihovih učinilaca ima pravovremeno dolaženje do saznanja o izvršenju pojedinih krivičnih djela, posebno onih kojima je moguće prouzrokovati ili su već prouzrokovane teže i opasnije štetne posljedice. Na taj način, i sama borba protiv poreskih delikata postaje uspješnija i efikasnija. Načini saznanja o indicijama ili osnovama sumnje da je izvršeno neko krivično djelo iz sfere poreskog, fiskalnog sistema mogu biti različiti. Oni, u prvom redu, zavise i od konkretnog oblika i vida ispoljavanja poreskog krivičnog djela, načina preduzimanja radnje izvršenja, oblika djelatnosti i privrednog života u kojoj se ova radnja preduzima, a koja predstavlja osnov za utvrđivanje određenih javnih fiskalnih obaveza i fiskalnih davanja, svojstva učinioca, vrste poreza ili doprinosa čije se plaćanje izbjegava i sl. Domaća kriminalistička praksa nam i ovdje pruža obilje dragocjenih podataka. Polazeći od načina rada i poslovanja preduzeća i drugih pravnih lica u kojima se vrši utaja poreza, kao i od raznolikih načina djelovanja i spretnosti učinilaca, može se zaključiti da je otkrivanje ovih krivičnih djela težak i složen zadatak. Javno pogovaranje, sredstva javnog informisanja, kao i anonimne i pseudonimne prijave u praksi postoje kao načini saznanja da je izvršeno krivično djelo poreske utaje. Na osnovu ovakvih indicija organi unutrašnjih poslova, finansijska policija i nadležni inspekcijски organi, primjenom adekvatnih metoda iz svoje nadležnosti, moraju da utvrde u kom iznosu je izbjegnuto porez. Do saznanja da je izvršeno ovo krivično djelo mogu doći i drugi nadležni organi, kao što su finansijska policija, inspekcijски organi, Uprava carina. S tim ciljem treba praktikovati i određene oblike saradnje sa ovim organima, a u pojedinim slučajevima organizovati zajedničke akcije radi efikasnijeg suzbijanja pojave utaje poreza.⁴³

3.1. Razjašnjenje i dokazivanje krivičnog djela

Za pravilno i zakonito razjašnjenje izvršenog poreskog krivičnog djela potrebno je, zavisno od oblika ispoljavanja krivičnog djela, u cijelosti izvršiti analizu prikupljenog i obrađenog dokaznog

⁴³ Vladimir M. Simović, et.al., „Poreska utaja-krivična odgovornost i kažnjivost u pravu Republike Srbije“. *Zbornik radova Univerzitet Vitez* (Vitez: 2010), str. 62.

materijala. Samo onaj krivični događaj koji je meritorno dokazan na bazi ličnih i materijalnih izvora dokaza u postupku pred nadležnim pravosudnim organima - može biti osnova za presuđenje i zakonito okončanje krivičnog postupka.⁴⁴ U cilju pravilnog razjašnjenja i dokazivanja poreskih krivičnih djela, dragocjeno saznanje može pružiti bogato iskustvo doajena kriminalističke metodike, profesora Miće Boškovića koji u ovom cilju daje niz praktičnih uputstava.⁴⁵

U razjašnjavanju i dokazivanju poreske utaje do korisnih podataka dolazi se analizom kupovine i prodaje robe osumnjičenog i njegovih poslovnih veza u tim poslovima. Posebnu pažnju treba obratiti na određenu dokumentaciju i evidenciju koje se nalaze kod nadležnih poreskih i inspeksijskih organa, banaka, poslovnih udruženja i dr. Prikupljene informacije i utvrđene činjenice (uvidom, analizom, poređenjem i vještačenjem određene dokumentacije) predstavljaju osnovu na kojoj se utvrđuju poslovanje i okvirni prihodi osumnjičenog i oni se upoređuju sa podacima iz podnijete poreske prijave.⁴⁶

Radnje dokazivanja i dokazi koje nadležna tužilaštva moraju iznijeti pred sud kako bi dokazali krivično djelo podjeljeni su prema opšteprihvaćenim standardima na objektivne i subjektivne. *Objektivni*: prikupljanje podataka i dokaza (rješenje o registraciji subjekta, zapisnik Poreske uprave o kontroli), pretresanje poslovnih prostorija (zapisnik o pretresanju i fotodokumentacija), privremeno oduzimanje predmeta - knjigovodstvena dokumentacija (potvrde o privremenom oduzimanju predmeta i predmeti npr. završni račun, bilansi stanja, računi, otpremnice, narudžbenice, finansijske kartice obaveznika i dr.), otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokaza (zapisnik), finansijsko vještačenje (nalaz i mišljenje vještaka). *Subjektivni*: saslušanje osumnjičenog, saslušanje svjedoka, uključujući i ovlaštena službena lica koja su sprovodila istragu pod nadzorom tužioca (na okolnosti načina izvršenja djela, i iznosa obaveze čije se plaćanje izbjegava).⁴⁷

⁴⁴ Asim Šaković, „Finansijske istrage i konfiskacija imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini u saglasnosti sa evropskim standardima i zakonskom regulativom“. *Kriminalističke teme*, broj 3-4, (Sarajevo: 2005), strana 97-107.

⁴⁵ Mićo Bošković, *Kriminalistika metodika* (Beograd: 1998)

⁴⁶ Stanko Pihler, „Osnovni činioci privrednog kriminaliteta i nova kriminalna politika“. *Pravna misao* (Sarajevo: 1981), str. 79-87.

⁴⁷ Zoran Bulatović, Džermin Pašić *Praktikum za osl* (Banja Luka: Udruženje tužilaca Republike Srpske, 2013), str. 119.

4. Sticaj krivičnog djela poreske utaje sa pranjem novca

Pojedini instituti materijalnog krivičnog prava kao što su radnja, izvršilac, pomaganje, saučesništvo, pokušaj, umišljaj, nehat u odnosu na krivično djelo poreske utaje ili sa načelom procesnog prava *no bis in idem* su teme koje mogu biti predmet posebnog rada.

Ovdje će se obraditi samo pitanje da li učinilac krivičnog djela poreske utaje može da vrši i krivično djelo pranje novca, u smislu da utaja poreza i doprinosa bude predikatno djelo pranju novca.

Ovo su dva odvojena pitanja. Jednostavno rečeno, sva krivična djela mogu da dođu u obzir kao predikatna krivična djela, ali učinilac predikatnog krivičnog djela ne može biti učinilac i pranja novca. Dakle, nije sporno da poreska utaja može biti predikatno djelo, ali samo onda ako pranje novca dobijenog iz poreske utaje vrši lice koje sa izvršenjem poreske utaje nije imalo nikakve veze. Ukoliko je to lice već izvršilo poresku utaju ili je na bilo koji način učestvovalo u njegovom izvršenju (pomagač, podstrekač), takvo lice ne može da vrši i pranje novca bez obzira na odredbu čl. 272. stav 2 KZ FBiH, jer je ista suprotna odredbi čl. 54. KZ FBiH “sticaj krivičnih djela” kojom je propisano da, ako je učinilac jednom radnjom ili s više radnji učinio više krivičnih djela za koja mu se istovremeno sudi, sud će najprije utvrditi kazne za svako od tih krivičnih djela, pa će za sva krivična djela izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora, jedinstvenu kaznu zatvora ili jedinstvenu novčanu kaznu.

U gotovo svim slučajevima, učinilac krivičnog djela poreske utaje je taj koji raspolaže sa takvom stečenom koristi, tako da će se uvijek raditi o tome, da on sam vrši pranje novca, a što je nemoguće iz već navedenih razloga. Ne treba insistirati na nečemu što će dati nikakve ili prilično sumnjive rezultate, kad na raspolaganju imamo rešenja u odredbama Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom FBiH.⁴⁸

U prilog navedenom osvrnut ćemo se i na *Krivični zakonik SR Njemačke* iz razloga što je naše krivično (materijalno) pravo u suštini nastalo po ugledu na ovu granu prava u Njemačkoj.⁴⁹ (Strafgesetzbuch der

⁴⁸ Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, br. 71/2014)

⁴⁹ Prvi Krivični zakonik Srbije iz 1860. godine, nastao je po uzoru na Pruski Krivični zakon iz 1851. godine.

Bundesrepublik Deutschland) koji u čl. 261. pod nazivom Pranje novca⁵⁰, uređuje uslove za postojanje ovog krivičnog djela. Međutim, ono što je posebno bitno, to je stav 9. tačka 2. ovog člana, u kojem je predviđen lični osnov isključenja kažnjivosti (*persönlicher* Strafausschließungsgründ), a odnosi se na isključenje odgovornosti za krivično djelo pranje novca ukoliko je u pitanju učinilac koji je učestvovao u poreskom krivičnom djelu⁵¹. U navedenom predmetu Savezni sud nije prihvatio navode iz revizije koju je podnijelo državno tužilaštvo i potvrdio je prvostepenu presudu. Naime, državno tužilaštvo podnijelo je reviziju zbog povrede materijalnog prava, a u pitanju je bio postupak koji se vodio protiv 22 okrivljena koji su osuđeni zbog poreskog krivičnog djela⁵², pri čemu su neki od okrivljenih imali status pomagača u poreskom djelu. Tako Savezni sud Njemačke navodi – “odnosno s obzirom da su optuženi učestvovali u predikatnom krivičnom djelu kao izvršioци ili saučesnici, shodno čl. 261. st. 9. tač. 2. KZ (Njemačke), isključena je odgovornost za pranje novca.” Tačno je da za dovršenje poreske utaje nije potrebno da je izbjegnuta poreska obaveza tako da učinilac utajom ne mora ni da stekne imovinsku korist, ali tada ni ne možemo govoriti o kasnijem pranju novca, jer učinilac nije ni došao do imovine koja bi poticala iz krivičnog djela.

Nema porezne utaje i pranja novca u sticaju, jer se lice već kažnjava za krivično djelo utaje poreza i doprinosa time što nije platilo porez, a ukoliko bismo kažnjavali i kroz pranje novca – zbog toga što drži, raspolaže ili koristi imovinu koja potiče od krivičnog djela, značilo bi da svaki onaj koji izvrši djelo iz čl. 273. KZ FBiH automatski vrši i pranje novca iz čl. 272. KZ FBiH. Ovo se objašnjava *prividnim idealnim sticajem i to po osnovu konsumpcije*. Ipak, kako se ovaj oblik prividnog idealnog sticaja graniči i sa prividnim realnim sticajem, kao naknadno nekažnjivo djelo (pranje novca), nije pogrešno svrstati ga i u tu kategoriju.

Naime, konsumpcija postoji zato što je u ovom slučaju pranje novca tipično prateće djelo (ukoliko ga definišemo kao prividni idealni sticaj), jer nije moguće izvršiti utaju poreza i doprinosa, a da se ne izvrši i pranje novca kroz radnju držanja imovine sa znanjem da potiče od krivičnog djela. *Konsumpcija doduše može da predstavlja i prividni realni sticaj*, u ovom slučaju kao naknadno nekažnjivo djelo, jer to naknadno „pranje

⁵⁰ Dostupno na: http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_261.html.

⁵¹ Dostupno na: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/=1>.

⁵² Dostupno na: http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html

novca“ držanjem takve imovine znači samo realizaciju prethodnog krivičnog djela, poreske utaje.⁵³

5. Zaključak

Kako je to navedeno u ovom radu, moglo bi se zaključiti da se krivičnopravna zaštita ugrožavanje savremenog privrednog poslovanja, pored klasičnih privrednih krivičnih djela, može ostvariti i fiskalnim krivičnim djelom, poreskom utajom. To je najznačajnije poresko krivično djelo propisano u KZ FBiH iako ima više djela ove vrste u zakonima o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Svi ti različiti oblici poreske evazije ugrožavaju i fiskalni, budžetski sistem, sistem javnih prihoda i rashoda države koji upravo treba da obezbijedi efikasno funkcionisanje svih privrednih subjekata i drugih društvenih službi (kroz zadovoljavanje opštih i zajedničkih potreba). Međutim, pored poreske utaje kao najtežeg krivičnog djela ove vrste, postoje i druge vrste poreskih delikata koji se odnose na posebne vrste poreza, akcize i poreza na dodatnu vrijedost za koje je u KZ BiH propisano krivično djelo poreska utaja i prevara i za čije gonjenje je nadležno Tužilaštvo i Sud BiH, te prekršaji, kojima se u manjoj mjeri ugrožava zakoniti obračun i naplata poreza, doprinosa i drugih zakonom propisanih dažbina koje predstavljaju javni prihod.

Uprkos značajnim izmjenama koje su već učinjene u krivičnom zakonodavstvu, Preporuke Vijeća Evrope, konvencijsko pravo i drugi međunarodni dokumenti zahtijevaju stalno usklađivanje krivičnopravnog uređenja i kad je u pitanju krivično djelo poreske utaje, a iz podataka i analiza u ovom radu, promjene bi mogle ići u preciziranju samog naziva djela u naziv utaja poreza i doprinosa, koje bi obuhvatilo i sva druga djela iz oblasti poreza. Efikasnost plaćanja poreza i doprinosa pored propisanih kazni može se obezbijediti postojećim pravnim okvirom o finansijskim istragama, upravnim mjerama, saradnjom organa, a sve integrisanim vođenjem istraga od strane tužioca. U radu se zaključuje da nema poreske utaje i pranja novca u sticaju što zahtijeva promjene i preciziranje odredbi i u krivičnom djelu pranja novca, tako da kroz ključnu riječ “promjena” dolazimo do opštepoznatog paradoksa, da je jedina konstanta i najstabilnije uporište današnjeg društva - njegova stalna promjena.

⁵³ Nikola Vuković, „Zašto je nemoguće da učinilac predikatnog krivičnog dela bude “perač novca”“. *CRIMEN*, VI, broj 1 (Beograd: 2015), str. 81–91.

Literatura

- Babić, M *em al.* (2005). *Komentari krivičnih zakona Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Savjet Vijeća Evrope i Evropska komisija.
- Bošković, M. (1998). *Kriminalistika metodika*. Beograd
- Bulatović Z. i Pašić Dž. (2013). *Praktikum za osl.* Banja Luka: Udruženje tužilaca Republike Srpske.
- Gnjatović, D. (1999). *Finansije i finansijsko pravo*. Beograd.
- Grupa autora (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2010). *Krivično pravo*. Beograd
- Đurđić, V., Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovanović, LJ., Đurđić, V., Jovašević, D. (2006). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovanović, LJ., Jovašević, D. (2002). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Jovašević, D., Hašimbegović, T. (2004), *Sistem poreskih delikata*, Beograd.
- Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*. Beograd.
- Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.
- Lazarević, LJ. (1993). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Lazarević, LJ., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje.
- Popović, D. (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*. Beograd.
- Radovanović, M., Đorđević, M. (1975). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd.
- Simić, I., Petrović, M. (2002). *Krivični zakon Republike Srbije - praktična primjena*. Beograd.
- Stojanović, Z., Perić, O. (1996). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore sa*

objašnjenjima. Beograd.

- Stojanović, Z., Perić, O. (2000). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd
- Jelčić, B., Đerek, B., Šeparović, Z. (1984). *Kaznena odgovornost za povrede poreskih propisa*. Zagreb.
- Đerek, B. (2003). *Kaznena odgovornost za povrede poreskih zakona. Finansijska teorija i praksa*
- Klepić, D. (1998). *Finansijska nedisciplina. Izbor sudske prakse*, (12), 5-9.
- Simović, M., Jovašević, D. Simović, V. (2010). *Poreska utaja - krivična odgovornost i kažnjivost u pravu Republike Srbije. Zbornik radova Vitez*, 62.
- Vuković, N. (2015). *Zašto je nemoguće da učinilac predikatnog krivičnog dela bude "perač novca. CRIMEN*, 85.
- *Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017)*
- *Krivični zakon Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 3/2003, 32/2003 - ispravka 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/21 od 27.7.2021. - Odluka Visokog predstavnika za BiH)*
- *Zakon o akcizama Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 49/2009, 49/2014, 60/2014 i 91/2017)*
- *Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH", br. 71/2014)*

Bojana Marković

Okružna javna tužiteljica
Okružno javno tužilaštvo u Trebinju
bojana.markovic@pravosudje.ba

Željka Tomić Anđušić

Kantonalna tužiteljica
Kantonavno tužilaštvo Kantona Sarajevo
zeljka.tomic-andusic@pravosudje.ba

PROCESUIRANJE PREDMETA RATNIH ZLOČINA

Sažetak: *U periodu od 1992. do 1995. godine na području Bosne i Hercegovine, za vrijeme oružanog sukoba, počinjeni su ratni zločini i prekršena osnovna ljudska prava, a suprotno međunarodnim pravilima ratovanja. Takva kršenja i zločini počinjeni su na štetu civila i ratnih zarobljenika zaštićenih odredbama četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine, kao i njenim Dopunskim protokolima. Navedena postupanja kažnjiva su po odredbama tada važećeg KZ SFRJ, te drugim relevantnim propisima. U cilju dokazivanja počinjenih zločina i procesuiranja njihovih počinitelja, okružni i kantonalni tužioci postupaju u skladu sa odredbama važećih zakona o krivičnom postupku, dok je za dokazivanje predmeta ratnih zločina potrebno dokazati obilježja krivičnog djela po ranije važećem KZ SFRJ. Pored „uobičajenih“ problema u vezi dokazivanja krivičnih djela ratnog zločina, zbog protoka vremena tužioci se u svom radu suočavaju i sa problemima poput kompleksnog postupka optuženja i dugotrajnosti sudskih postupaka, u kojima se i za nekoliko godina ne može doći do pravosnažne sudske odluke. Poteškoće oko rada na predmetima ratnih zločina nisu nerješive i iste se mogu prevazići uz povećano ulaganje truda svih učesnika u krivičnom postupku. Ovo stoga jer je krajnje vrijeme da žrtve ratnih zločina počinjenih na ovom području dobiju barem satisfakciju u vidu sudskog epiloga.*

Ključne riječi: *Ratni zločin, KZ SFRJ, KZ BiH, KZ FBiH, KZ RS, Ženevske konvencije (I-IV) i Dopunski protokol (I-II)*

1. Uvod

Uzimajući u obzir da više od 25 godina od završetka rata u Bosni i Hercegovini, tužilaštva/sudovi u BiH i dalje rade na predmetima ratnih zločina, kroz ovaj rad potrebno je ukazati na nekoliko stvari koje trenutno usporavaju rješavanje ove vrste predmeta, kao i iznijeti prijedloge za poboljšanje i konačno rješavanje svih predmeta ratnih zločina.

Uvažavajući poprilično složeno državno uređenje, kao i nadležnosti za procesuiranje predmeta ratnih zločina, ovom prilikom moguće je govoriti isključivo kroz prizmu zakonskih propisa važećih u entitetima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.

U Federaciji Bosne i Hercegovine na snazi je Krivični zakon FBiH (*u daljem tekstu KZ FBiH*) i Zakon o krivičnom postupku FBiH (*u daljem tekstu ZKP FBiH*), dok su na području entiteta Republike Srpske važeće odredbe Krivičnog zakonika RS (*u daljem tekstu KZ RS*) i Zakona o krivičnom postupku RS (*u daljem tekstu ZKP RS*). Međutim, bez obzira na iznesene zakone, za procesuiranje predmeta ratnih zločina ključna je primjena relevantnih članova ranije važećeg Krivičnog zakona SFRJ ili preuzetog KZ RBiH/KZ RS. U tom zakonu sadržane su krivičnopravne radnje i inkriminacije, koje je potrebno dokazati osumnjičenim/optuženim za ratne zločine počinjene u periodu 1992-1995. godine na području Bosne i Hercegovine.

2. Dokazivanje u predmetima ratnih zločina

Tužiocima koji rade na predmetima ratnih zločina, a koji su po svojoj prirodi iznimno osjetljivi, pored svakodnevnih problema sa žrtvama/oštećenim suočavaju se i sa nizom drugih poteškoća u radu. Tako je usvajanjem Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina, koja je usvojena 2008. godine, naloženo entitetskim, odnosno, kantonalnim i okružnim tužilaštvima slanje na pregled i ocjenu svih predmeta ratnih zločina Tužilaštvu/Sudu BiH, jer je Sud BiH jedini nadležan za donošenje Rješenja o ustupanju krivičnog gonjenja nižim tužilaštvima, dok je Tužilaštvo BiH određeno kao glavno tužilaštvo za procesuiranje počinioca najtežih krivičnih djela ratnog zločina, uključujući i odgovaranje u okviru komandne odgovornosti. Nakon što je završen proces „ocjene“, okružna i kantonalna tužilaštva procesuiraju

preostale predmete ratnih zločina sa poznatim počiniocima i poduzimaju krivičnopravne radnje u cilju rješavanja istih predmeta, koji su im Rješenjem Suda BiH dostavljeni na nadležno postupanje, te predmete u kojima su prijavljeni nepoznati počinioci. Tužiocima, pored rada na rješavanju KT i KTN RZ predmeta, postupaju i u velikom broju KTARZ predmeta koji su formirani najčešće povodom izvršenih ekshumacija pronađenih posmrtnih ostataka žrtava ratnog zločina, kao i naknadnih reekshumacija i konačnih identifikacija, uključujući i proces predaje identifikovanih posmrtnih ostataka članovima porodica ili trajni ukop neidentifikovanih posmrtnih ostataka.

Predmeti ratnih zločina se u Bosni i Hercegovini procesuiraju od strane državnog i nadležnih entitetskih tužilaštava i sudova, uključujući i Tužilaštvo/Sud Brčko Distrikta. Takvi predmeti su podijeljeni po kategorijama „osjetljivosti“ od kojih su predmeti sa oznakom „A“ najosjetljiviji, te je u nerijetkom broju slučajeva njihovo procesuiranje povjereno Tužilaštvu BiH.

Usvajanjem Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina, kantonalna/okružna tužilaštva u BiH, više nisu nadležna za zaprimanje novih krivičnih prijava za ratni zločin, niti po istim mogu formirati predmete, već to isključivo čini Tužilaštvo BiH.

Uzimajući u obzir izazove sa kojima se suočavaju tužiocima zaduženi predmetima ratnih zločina, potrebno je istaći da je u proteklim godinama postignut izniman napredak na polju rješavanja ove vrste krivičnih predmeta. Profesionalnim radom i uložnim naporom tužilaca koji postupaju u RZ predmetima, došlo se do jasno postavljenih pravnih standarda, pa dokazni postupak nije više opterećen dokazivanjem osnovnih činjenica poput postojanja oružanog sukoba između zaraćenih strana, vojnog položaja ili svojstva osumnjičenog/optuženog.

Kako bi što jasnije ukazali na vrstu krivičnih djela ratnog zločina, koja se procesuiraju od strane okružnih i kantonalnih tužilaca na području entiteta Federacija BiH i Republika Srpska, slijedi opis dva krivična djela sa kojima se navedeni tužiocima u praksi najčešće susreću.

3. Ratni zločin protiv civilnog stanovništva

Krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, propisan članom 142. Krivičnog zakona SFRJ, spada u grupu krivičnih djela Glave XVI - krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava koji se zakon primjenjuje kao zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji se primjenjuje pred sudovima u Republici Srpskoj za događaje koji su se desili do dana 30.09.1993.godine, a nakon stupanja na snagu Krivični zakon Republike Srpske - opšti dio od 30.09.1993. godine, primjenjuje se ovaj zakon koji je preuzeo odredbe KZ SFRJ. Ovo krivično djelo je propisano u čl.173. KZ BiH.

3.1. Obilježja krivičnog djela

Ratni zločin protiv civilnog stanovništva može biti izvršen samo za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, kao i u uslovima građanskog rata, tj. kad oružani sukob nema međunarodni karakter.

Način izvršenja ratnog zločina sastoji se u naređivanju izvršenja zabranjenih radnji ili u izvršenju takvih radnji, koje radnje su pobrojane u članu 142. KZ SFRJ. Naređenje, odnosno, izvršenje nekih od alternativno propisanih radnji izvršenja, treba da predstavlja kršenje pravila međunarodnog prava.

Inkriminacije određene u članu 142. KZ SFRJ potvrđuju da je zakonodavac obezbijedio zaštitu i propisao odgovarajuće sankcije za kršenje navedenih pravila, čime je obezbijedio zaštitu svih lica koja uživaju zaštitu po odredbama Ženevske konvencije i njenim protokolima. Navedena zaštita, odnosno, primjena pravila Ženevskih konvencija (I-IV) i Dopunski protokol (I-II) odnosi se na sve oružane sukobe osim na situacije unutrašnjih nemira i zategnutosti, kao što su pobune, izolovani i sporadični akti nasilja i ostali akti slične prirode, jer to nisu oružani sukobi.

Radnje opisane u članu 142. KZ SFRJ usmjerene su protiv osnovnih ljudskih prava i sloboda, elementarnih prava civilnog stanovništva (život, tjelesni integritet, zdravlje, imovina, pravo na pravično i nepristrasno suđenje i dr).

Radnja izvršenja krivičnog djela propisana u članu 142. KZ SFRJ je alternativno propisana, pa je za postojanje krivičnog djela potrebno da je izvršilac učinio jednu od propisanih radnji i ove radnje uglavnom odgovaraju radnjama izvršenja propisanim u članu 173. stav 1. KZ BiH.

Radnjama koje nisu obuhvaćene ovim članom ne može se izvršiti ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Naime, u zakonu inkriminisane radnje moći će se kvalifikovati kao ovo krivično djelo, samo ako se njima povređuju i pravila međunarodnog prava.

Inkriminisane radnje postavljene su u zakonu alternativno, tako da se djelo može izvršiti svakom od tih radnji. Međutim, ako jedno lice izvrši više istovrsnih radnji ili više raznovrsnih radnji inkriminisanih u ovom članu, radit će se samo o jednom krivičnom djelu ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, pošto u ovom slučaju, već iz samog zakonskog opisa krivičnog djela, proizilazi da je u pitanju jedinstveno krivično djelo, bez obzira na broj izvršenih pojedinih radnji. Postoji jedno krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva i u slučaju da je izvršilac pojedine radnje izvršio i na raznim mjestima prema raznim licima, u većim vremenskim razmacima i na različit način.

Način izvršenja ratnog zločina sastoji se u naređivanju izvršenja zabranjenih radnji ili u izvršenju takvih radnji. Izdavanjem naređenja djelo je dovršeno i nije potrebno da je postupljeno po naređenju, to jest i da je naređenje izvršeno. Izvršilac ratnog zločina je lice koje je izdalo naređenje za izvršenje radnji navedenih u zakonu i lice koje je ovo naređenje izvršilo.

Žrtva krivičnog djela je civilno stanovništvo. Krivično pravna zaštita obuhvata sva civilna lica. Pod izrazom civilno stanovništvo, treba podrazumijevati cjelokupno neboraćko stanovništvo, odnosno, sva lica koja su civili, a koja se nalaze u zoni vojnih operacija ili na okupiranoj teritoriji, kao i civili koji su internirani (logori, mjesto za interniranje), ili upućeni na prinudan boravak u smislu člana 41. Ženevske konvencije (IV). Civil je svako lice koje nije pripadnik oružanih snaga, niti ima status borca u smislu člana 43. Dopunskog protokola (I). Prisustvo među civilnim stanovništvom lica koja su pripadnici oružanih snaga ili imaju status borca jedne od strana u sukobu, ne lišava stanovništvo njegovog civilnog karaktera, niti međunarodne pravne zaštite (član 50. Dopunskog protokola I).

U svakom konkretnom slučaju, pored ostalog, mora se imati u vidu da pojedine kategorije civila uživaju posebnu zaštitu. Posebnu zaštitu uživaju žene, djeca i novinari. Žene su posebno zaštićene protiv svakog napada na njihovu čast, a naročito protiv silovanja, prinudne prostitucije i svakog drugog oblika nedoličnog napada. Trudnice i majke sa djecom imaju najveći prioritet kod razmatranja njihovih slučajeva. Prema djeci se mora postupati s posebnom pažnjom i pripada im posebna zaštita, bez obzira na to da li su ili nisu ratni zarobljenici (član 24. i 27. Ženevske konvencije (IV) i član 76. i 77. Dopunskog protokola (I)). Novinari angažovani u opasnim profesionalnim misijama, u području oružanog sukoba, smatraju se civilima zbog čega ulaze u kategoriju zaštićenih lica po međunarodnom pravu, pod uslovom da ne preduzimaju nikakvu aktivnost koja bi naškodila njihovom statusu civila (čl.79. Dopunskog protokola I).

S obzirom na prirodu inkriminiranih radnji, ovo krivično djelo se po pravilu može izvršiti samo sa direktnim umišljajem, ali u nekim slučajevima, biće dovoljan i eventualni umišljaj (kod ubistva ili povrede tjelesnog integriteta, odnosno, zdravlja). Učinilac ne mora biti svjestan da svojim postupcima krši pravila međunarodnog prava. Povreda međunarodnog prava u opisu ovog krivičnog djela, predstavlja objektivni uslov kažnjivosti kojim je posebno određen karakter i okvir protivpravnosti ovog krivičnog djela, u tom smislu što djelo mora biti protivpravno i po međunarodnom pravu. Dakle, svijest izvršioca o bitnim elementima djela, odnosno, njegova intelektualna komponenta ne obuhvata i svijest da izvršenjem neke od alternativnih radnji izvršenja izvršilac zna da krši pravila međunarodnog prava. Kršenje pravila međunarodnog prava kod ovog krivičnog djela predstavlja objektivni uslov inkriminacije, odnosno, objektivni uslov kažnjivosti.

Ako je neka radnja izvršenja preduzeta i posljedica nastupila, a preduzete radnje ne predstavljaju kršenje pravila međunarodnog prava, neće postojati ovo krivično djelo i izvršilac ne može biti oglašen krivim niti mu se može izreći krivično pravna sankcija (objektivni uslov inkriminacije, odnosno, kažnjivosti). Kao primjer moguće je navesti potrebu donošenja negativne tužilačke odluke u vidu naredbe o neprovođenju istrage, jer nisu ispunjena obilježja navedenog krivičnog djela, a kao primjer iz prakse navodi se činjenica da je provjerom navoda iz prijave, utvrđeno da je oštećeni pripadao jednoj od oružanih

snaga u sukobu, kao i da je u vrijeme stradanja učestvovao u borbenim dejstvima.¹

Dakle, izostanak kršenja pravila međunarodnog prava isključuju mogućnost postojanja ovih krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, kod kojih je kršenje pravila međunarodnog prava predviđeno kao dodatni, objektivni uslov inkriminacije. Međutim, u takvom slučaju može se raditi o krivičnim djelima čije se postojanje ne zasniva na objektivnom uslovu inkriminacije (ubistvo, teška tjelesna povreda, silovanje, protivpravno lišenje slobode i drugo).

4. Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika

4.1. Obilježja krivičnog djela

(član 144. KZ SFRJ - čl. 175 KZ BiH)

Ovo krivično djelo može se izvršiti ne samo za vrijeme rata ili oružanog sukoba, već i poslije prestanka ovih stanja, dok se ratni zarobljenici još nalaze pod vlašću zemlje koja ih je zarobila. Naime, sve do repatrijacije, ratni zarobljenici uživaju status zaštićenih lica po međunarodnom pravu.

Da bi se radilo o ovom krivičnom djelu, radnje izvršenja trebaju imati karakter kršenja pravila međunarodnog prava, što ukazuje na blanketni karakter djela. Djelo sadrži blanketnu dispoziciju koja upućuje na neophodnu primjenu odgovarajućih propisa i pravila međunarodnog prava (Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949. godine (III Ženevska konvencija), uz Dopunski protokol uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II). Ukoliko navedene radnje ne predstavljaju kršenje pravila međunarodnog prava, neće se raditi o ovom krivičnom djelu, već eventualno nekom drugom krivičnom djelu (npr. neka od krivičnih djela protiv života i tijela i dr).

Zakon predviđa tri oblika ovog krivičnog djela:

- 1) težak napad na život, tijelo, tjelesni integritet i ličnost ratnih zarobljenika,

¹ Predmeti Okružnog javnog tužilaštva u Trebinju br. T16 0 KTN RZ 0002448 18 i br.T16 0 KTN RZ 000 2449 18

- 2) prisiljavanje na vršenje službe u oružanim snagama neprijatelja i
- 3) lišavanje prava na pravično i nepristrasno suđenje.

Radnja izvršenja djela, prema načinu izvršenja, može se podijeliti na radnju naređivanja određenih radnji koje čine sadržinu ovog djela i na direktno izvršenje navedenih radnji. Za postojanje prvog oblika radnji izvršenja, nebitno je izdaje li se naredba u određenom obliku (pismeno uz određeni protokol i sl), djelo će postojati i u slučaju usmene naredbe. Kod ovog oblika radnje izvršenja, odnosno krivičnog djela, djelo se smatra dovršenim samim naređivanjem, nije odlučujuće je li postupljeno po naredbi. Drugi oblik načina radnje izvršenja, sastoji se u direktnom preduzimanju opisanih radnji izvršenja. Prema sadržini, radnje izvršenja mogu se podijeliti na radnje koje su upravljene na povredu života i tijela, odnosno, fizičkog i duševnog integriteta i zdravlja ratnih zarobljenika (vršenje ubistva, mučenje, nečovječna postupanja, biološki, medicinski ili drugi naučni eksperimenti, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacija, nanošenja velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja ratnih zarobljenika), na radnje kojima se ratni zarobljenici prisiljavaju na vršenje službe u oružanim snagama neprijatelja (učestvovanje u oružanim snagama u svojstvu borca, a to mogu biti i drugi vidovi učestvovanja npr. u intendantskoj službi) i na radnje koje se ogledaju u lišavanju prava na pravično i nepristrasno suđenje.

U međunarodnom ratnom i humanitarnom pravu mnogo pažnje je posvećeno određivanju pojma ratnog zarobljenika. Ratni zarobljenik ima određena prava koja mu je sila, koja ga je zarobila, dužna obezbijediti.

Potrebno je napomenuti da je status borca, a time i status ratnog zarobljenika, proširen i preciziran Dopunskim protokolom uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba od 1977. godine. Prema ovom Protokolu, status borca je priznat svakom licu koje pripada nekoj grupi ili jedinici organizovanih oružanih snaga, pod uslovom da se nalazi pod komandom koja je odgovorna za rukovođenje učesnicima u oružanom sukobu i da podliježe unutrašnjem sistemu discipline, koji obezbjeđuje i poštovanje međunarodnog ratnog prava. Ako borac ne nosi uniformu, on se mora razlikovati od civilnog stanovništva kad učestvuje u napadu ili u vojnoj operaciji koja predstavlja pripremu za napad. Prema tome, po ovim novim odredbama međunarodnog prava, borac ne mora stalno da se razlikuje od civilnog

stanovništva, već samo dok učestvuje u napadu ili u vojnoj operaciji koja predstavlja pripremu za napad, što znači da može naizmjenično mijenjati svoj status - da bude civilno lice i borac. Protokol još određuje da plaćenici ne uživaju prava koja pripadaju borcima i ratnim zarobljenicima.

Počinitelj krivičnog djela može biti svaka osoba. Krivično djelo se po pravilu može izvršiti samo sa direktnim umišljajem, ali u nekim slučajevima biće dovoljan i eventualni umišljaj (npr. kod ubistva i povrede tjelesnog integriteta, odnosno, zdravlja). Učinilac ne mora biti svjestan da svojim postupcima krši pravila međunarodnog prava. Povreda međunarodnog prava u opisu ovog djela predstavlja objektivni uslov kažnjivosti kojim je posebno određen karakter i okvir protivpravnosti ovog krivičnog djela, u tom smislu što djelo mora biti protivpravno i po međunarodnom pravu.

5. Smjernice za postupanje u predmetima ratnih zločina počinjenih protiv civilnog stanovništva i ratnih zarobljenika

Tužiocima koji rade na predmetima ratnih zločina, a radi lakšeg dokazivanja u krivičnom postupku krivičnih djela iz člana 142. KZ SFRJ i člana 144. istog Zakona, mogu koristiti sljedeće smjernice koje ukazuju na najvažnije elemente ovih krivičnih djela.

5.1. Ratni zločin protiv civilnog stanovništva:

1. Ratni zločin protiv civilnog stanovništva može biti izvršen samo za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, kao i u uslovima građanskog rata tj. kad oružani sukob nema međunarodni karakter.

2. Objektivni uslovi inkriminacije, blanketni propis, IV Ženevska konvencija o zaštiti civilnih lica za vrijeme rata od 12.08.1949. godine, uz Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12.08.1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II od 08.06.1977. godine).

3. Način izvršenja ratnog zločina sastoji se u naređivanju zabranjenih radnji ili u izvršenju takvih radnji, koje radnje su pobrojane u članu 142. KZ SFRJ (čl.173. KZ BiH).

4. Izvršilac ratnog zločina je lice koje je izdalo naređenje za izvršenje radnji navedenih u zakonu, lice koje je ovo naređenje izvršilo, te lice koje je preduzelo neku od navedenih zabranjenih radnji.

5. Žrtva krivičnog djela je civilno stanovništvo. Civil je svako lice koje nije pripadnik oružanih snaga, niti ima status borca u smislu člana 43. Dopunskog protokola (I).

5.2. Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika:

Ovo krivično djelo može se izvršiti ne samo za vrijeme rata ili oružanog sukoba, već i poslije prestanka ovih stanja, dok se ratni zarobljenici još nalaze pod vlašću zemlje koja ih je zarobila.

Objektivni uslov inkriminacije, blanketni propis III Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12.08.1949. godine uz Dopunski protokol uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II).

Način izvršenja ovog krivičnog djela sastoji se u naređivanju određenih radnji koje čine sadržinu ovog djela i na direktno izvršenje navedenih radnji.

Izvršilac ovog krivičnog djela može biti svaka osoba. Žrtva krivičnog djela jeste ratni zarobljenik.

Prilikom dokazivanja bitnih obilježja krivičnih djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva, prvo je potrebno utvrditi da li su optuženi preduzeli jednu ili više radnji izvršenja alternativno nabrojanih u članu 142. stav 1 KZ RS - Opšti dio (član 173. KZ BiH), pa nakon toga ostala dva bitna elementa, a to su da li je djelo počinjeno u vrijeme oružanog sukoba i da li su optuženi preduzetim radnjama povrijedili odredbe Međunarodnog prava sadržane u IV Ženevskoj konvenciji o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata od 12.08.1949. godine uz Dopunski Protokol uz navedenu Konvenciju od 08.07.1977. godine, koje zabranjuju određena nehumana i nečovječna postupanja prema civilnom stanovništvu. Postojanje oružanog sukoba kao objektivnog uslova inkriminacije mora biti dokazano, a to je da su opisane radnje koje su preduzeli optuženi bile usko vezane sa neprijateljstvima koja su se u to vrijeme odvijala na ovim područjima, te da su optuženi opisanim radnjama kršili pravila Međunarodnog prava.

Kada je u pitanju krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 144. KZ RS - Opšti dio (član 175. KZ BiH), prvo je potrebno utvrditi da li su optuženi preduzeli jednu ili više radnji izvršenja alternativno pobrojanih u navedenoj zakonskoj odredbi, te da li su oštećene žrtve imale status ratnog zarobljenika koji uživaju status zaštićenih lica po Međunarodnom pravu, te da li su optuženi preduzetim radnjama izvršenja povrijedili odredbe Međunarodnog prava sadržane u III Ženevskoj konvenciji o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12.8.1949. godine uz Dopunski Protokol uz navedenu Konvenciju (Protokol II). Ovo krivično djelo se može izvršiti ne samo za vrijeme rata ili oružanog sukoba, već i poslije prestanka ovih stanja, sve dok se ratni zarobljenici još nalaze pod vlašću strane koja ih je zarobila, jer ratni zarobljenici uživaju status zaštićenih lica po Međunarodnom pravu sve do repatrijacije.

6. Sudska praksa

Na osnovu dosadašnje sudske prakse utvrđeno je da su pravnosnažne odluke u predmetima ratnih zločina donesene na osnovu provođenja dokaza, saslušanja svjedoka - oštećenih, svjedoka neposrednih očevidaca događaja, kao i svjedoka koji su iznosili činjenice koje su posredno saznali. Problem koji se ukazuje kod provođenja dokaza saslušanja svjedoka jeste činjenica da je proteklo dosta vremena od predmetnih događaja, tako da se kod svjedoka stvara problem što se određene stvari i zaboravljaju. Primijećeno je da svjedoci - oštećeni uglavnom pamte događaj daleko bolje nego svjedoci očevici, a pogotovo u odnosu na svjedoke koji su o događaju posredno saznali, a što je i razumljivo s obzirom da se preživljene traume svakako duže pamte, jer doživljeno se teže zaboravlja od viđenog. Neophodna je podrška svjedocima, naročito svjedocima - oštećenim. Ovakav vid podrške se pruža od strane postupajućih tužilaca, posredstvom odjela za podršku svjedocima i stručnih osoba koje su posebno obučene za rad sa ugroženim svjedocima. Nerijetko, podršku svjedocima pružaju upravo tužioci u istražnoj fazi, a i tokom glavnog pretresa, jer oni imaju direktan kontakt sa oštećenim, koji sa tužiocem zbog toga izgradi odnos povjerenja.

Kako je naprijed navedeno, problem sa svjedocima jeste u tome što se ne sjećaju ponekad i bitnih detalja kao npr. izgled počilaca,

kako i na koji način su preduzimali radnje, tačnog vremena kada se navedeni događaj desio i drugo. Sa tužilačkog aspekta pogrešno je u fazi istrage i saslušanja svjedoka insistirati na sjećanju svih detalja, pa često i nevažnih činjenica i okolnosti za konačno presuđenje. Potrebno je svjedoka pitati i unijeti u zapisnik sve ono u što je siguran, kao i ono što misli da je tako, ali se ne sjeća sa sigurnošću. Navedeno je potrebno, zato što svjedoci pred sudom imaju i određenu tremu, ponekad možda i strah ili nelagodnost, pa prilikom ispitivanja od strane odbrane upravo dolazi da svjedok u ovoj fazi postupka, o činjenicama o kojima nije siguran iznosi sasvim drugačije od onoga što je naveo u istrazi. U takvoj situaciji odbrana optuženih insistira upravo na pojašnjenju često i nevažnih činjenica iznesenih u fazi istrage, a sve u cilju da pred sudom prikažu svjedoka nesigurnim, nepouzdanim i nekredibilnim, te tako u potpunosti umanje značaj njegovog iskaza. Također se mora obratiti pažnja na psihološko stanje svjedoka kako je svjedoku najbolje, odnosno, kako mu više odgovara, da li da pred sudom ispriča sve što pamti kako se neki događaj desio ili da mu se postavljaju pitanja. Nekome je lakše da sam priča, a nekim od svjedoka se moraju postavljati pitanja, jer nema kapaciteta ili ne može sam ispričati događaj, već samo preko postavljenih pitanja. Ovo svakako tužilac radi u okviru ZKP-om propisanih pravila za direktno ispitivanje svjedoka, a svakako insistira, radi dobrobiti svjedoka-oštećenog na istom postupanju i od strane advokata optuženog ili samog optuženog. Tužiocu je cilj dokazati izvršenje krivičnog djela izvođenjem dokaza u vidu saslušanja svjedoka oštećenog, ali ne po cijenu njegovog dodatnog traumatiziranja.

Važno je napomenuti da su, s obzirom na protok vremena, neki od svjedoka sada starije osobe, koje sa godinama života gube pamćenje zbog senilnosti ili bolesti, a neki svjedoci su u vrijeme izvršenja bili djeca, tako da sada, iako su to punoljetne osobe, pred sudom iznose ono što su kao djeca vidjeli, zapamtili. O svemu navedenom je potrebno voditi računa prilikom saslušanja svjedoka u fazi istrage, a takođe i na glavnom pretresu. Praksa je pokazala da jedino svjedok sa kojim se postupa kako je gore navedeno, može biti pouzdan i od strane suda prepoznat kao takav. Ovakav zaključak proizilazi iz dosadašnjih predmeta koje su autori ovog teksta imali pred nadležnim sudovima, a koji su u većini slučajeva rezultirali pravosnažnom osuđujućom presudom.

U nekim predmetima su svjedoci - oštećeni u svojim iskazima opisali detaljno preduzete radnje izvršilaca, ali nisu se mogli izjasniti da li su optuženi te radnje preduzeli, zbog čega je uslijed nedostatka drugih dokaza sud morao donijeti oslobađajuću presudu. Zbog svoje kompleksnosti i protoka vremena, u predmetima ratnih zločina tužiocu je najčešće na raspolaganju kao dokaz dostupno jedino svjedočenje oštećenog. Bez kvalitetno datog iskaza svjedoka oštećenog, usljed nedostatka drugih dokaza, sud je primoran donijeti oslobađajuću presudu. Stoga je iznimno važno pravilno ispitati svjedoka oštećenog, kako bi mogao na njemu ugodan način prenijeti tačan tok događaja o počinjenom ratnom zločinu.

U vezi oslobađajućih presuda, iste su donesene zbog nedostatka dokaza, a uglavnom uz ocjenu suda da saslušanim svjedocima sud nije mogao pokloniti vjeru, jer je iskaze ocijenio nesigurnim i neuvjerljivo datim (presuda Okružnog suda u Banjoj Luci broj: K-783/09 od 25.05.2009. godine). Pri donošenju ovakvog zaključka sud mora voditi računa da optuženog može osuditi samo na temelju dokaza provedenih tokom suđenja i uvijek mora pretpostaviti nevinost optuženog, bez ikakvog preduvjerenja. Primjenom načela *in dubio pro reo* mora se ići u prilog optuženom i sud rješava na način koji je povoljniji za optuženog. Riječ je o načelu koje je izraz pogodovanja optuženog, svaka sumnja u pogledu neke pravno relevantne činjenice mora se odraziti u korist optuženog. Činjenice koje su *in peius* optuženog moraju se utvrditi sa sigurnošću, što znači sud ne može sumnjati u njihovo postojanje. Da nije ovako, postojalo bi preduvjerenje da je optuženi kriv, što bi predstavljalo kršenje člana 6. stava 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama kao i člana 3. Zakona o krivičnom postupku RS („Službeni glasnik RS“ 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021). Dakle, sud ne može polaziti od pretpostavki da je neko preduzeo radnje izvršenja ovih kao i drugih krivičnih djela ako za to nema dokaza, odnosno, ako izvedeni dokazi bez ikakve sumnje ukazuju da su optuženi preduzeli radnje za koje se optužuju, pri čemu se mora isključiti i najmanja sumnja da li su ili ne optuženi preduzeli predmetnu radnju.

Iz naprijed navedene analize svih do sada presuđenih i pravosnažno okončanih postupaka vođenih pred Okružnim sudom u Trebinju i Kantonalnim sudom u Sarajevu, vidljivo je da je dokaz saslušanje svjedoka najvažniji dokaz, jer se upravo iz njihovih iskaza izvodi

zaključak suda da li su optužena lica preduzela neku od radnji izvršenja pobrojanih u zakonskom opisu radnji izvršenja svakog od ovih krivičnih djela, a navedenih u činjeničnom opisu krivičnog djela u predmetnoj optužnici. Materijalnim dokazima se dokazuje da se predmetni događaj zaista i desio, pa ovi dokazi pomažu kada se dovedu u vezu sa iskazima saslušanih svjedoka da sud izvede zaključak o dokazanosti radnji izvršenja. Ovo nameće veliku obavezu tužilaca prije svega, da u fazi istrage posvete veliku pažnju prilikom uzimanja izjave od svjedoka, da se od svjedoka traži da iznesu one činjenice u koje je apsolutno siguran i da svjedok bude pitan o odlučnim činjenicama. Istrajavanje u namjeri da svjedok ispriča sve o događaju, naročito o dijelu o kojem nije siguran, može dovesti do toga da svjedok pred sudom na glavnom pretresu, a naročito prilikom unakrsnog ispitivanja, mijenja iskaz upravo iz razloga što o činjenicama o kojima nije siguran iznosi sasvim različit iskaz u odnosu na iskaz dat u fazi istrage, što sve može dovesti do ocjene suda da takav iskaz ocijeni nesigurnim, nepouzdanim i neuvjerljivim.

7. Zaključak

Nakon pregleda sudske prakse iz oba entiteta, kao i poređenja poteškoća sa kojima se susreću postupajući tužioci, zaključeno je da se isti u svom radu, pored navedenih, susreću sa sljedećim izazovima:

Zbog protoka vremena od izvršenja krivičnog djela, iznimno je teško doći do svjedoka, očevidaca predmetnog događaja, što u konačnom otežava dokazivanje tužiocu. Dakle, svjedoci su ili umrli, ili nedostupni, nevoljni da svjedoče, ili se više jasno ne sjećaju predmetnog događaja, upravo jer je prošlo više od 25 godina od počinjenja istih.

U novije vrijeme pojavljuju se određeni predmeti ratnih zločina koji ne mogu dobiti pravosnažan epilog, jer dolazi do većeg broja ukidanja prvostepenih odluka, od strane drugostepenih sudova, zbog čega se takva suđenja oduže i na nekoliko godina. Ovakva praksa prisutna je i u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, ali po različitim osnovama. Tako u Federaciji Bosne i Hercegovine, suđenja u određenim predmetima ratnog zločina ponavljaju se više puta, jer se u istima sudi po starom Zakonu o krivičnom postupku FBiH (Vijeće porotnika i nemogućnost donošenja konačne odluke od strane Vrhovnog suda FBiH). Eklatantan primjer je suđenje u predmetu

„Kazani“, jer se protiv optuženog Bejtić Samira u tekućoj godini vodi peti po redu krivični postupak zbog počinjenih ratnih zločina na navedenom području. Optuženi je prvobitnom odlukom Kantonalnog suda Sarajevo oglašen krivim i osuđen na višegodišnju kaznu zatvora, dok je u narednim godinama bivao oslobođen uz napomenu da su sve do sada oslobađajuće presude ukidane od strane Vrhovnog suda FBiH i vraćane na ponovno odlučivanje sudskom vijeću Kantonalnog suda u Sarajevu. U Republici Srpskoj prisutan je trend ponavljanja postupka zbog promjene člana sudskog vijeća, bez obzira na to što tužilac preduzme sve zakonom predviđene radnje da do toga ne dođe, a sve u cilju postizanja ekonomičnog i u razumnom roku okončanog pravosnažnog postupka.

Ukoliko bi se postupci u predmetima ratnih zločina stalno ponavljali isti bi izgubili smisao, a žrtve povjerenje u nadležne organe, bez mogućnosti zadovoljavanja pravde i procesuiranja počinitelja krivičnih djela ratnog zločina.

Literatura:

- Ženevska konvencija o poboljšanju položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12.08.1949. godine (I Ženevska konvencija)
- Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12.08.1949. godine (III Ženevska konvencija)
- Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata od 12.08.1949. godine (IV Ženevska konvencija)
- Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12.08.1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (I protokol)
- Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12.08.1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (II protokol)
- Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina decembar 2008. godine.
- Revidirana Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina septembar 2020. godine.
- Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije („Službeni list SFRJ“, br. 44/1976, 36/1977, 56/1977, 34/1984, 37/1984, 74/1987, 57/1989, 3/1990, 38/1990 i 45/1990).
- Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021).
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br.53/2012, 91/2017, 66/2018, 15/2021).
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017).
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014, 74/2020).

Ahmed Mešić

Tužilac

Tužilaštvo Bosne i Hercegovine

ahmed.mesic@tužilaštvo.ba

PRAKTIČNI IZAZOVI U PREDMETIMA RATNIH ZLOČINA - RJEŠAVANJE PREDMETA KOJI SE ODNOSE NA PRONAĐENE POSMRTNE OSTATKE

Sažetak: *Tokom ratnih dešavanja na području Bosne i Hercegovine stradao je veliki broj civila, kao i pripadnika vojnih formacija tokom samih borbenih sukoba. Nakon okončanja rata 1996. godine kroz rad Državne komisije za traženje nestalih osoba, potom Federalne komisije za nestale i Republičkog centra za traženje nestalih, pokrenute su aktivnosti na pronalaženju posmrtnih ostataka osoba koje su stradale za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini. Osnivanjem Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine, te prenošenjem nadležnosti za postupke ekshumacija na Tužilaštvo BiH od 2011. godine, pronađen je znatan broj posmrtnih ostataka, proveden postupak identifikacije, te su porodice preuzele posmrtno ostatke radi sahrane i ukopa. Međutim, za određen broj slučajeva ekshumiranih posmrtnih ostataka nije bilo moguće provesti identifikaciju, te su ti posmrtni ostaci pohranjeni u nekoliko kosturnica na području Bosne i Hercegovine.*

Sciljem utvrđivanja pravog stanja i rješavanja slučajeva u prosekturama i kosturnicama, proveden je postupak revizije posmrtnih ostataka uz asistenciju Međunarodne komisije za nestale (ICMP), Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine i nadležnih tužilaštava. Preporuke koje su sačinjene nakon revizije sadržane su u pojedinačnim izvještajima i omogućavaju da se određeni broj KTARZ predmeta u tužilaštvima završi donošenjem tužilačke odluke, nakon što se posmrtni ostaci, koji su dio predmeta, adekvatno riješe trajnim ukopima i smještajima, jer isti predstavljaju historijske slučajeve, odnosno, slučajeve sa generisanim DNK uzorkom, ali bez poklapanja sa bazom nestalih osoba. Rad ima za cilj da pojasni postupak ekshumacije i narav KTARZ predmeta

u tužilaštvima, te da na temelju preporuka iz revizijskih izvještaja Međunarodne komisije za nestale, inicira moguće rješavanje većeg broja KTARZ predmeta u tužilaštvima putem trajnih ukopa i smještaja NN posmrtnih ostataka koji se vežu za predmet, te da se na taj način steknu uvjeti za donošenje naredbe o nesprovođenju istrage i da se izvrši samo okončanje predmeta u tužilaštvu.

Ključne riječi: *ekshumacija, trajni ukop i smještaj, nestale osobe, KTARZ predmeti, Institut za nestale osobe BiH, Međunarodna komisija za nestale.*

1. Uvod

Kao jedna od posljedica rata u Bosni i Hercegovini javlja se veliki broj osoba koje traže svoje nestale članove porodica i čiji posmrtni ostaci ni do dan danas nisu pronađeni. Aktivnosti na asanaciji i pronalasku stradalih civila, ali i pripadnika vojnih formacija prisutnih na području Bosne i Hercegovine bile su redovno vršene i tokom samog rata kroz rad vojnih i civilnih komisija nadležnih za potragu i razmjene tijela. Proces se nastavio radom Državne komisije za traženje nestalih, odnosno, poslije entitetskim komisijama za traženje nestalih, te formiranjem centralnog organa Instituta za traženje nestalih osoba BiH, koji ima isključivi mandat i nadležnost nad postupcima traženja nestalih. Provođenje velikog broja ekshumacija rezultirao je sa identitetima nestalih potraživanih osoba, no u isto vrijeme prisutan je veliki broj posmrtnih ostataka koji su ekshumirani i pohranjeni u prosekturama i kosturnicama na području Bosne i Hercegovine i za koje još uvijek nisu pristigli DNK nalazi ili postoji problem sa njihovim testiranjem.

Kada govorimo o posmrtnim ostacima u kontekstu tužilaštava, riječ je o KTARZ predmetima koji se formiraju kada se radi o neodređenom krivičnom djelu i neodređenom počiniocu, a vežu se za ratne zločine, preciznije, radi se o vrsti predmeta u kojima se nalaze evidentirane radnje ekshumacija, identifikacija posmrtnih ostataka i koji se nalaze u radu i u kojim je potrebno donijeti tužilačku odluku. Dakle, da bi se mogla donijeti tužilačka odluka kod ove vrste predmeta, a koji se odnose na provedene postupke ekshumacije i u sebi sadrže činjenicu da su pronađeni posmrtni ostaci i da se isti nalaze smješteni u kosturnicama,

potrebno je da se steknu uvjeti za zatvaranje samog predmeta, a prvenstveno na način da se osigura da se posmrtni ostaci obuhvaćeni spisom izmjestite iz prosekture i da se za te ostatke izvrši trajni ukop i smještaj.

Predmet ovog rada jeste revizija posmrtnih ostataka koja je vođena od strane Međunarodne komisije za nestale (ICMP) i Instituta za nestale osobe BiH zajedno sa tužilaštvima u BiH, a sve s ciljem da se ukaže na dobru praksu rješavanja KTARZ predmeta i postupanja po preporukama iz izvještaja o reviziji koja su tužilaštva zaprimila. S ciljem ukazivanja na dobru praksu u posebnom dijelu je prikazana provedena revizija posmrtnih ostataka slučajeva iz nadležnosti Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona, s obzirom na to da je isto tužilaštvo među prvima uspješno okončalo postupak revizije i počelo primjenjivati preporuke iz izvještaja, te okončalo veliki broj predmeta kroz trajni ukop i smještaj. Na temelju ove prakse identifikovani su modaliteti postupanja i za druga tužilaštva, te stoga prikaz postupanja Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona predstavlja važan korak ka uspostavljanju jedinstvene prakse postupanja i rješavanja ove vrste predmeta i od strane drugih tužilaštava.

Postupanjem po preporukama izvještaja o reviziji i pregledu posmrtnih ostataka riješit će se brojni KTARZ predmeti u tužilaštvima, smanjit će se broj KTARZ predmeta u tužilaštvima koja posjeduju ovu vrstu predmeta, te će se povećati efikasnost i smanjiti vremensko rješavanje predmeta. U isto vrijeme drastično će se reducirati troškovi koji se nadoknađuju grobljima, prosekturama i kosturnicama na ime ležarina za NN posmrtno ostatke uskladištene u kosturnicama.

Ova tema je značajna i u kontekstu postupanja po smjernicama glavnih tužilaca za rad na predmetima ratnih zločina, te se primjenom preporuka za rješavanje KTARZ predmeta koji sadrže posmrtno ostatke koji nisu identifikovani dolazi i do potpune primjene smjernica od strane postupajućih tužilaca, a u konačnici i do poštivanja revidirane državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina.

U nastavku teme bit će prikazana praksa po pitanju trajnih ukopa i smještaja, te rješavanja KTARZ predmeta naredbom o nesprovođenju istrage, a s ciljem da se tužilačka zajednica i postupajući tužiocci upoznaju i ohrabre da na prikazani način završe svoje predmete.

2. Ekshumacije i nastanak KTARZ predmeta

Kao što je ranije istaknuto, rat i dešavanja na području Bosne i Hercegovine tokom 1992-1995. godine, imala su za posljedicu veliki broj ekshumiranih posmrtnih ostataka koji se prema brojkama Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine kreće preko 25.500 posmrtnih ostataka. Još uvijek se potražuje veliki broj lica, njih 7.500. Definicija pojma „nestala osoba“ u bh. zakonu uključuje nestale civile i nestale borce koji su nestali tokom oružanih sukoba u BiH.¹

Postupak traženja nestalih predstavlja jedan kontinuiran proces, jednu sinergiju svjedoka, Instituta za nestale osobe BiH, Međunarodne komisije za nestale, policijskih agencija, tužilaštava i sudova, sudskih vještaka, a sve usmjereno ka zajedničkom cilju da se lociraju grobnice u kojima se nalaze posmrtni ostaci osoba koje se potražuju.

Prema podacima Instituta identifikovano je 23.000 nestalih osoba, od toga oko 8.000 u početnom periodu-klasičnom metodom prepoznavanja, dok se oko 3.000 NN posmrtnih ostataka nalazi i dalje neidentifikovano. Riječ je o NN posmrtnim ostacima koji nisu još identifikovani, te su isti pohranjeni u kosturnicama (Visoko, Prahulje, Šejkovača, Mostar, Nevesinje i dr.) ili su ukopani u pojedinačnim grobnicama na grobljima uz oznaku slučaja na koje se odnose. U ove slučajeve spadaju posmrtni ostaci od kojih su uzeti uzorci za DNK analizu, ali nisu rezultirali uspješnom ekstrakcijom DNK, kao i slučajevi gdje je DNK uspio, ali nemaju poklapanja sa bazom nestalih osoba (match), te određen broj slučajeva koji su pregledom konstatovani da ne spadaju u mandat Instituta tj. da su stare kosti. Upravo pregled i revizija koja je provedena od strane Međunarodne komisije za nestale, imala je za cilj da se pokuša riješiti sudbina ovih posmrtnih ostataka kroz donošenje niza preporuka postupajućim tužilaštvima u revizijskim izvještajima.

Povodom provedenih ekshumacija i pronalaska pojedinačnih i masovnih grobnica, tužilaštva su formirala značajan broj predmeta koji imaju oznake KTARZ i isti se nalaze u radu Tužilaštva BiH, ali i entitetskih tužilaštava.

Bitno je napomenuti da se i danas provode postupci ekshumacija, te da dolazi do formiranja novih KTARZ predmeta. Podsjećanja radi, od 2011.

¹ Vodič za porodice nestalih (Sarajevo: Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, 2006), str.8.

godine, za provođenje postupaka ekshumacija isključivu nadležnost ima Tužilaštvo BiH, a prije ovog datuma entitetska tužilaštva su sprovodila ekshumacije, pa samim tim jasno je da pojedina tužilaštva imaju i dalje veliki broj KTARZ predmeta u radu (neki predmeti su naslijeđeni od istražnih sudova koji su ranije vodili postupke).

Postupak za provođenje ekshumacije polazi od Instituta za nestale osobe BiH koji inicira ekshumaciju zahtjevom Tužilaštvu BiH, nakon čega dolazi do formiranja KTARZ predmeta, stavljanje prijedloga za izdavanje naredbe Sudu BiH, te samog izvršenja ekshumacije.

Ukoliko se tokom vršenja ekshumacije pronađu posmrtni ostaci, određuje se transport istih do kosturnice, njihov pregled i uzimanje uzoraka za DNK od strane postupajućeg doktora sudske medicine, potom se vrši skladištenje u nekoj od prosektura u BiH do okončanja postupka identifikacije. Po prijemu pozitivnog DNK nalaza, zakazuje se termin identifikacije i nakon toga se vrši predaja identifikovanih posmrtnih ostataka porodici, te njihov ukop i sahrana prema vjerskim običajima, izdavanje smrtnog lista za identifikovanu osobu.

U gore opisanim procesima ogromnu ulogu i doprinos ima Institut za nestale osobe Bosne i Hercegovine, kao i Međunarodna komisija za nestale (ICMP), a njihova uloga se proteže i na ovu temu i od ključnog je značaja za doprinos u rješavanju postojećih KTARZ predmeta, vršenjem trajnih ukopa i smještaja, a čija će procedura biti detaljno predočena u nastavku teksta.

Institut za traženje nestalih osoba BiH formiran je s ciljem unapređenja procesa traženja nestalih osoba i efikasnije identifikacije posmrtnih ostataka nestalih osoba, kao nezavisna institucija za traženje nestalih osoba u/iz Bosne i Hercegovine². S druge strane, Međunarodna komisija za nestale (ICMP) ima ulogu slanja uzoraka za DNK analizu podataka u laboratorij u Hagu³, uspostavlja i održava bazu nestalih osoba i bazu krvi srodnika osoba koje se potražuju, asistenciju forenzičkih antropologa i arheologa u postupcima ekshumacije, te ulogu u reviziji posmrtnih ostataka u kosturnicama u BiH.

² Zakon o nestalim osobama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 50/2004).

³ Odluka o ratifikaciji sporazuma o preuzimanju uloge suosnivača za Institut za nestale osobe Bosne i Hercegovine između Vijeća ministara Bosne i Hercegovine i Međunarodne komisije za nestale osobe, član 12.

Kada je riječ o vrsti predmeta u fokusu ovog rada i teme, to su, prije svega, KTARZ⁴- neodredivo krivično djelo ili počinitelj - ratni zločin. Iz definicije proizilazi da se u KTARZ predmetima nalazi neodređeno djelo, neodređeni događaj, neodređeni počinitelj te da se veže za ratna dešavanja, kao i predmeti ekshumacija, reekshumacija i identifikacija NN osoba.

Da bi se mogao završiti KTARZ predmet, potrebno je donijeti tužilačku odluku u istom, te predmet posredstvom TCMS-a iskazati završenim na pravilan način. Procedura za okončanje ove vrste predmeta, a govorimo samo o predmetima koji se odnose na ekshumacije i posmrtno ostatke, jeste sljedeća:

1. Nakon završenih svih radnji, uključujući identifikaciju pronađenih posmrtnih ostataka, da se u slučaju podudarnosti vrši spajanje postojećeg KTARZ predmeta sa drugim predmetima KTNRZ ili KTRZ koji imaju veze sa događajem, odnosno žrtvom.

2. Da se donese tužilačka odluka (naredba o neprovođenju istrage prema članu 216. stav 3. ZKP BiH) ukoliko se utvrdi da je riječ o prirodnoj smrti, odnosno, događaju koji se ne odnosi na ratne sukobe na području BiH 1992 - 1995, dakle, utvrđivanjem da nema elemenata krivičnog djela u smrti/stradanju identifikovanih lica.

3. Za kantonalna, okružna tužilaštva, Tužilaštvo Distrikta Brčko okončanjem svih radnji u predmetu, posebno identifikacijom NN osoba, predmet proslijediti na nadležnost Tužilaštvu BiH, jer se radi o mogućem KTNRZ ili KTRZ predmetu, a to bi bila nova prijava.

Iako je već ranije pomenuto, pronađeni posmrtni ostaci dok se čekaju provjere DNK, nalaze se pohranjeni u nekoj od kosturnica u BiH, kao što su gradska groblja Banja Luka, Sutina Mostar, KIP Šejkovača, Memorijalni centar Tuzla, JKP gradska groblja Visoko, Prahulje Travnik. Potrebno je istaknuti da se za smještene posmrtno ostatke plaća naknada u vidu ležarina i to na način da za entitetska tužilaštva, Institut za traženje nestalih osoba BiH doznačava sredstva na posebne račune koja se imaju namjenski trošiti za pokrivanje troškova u vezi sa NN posmrtnim ostacima iz nadležnosti tih tužilaštava – vještačenja,

⁴ Pravilnik o sistemu za automatsko upravljanje predmetima u tužilaštvima (TCMS) („Službeni glasnik BiH“, br. 4/2016, član 70).

ležarina, trajni ukopi, postupci reekshumacija⁵, dok Tužilaštvo BiH iz svog budžeta snosi ove troškove.

I na ovom mjestu možemo jasno identifikovati jednu od koristi u rješavanju KTARZ predmeta putem trajnih ukopa i smještaja posmrtnih ostataka, jer se isti izmještaju iz kosturnica i za posmrtno ostatke koji su trajno ukopani i smješteni, ne plaćaju se troškovi ležarina, te se samim tim smanjuje količina finansijskih obaveza koje padaju na tužilaštva.

3. Revizija i preporuke Međunarodne komisije za nestale

Glavni tužilac Tužilaštva BiH je 2013. godine izdao naredbu o provođenju pregleda NN slučajeva u stalnim i privremenim mrtvačnicama u BiH, u namjeri da utvrdi opseg problema i potencijalne razloge za nemogućnost pronalazjenja podudarnosti profila DNK neidentificiranih slučajeva sa profilima DNK genetičkih referentnih uzoraka, koje su Međunarodnoj komisiji za nestale (ICMP) ustupili srodnici nestalih osoba. U svrhu rješavanja tog problema, Tužilaštvo BiH je formiralo Radne grupe za rješavanje slučajeva neidentificiranih posmrtnih ostataka koje su okupile sve relevantne institucije i osobe uključene u rješavanje pitanja nestalih osoba u Bosni i Hercegovini.

Radeći u okviru Radnih grupa za rješavanje slučajeva neidentificiranih posmrtnih ostataka, Međunarodna komisija za nestale (ICMP) pomogla je tužilaštvima da provedu pregled NN slučajeva u kosturnicama u Mostaru, Nevesinju, Goraždu, Travniku, Visokom, Tuzli, Lukavcu, Banjoj Luci, Odžaku i Modriči. Projekat je omogućio 121 novu identifikaciju i 968 reasocijacija s prethodno identificiranim slučajevima, a ujedno su tužilaštvima date i preporuke koraka za rješavanje velikog broja preostalih slučajeva.

Radilo se o jednom kontinuiranom procesu koji je započeo sastankom sa predstavnicima Međunarodne komisije za nestale (ICMP) u maju 2015. godine, gdje su tužilaštva izdala naredbe kojim se dozvoljava pristup antropolozima komisije i pregled posmrtnih ostataka u prosekturama iz nadležnosti tužilaštava. Samim tim se kreće u postupak revizije NN posmrtnih ostataka iz nadležnosti tužilaštva, ujedno omogućuje pristup spisima, dokazima i prosekturama antropolozima radi prve faze

⁵ Pravilnik o načinu korištenja sredstava Instituta za nestale osobe BiH za ekshumacije i identifikacije, član 2.

postupka koja je uključivala preliminarni pregled NN slučajeva. Tokom 2015. godine antropolozi Međunarodne komisije za nestale (ICMP) izvršili su uvid u sve KTARZ spise sa dokazima, a potom izvršili pregled i obilazak posmrtnih ostataka u kosturnicama. Nadležnim tužilaštvima su dostavljeni pojedinačni revizijski izvještaji tokom 2016. i 2017. godine, te su isti dostupni na internetu, ali u redigovanoj formi. Svakako da ukoliko neko od postupajućih tužilaca nije zaprimio izvještaj, isti može potraživati direktno od Međunarodne komisije za nestale (ICMP), koja će mu dostaviti izvještaj zajedno sa preporukama za rješavanje predmeta.

Iz sadržaja revizijskih izvještaja o pregledu posmrtnih ostataka slijedi prikaz pregleda svih slučajeva u određenoj kosturnici, preporuke za okončanje slučajeva te pripadajuće tabele historijskih slučajeva, slučajeva bez posmrtnih ostataka, slučajeva bez poklapanja, slučajeva kosturnice gdje nema dovoljno materijala za ekstrakciju DNK.

Prioritet je zaključiti slučajeve koji se odmah mogu završiti bez poteškoća (predmeti, odjeća, meci, materijal za kosturnicu), a koji su se vodili kao slučajevi i za koje se plaćala ležarina, zatim riješiti tabelu historijskih slučajeva, a zatim i tabelu sa slučajevima gdje nema poklapanja DNK.

4. Osvrt na izvršenu reviziju Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona

Kao što je navedeno u uvodu rada, u ovom dijelu bit će prikazan pregled izvršene revizije posmrtnih ostataka koja je provedena od strane Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona, a prvenstveno iz razloga što je ovo tužilaštvo među prvima uspješno okončalo postupak revizije i primijenilo preporuke za rješavanje slučajeva, a na bazi kojeg iskustva i druga tužilaštva su krenula sa rješavanjem svojih predmeta po izvršenoj reviziji. Kantonalno tužilaštvo Srednjobosanskog kantona je zaprimilo instrukcije radne komisije za reviziju, te je organizovan sastanak sa predstavnicima Međunarodne komisije za nestale (ICMP) u maju 2015. godine, nakon čega je formiran spis A-168/15. U istom je izdata naredba postupajućeg tužioca koji je radio na referatu ratnih zločina dana 03.06.2015. kojom se kreće u postupak revizije NN posmrtnih ostataka iz nadležnosti tužilaštva, ujedno omogućuje pristup

spisima, dokazima i prosekturama radi prve faze postupka koja je uključivala preliminarni pregled NN slučajeva. Tokom 2015. godine antropolozi i doktori sudske medicine izvršili su uvid u sve KTARZ spise sa dokazima, kao i pristup prosekturama, te uvid u vreće i posmrtno ostatke uz asistenciju djelatnika grobalja i MUP SBK, odjela za ratne zločine.

Nakon inicijalnog pregleda NN posmrtnih ostataka izdato je više naredbi da se uzmu ponovo uzorci za DNK analizu, kao i da se izvrše određene asocijacije i reasocijacije, te je isto vršeno do kraja 2015. godine. Već tada dolazi do prvih pozitivnih rezultata u reviziji, jer se zahvaljujući ponovo uzetim DNK uzorcima došlo do nekoliko novih identiteta. Nakon izvršenog pregleda NN slučajeva pohranjenih u prosekturama, 2016. godine je pokrenut postupak reekshumacije NN slučajeva u groblju Visoko i njihovog pregleda, a što je u stvari Faza II revizije, te uzimanja rezervnih uzoraka, tamo gdje su inicijalni uzorci bili nedostatni ili neuspješni.

Samo da napomenem da je svaka radnja uzimanja uzorka, reasocijacije pokrivena naredbom Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona, i da su svakoj radnji bili prisutni inspektori MUP SBK koji su sačinjavali zabilješke o izvršenim radnjama, odnosno, fotodokumentaciju, a u većini slučajeva bio je prisutan i postupajući tužilac koji je nadgledao sve procese, odnosno, za reekshumaciju su postojale naredbe kantonalnog suda.

U februaru 2016. godine, Kantonalno tužilaštvo Srednjobosanskog kantona zaprimilo je prvi izvještaj Međunarodne komisije za nestale (ICMP) i preporuke za daljnje čuvanje NN slučajeva u prosekturama. U martu 2016. godine zaprimljen je prvi preliminarni izvještaj pregleda, dok je početkom 2017. godine stigao konačan izvještaj Međunarodne komisije za nestale (ICMP) o izvršenoj reviziji sa preporukama zaključivanja određenog broja slučajeva. Nakon analize izvještaja održan je zajednički sastanak sa svim učesnicima postupka revizije i pregleda u martu 2017. godine i doneseni su zaključci o početku primjene preporuka i okončavanju slučajeva, tj. predmeta.

Usaglašenim zaključcima vezanim za primjenu preporuka iz izvještaja, utvrđuje se način da će se prvo rješavati historijski slučajevi, a potom slučajevi gdje nema DNK poklapanja, te slučajevi za kosturnicu i slučajevi gdje se radi o reasocijacijama.

U odnosu na mjesto ukopa slučajeva koji se nalaze skladišteni u kosturnicama, dogovoreno je i predviđeno da se kosti vraćaju sa grobalja gdje su ekshumirane, odnosno, na najbliže groblje općina odakle je vršena ekshumacija. Predstavnik terenskog ureda Instituta za nestale nađe grobno mjesto i tada postupajući tužitelj donese naredbu za trajni ukop i smještaj.

Radnici grobalja pripremaju grobnicu i izvrše ukop, a lice mjesta se fotografira od strane krim. tehnike i sačini se službena zabilješka, odnosno, zapisnik o uviđaju. Nakon što Tužilaštvo zaprimi dokumentaciju o izvršenom trajnom ukopu, shodno smjernicama VSTV za rješavanje KTN i KTA predmeta u datom predmetu, donosi se naredba o neprovođenju i obavijest se dostavlja Institutu za nestale jer su se stekli uvjeti za zatvaranje predmeta. Ukoliko bi nekada slučajno došlo do poklapanja DNK, mjesto ukopa je trajno obilježeno i moguće će biti izvršiti reekshumaciju.

Naravno, završen predmet se skida sa liste ležarina i ažurira se baza slučajeva, te se na ovaj način postiže rješavanje predmeta Tužilaštva (KTARZ), smanjuju troškovi ležarina, omogućuje intenziviranje rada na drugim predmetima.

Prema tome, Kantonalno tužilaštvo Srednjobosanskog kantona je među prvim tužilaštvima uspješno okončalo postupak revizije i pregleda posmrtnih ostataka, te se nije čekalo na primjenjivanje preporuka iz izvještaja.⁶

Prije svega, preporuke izvještaja koje se tiču pravilnog skladištenja i vođenja baze slučajeva iz preporuka Međunarodne komisije za nestale (ICMP) u cijelosti su primijenjene, te je uočena ogromna razlika u sadašnjem stanju skladištenja u odnosu na stanje prije revizije. Nadalje, preporuke za okončanje slučajeva su uveliko započete sa primjenom, te je u periodu 2017-2019. završen veliki broj slučajeva, oko 2/3 postojećih KTARZ predmeta u tužilaštvu.

Kada su u pitanju troškovi vezani za ukop i smještaj, iste u cijelosti pokriva Institut za nestale osobe BiH, a to im je u interesu jer se drastično smanjuju ležarine za ove slučajeve.

⁶ Vidi: <https://www.icmp.int/bs/news/innovative-efforts-to-find-the-missing-the-joint-work-of-icmp-the-prosecutors-and-mpi/>

Ovdje je razlika u odnosu na troškove ležarina kod predmeta iz nadležnosti Tužilaštva BiH, gdje ležarine padaju na teret Budžeta Tužilaštva. Samim tim još je značajnije da se postupcima trajnih ukopa i smještaja smanjuje broj predmeta sa ležarina, reducirajući troškove istih.

5. Rješavanje KTARZ predmeta

Kao što je izneseno u prethodnom dijelu teksta, metodologija je ta da se posmrtni ostaci koji se nalaze pohranjeni u kosturnicama izmjestite i da se ukopaju u grobnicu na način da se izvrši trajni ukop i smještaj. Radi se prvenstveno o slučajevima koji su historijski, odnosno, ne spadaju u mandat Instituta ili laički rečeno, nisu nastali u proteklom ratu, te slučajevi posmrtnih ostataka gdje je uspješno izolovan DNK, ali nema poklapanja sa bazom nestalih osoba, pa samim tim nema ni identiteta.

Shodno preporukama i zaključcima u odnosu na mjesto ukopa slučajeva koji se nalaze skladišteni u kosturnicama, dogovoreno je i predviđeno da se kosti koje potpadaju pod kategoriju historijskih slučajeva, odnosno, slučajeva bez DNK poklapanja, vraćaju sa grobalja gdje su ekshumirane, odnosno, na najbliže groblje općina odakle je vršena ekshumacija. Ulogu u lociranju grobnih mjesta preuzimaju terenski uredi Instituta za nestale osobe, koji nakon pribavljanja saglasnosti lica koja uređuju grobljima, dostavljaju informaciju nadležnom tužiocu, koji potom priprema naredbu o trajnom ukopu i smještaju. Također, predviđeno je da se animalne kosti putem izdavanja naredbe postupajućeg tužioca institutu i grobljima iste unište, odnosno adekvatno zbrinu.

Učešćem policijskih službenika i predstavnika Instituta u postupcima trajnih ukopa i smještaja, omogućuje se praćenje grobnica gdje je izvršen trajni ukop i smještaj, jer se za svaki predmet radi precizno lociranje mjesta ukopa, kao i fotodokumentacija, u slučaju da stigne DNK poklapanje, predmet se reaktivira i posredstvom reekshumacije vršit će se identifikacija i predaja porodici.

Jedna od sugestija u radu je da kada se provodi postupak ekshumacije i ako se pronađu posmrtni ostaci, te ako se vještak sudske medicine prisutan na licu mjesta izjasni da se radi o historijskim kostima, u tim slučajevima potrebno je da se iste ne preuzimaju, odnosno, ne prevoze u prosekturu ili kosturnice, neka se vrati u prvotno stanje, jer ako se

uzmu pronađene kosti, iste se skladište u kosturnicama, odnosno, imate predmet. Također, ako dođe zahtjev za ekshumacijom u nekom od grobalja iz ukopane grobnice, prijedlog je da se uzme samo uzorak za DNK, a da kosti ostanu u tom grobu, ponovno iz gore navedenih razloga.

Metoda za okončanje KTARZ predmeta u kojima se nalaze posmrtni ostaci jeste da se pregledom revizijskog izvještaja i uočavanja da se radi o posmrtnim ostacima sa historijske tabele ili tabele gdje su uzeti DNK, ali nemaju poklapanja, ostvari na prvom mjestu kontakt sa predstavnikom Instituta za nestale osobe, kako bi se obezbijedila lokacija trajnog ukopa i smještaja ovih posmrtnih ostataka. Nakon obezbjeđivanja lokacije, izdaje se Naredba za trajni ukop i smještaj u kojoj se zakazuje vrijeme, mjesto i određuje učesće policijskih službenika, predstavnika Instituta.

Nakon izvršenog trajnog ukopa i smještaja sljedeći korak je da se čeka zaprimanje izvještaja o ukopu policije i fotodokumentacije, a potom da se donese Naredba o nesprovođenju istrage u ovom KTARZ predmetu, te se predmet nakon obavijesti arhivira.

6. Zaključak i preporuke

Kao zaključci i preporuke izvršenog pregleda posmrtnih ostataka i primijenjene prakse određenih tužilaštava u kontekstu rješavanja KTARZ predmeta ekshumacije, daju se sljedeći prijedlozi: da se izvrši pregled KTARZ predmeta koji se odnose na NN posmrtno ostatke, posebno gdje se isti nalaze uskladišteni u prosekturama. Tamo gdje je potrebno da se izvrši ažuriranje statusa DNK uzoraka dopisima prema Institutu za nestale osobe BiH i ICMP-iju. Nadalje, tužilaštva koja nisu dobila izvještaje o reviziji i pregledu posmrtnih ostataka, da se obrate Međunarodnoj komisiji kako bi isti bili proslijeđeni, te da se pregledom postojećih KTARZ predmeta i izvještaja utvrdi i identifikuju historijski slučajevi i slučajevi sa generisanim profilima bez poklapanja. Preporuka je da se ostvari kontakt sa područnim terenskim uredom Instituta i zatraži rad na lokacijama za trajni ukop i smještaj, te da se u slučaju potrebe zatraže dodatna sredstva od Instituta za nestale osobe BiH (entitetska tužilaštva) radi postupka trajnih ukopa i smještaja.

Rješavanjem posmrtnih ostataka u kosturnicama, a za koje se vežu postojeći KTARZ predmeti, stiču se uslovi za zatvaranje predmeta, te od ovog procesa koristi su brojne.

Samim rješavanjem slučajeva, odnosno, zatvaranjem KTARZ predmeta dolazi do smanjenja broja KTARZ predmeta u Tužilaštvu, rješavaju se KTARZ predmeti iz akcionog plana za rješavanje predmeta, ubrajanje u tužilačku normu, smanjenje troškova ležarina, fokusiranje i rad na drugim predmetima.

Literatura

- Vodič za porodice nestalih osoba. Sarajevo: Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, 2006. Dostupno na: <https://www.icmp.int/wp-content/uploads/2014/08/guide-application-of-the-law-on-missing-persons-bcs-latin.pdf>
- Novi naponi da se pronađu nestali: zajednički rad ICMP-a, tužiteljstava i INO-a, maj 2019. Dostupno na: <https://www.icmp.int/bs/news/innovative-efforts-to-find-the-missing-the-joint-work-of-icmp-the-prosecutors-and-mpi/>
- Izvještaj o pregledu stanja slučajeva posmrtnih ostataka iz nadležnosti Kantonalnog tužilaštva Srednjobosanskog kantona broj ICMP.ST.AA.826R.1.bcs.doc od 22.12.2016.godine. Međunarodna komisija za nestale (ICMP). Dostupan na: <https://www.icmp.int/wp-content/uploads/2019/05/icmp-st-aa-826R-1-W-bcs-doc.pdf>
- Lista nadležnosti Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine. Dostupno na: http://www.ino.ba/dokumenti/Ostali_akti/?id=1035
- Odluka o ratifikaciji Sporazuma o preuzimanju uloge suosnivača Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine, između Vijeća ministara Bosne i Hercegovine i Međunarodne komisije za nestale osobe. Dostupno na: <http://www.ino.ba/dokumenti/medjunarodni-dokumenti/default.aspx?id=57&langTag=bs-BA>
- Pravilnik o načinu korištenja sredstava Instituta za nestale osobe Bosne i Hercegovine za ekshumacije i identifikacije. Dostupno na: <http://www.ino.ba/dokumenti/podzakonski-akti/default.aspx?id=117&langTag=bs-BA>
- Pravilnik o sistemu za automatsko upravljanje predmetima u tužilaštvima (TCMS) („Službeni glasnik BiH“, br. 4/16).
- Smjernice za postupanje sa KTA i KTN predmetima VSTV BiH br. 13-02-3-2867-1/2016 od 19.10.2016.godine
- Zakon o nestalim osobama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 50/04).

Ранко Керовић

Окружни јавни тужилац

Окружно јавно тужилаштво у Бијељини

ranko.kerovic@pravosudje.ba

КРИВИЧНО ДЈЕЛО ПРОГАЊАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Сажетак: *Рад се бави кривичним дјелом прогањање, које је у кривично законодавство Републике Српске уведено Кривичним закоником Републике Српске, који је донесен 2017. године. У раду су обрађена основна обиљежја самог кривичног дјела прогањање из члана 144. Кривичног законика Републике Српске, историјски развој прогањања, његове карактеристике, теоријски аспекти појма прогањања и примјери из досадашње судске праксе у Републици Српској за ово кривично дјело. Рад обрађује и феномен прогањања, како појмовно, тако и кроз кориштење различитих података из истраживања. Из рада је видљиво које се то групе лица сматрају угроженим лицима, од стране оних који их прогоне. Обрађене су и теорије које дефинишу појам прогањања, као и шта је утицало на законско дефинисање појма прогањања као кривичног дјела. Посебно видљив је утицај доношења Истанбулске конвенције на дефинисање прогањања као кривичног дјела у много држава у Европи, па тако и у Републици Српској.*

Кључне ријечи: прогањање, кривично законодавство, приватност, слобода, безбједност.

1. Уводна разматрања

Прогањању као појави, пажња се поклања од двадесетих година прошлог вијека, иако је појава стара вијековима уназад. Само интересовање за појам прогањања у порасту је током посљедњих година. Слобода и права човјека и грађанина, представљају друштвене вриједности, које су препознате и правно заштићене. Развој технологије, посебно средстава за комуникацију, омогућава да човјек у данашње вријеме може да буде доступан готово свима, па самим тим има потребу да заштити своју интиму.

Питање прогањања задире у сферу човјекових слобода и права, тачније грађанских права, а то су у принципу вриједности, које су општеприхваћене.

Неке студије показују да је прогањање као појава широко распрострањено, обухвата у просјеку 10% до 15% популације одраслих, од којих су 75% жртве жене, а 80% извршилаца су мушкарци. Према неким истраживањима највећи број жртава се налази међу женском популацијом, између 16 и 19 година живота. Чак 80% жртава прогањања од раније је познавало особу која прогања.¹

Постоји веома јака веза између прогањања и насиља у породици, а значајан број младих су или жртве или учиниоци прогањања.

У криминолошкој теорији, појам прогањања обухвата различите дефиниције, што је посљедица већег броја фактора, што показује комплексност ове појаве. Често се овај појам појављује као пропратна појава, других незаконитих понашања, као што су насиље у породици, сексуално узнемиравање и друге врсте насиља.²

Иако се сматра да је прогањање релативно бенигна појава, јер не подразумијева угрожавање и повређивање тјелесног интегритета, то у суштини није тачно.

¹ Дуња Ђурковић Радловић, “Не насиљу- јединствен одговор”, у: Трећа међународна научна конференција Друштвене девијације, Зборник радова (Бања Лука: ЦМЗ, 2018)

² Др Душица Миладиновић-Стефановић, „Прилог расправи о криминализацији прогањања“. Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 72 (Ниш: 2016)

Теоријски се поставља питање које је то правно добро повријеђено код прогањања, за чију заштиту је потребна кривично-правна одговорност. То су углавном значајне друштвене вриједности, а што се може закључити различитим теоријским разматрањима, које проналазимо у бројној литератури. С обзиром на присутност и распрострањеност у пракси, пришло се његовом кривично-правном дефинисању у виду посебног кривичног дјела.

Сам појам прогањање, не представља новитет садашњег доба, него га проналазимо још у 6. вијеку. Као појам се појављује и у неким књижевним дјелима, а у новије вријеме и у белетристици или филмској умјетности.

Садашња широко распрострањена дефиниција прогањања дефинише прогањање као вољно, злонамјерно и поновљено праћење или узнемиравање лица којим се угрожава његова безбједност. Неке дефиниције овог појма обухватају и акте ухођења једне особе, током одређеног времена, које су пропраћене пријетњама и потенцијалном опасношћу за ту особу. Углавном све дефиниције прогањања, не дефинишу прогањање само као угрожавање сигурности неке особе, него и нарушавање њене приватности.

Код дефинисања прогањања, појављује се проблем на који начин заштитити једну особу, а при том не ограничити слободе друге особе.

За законско дефинисање појма прогањања у знатној мјери су допринијеле и модерне технологије, као и убрзан начин живота, што је довело до потпунијег сагледавања проблема прогањања, зато што савремена средства комуникације, попут интернета, друштвених мрежа и мобилне телефоније у великој мјери олакшавају нежељено уплитање у туђу приватну сферу. Посебно је то изражено, с обзиром да смо сви изложени својеврсној сцени, јер по начину функционисања савременог друштва, изискује да будемо једни другима лако доступни. Међутим, та лака доступност не значи да можемо самовољно нарушавати нечију приватну сферу, па је било потребно законски санкционисати то нарушавање.³

³ Др Милица Ковачевић, „Прогањање и средстава реаговања“, ЦИВИТАС, бр. 7 (Нови Сад: 2014.)

Први закон који инкриминише прогањање као кривично дјело донијет је у САД у Калифорнији, током 1990. године.

У посљедње вријеме, након доношења Истанбулске конвенције, тачније Конвенције Вијећа Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља и друге државе у Европи су прогањање прописале као кривично дјело. Ова Конвенција је усвојена 11.5.2011. године, а ступила је на правну снагу 1.8.2014. године.

2. Прогањање као кривично дјело

Прогањање у кривично законодавство Републике Српске, као посебно кривично дјело, уведено је Кривичним закоником Републике Српске,⁴ који је објављен у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 64/17, а ступио је на снагу 18. јула 2017. године. Ово дјело дефинисано је у члану 144. Законика, а сврстано је у Главу ХИИИ „Кривична дјела против слобода и права грађана“.

Осим потребе да се ово понашање дефинише као неприхватљиво, на увођење овог кривичног дјела у кривично законодавство у Републици Српској, велику улогу је имала и поменута Истанбулска конвенција.

Босна и Херцеговина је међу првим земљама које су потписале и ратификовале ову Конвенцију. У Оквирној стратегији за имплементацију Истанбулске конвенције у БиХ, коју је донијела Агенција за равноправност полова у БиХ, један од главних циљева је осигурање досљедног и квалитетног спровођења ове Конвенције, а посебно прилагођавање законских и институционалних оквира, јер је БиХ једна од држава потписница.

Ако анализирамо битно обиљежје кривичног дјела прогањање из члана 144. Кривичног законика РС,⁵ видјећемо да се ово кривично дјело састоји у упорном и кроз дуже вријеме праћењу или ухођењу другог лица или настојању успостављања или успостављања преко другог лица директно или преко трећег лица нежељеног контакта

⁴ Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/2017).

⁵ Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић, *Коментар кривичног законика Републике Српске* (Бања Лука: ЈУ Службени гласник Републике Српске, 2018)

или у изазивању промјене животних навика, тјескобе или страха код другог лица за властиту сигурност или сигурност њему блиског лица на други начин.

Из анализе законске дефиниције дјела, видљиво је да је објект заштите лична сигурност човјека или њему блиског лица.

Извршилац може да буде свако лице, а дјело се може учинити само са директним умишљајем.

Како је видљиво из описа обиљежја дјела, радња извршења је алтернативно одређена са више алтернатива. Основно је да се радње предузимају упорно и дуже времена. Постоје разни облици како се то чини, као што је праћење или ухођење другог лица, или се са њим жели директно или преко трећег лица настојати успоставити контакт или на други начин, што код тог лица изазива промјену животних навика, тјескобу или страх за властиту сигурност или сигурност блиског лица. Овдје се ради о посљедичној диспозицији, што значи да је свака радња извршена у овом случају, довољна да доведе до предвиђене посљедице.

За овај основни облик предвиђена санкција је новчана казна или казна затвора до двије године.⁶ Тежи облик овог кривичног дјела, постоји ако је дјело извршено у односу на садашњег или бившег брачног или ванбрачног партнера, лице са којим је био у интимној вези или према дјетету. За овај облик запријеђена је казна затвора од шест мјесеци до три године.

3. Судска пракса

Обзиром да је ово кривично дјело релативно скоро уведено у кривично законодавство Републике Српске, мали је број одлука па тако:

У правоснажној пресуди Основног суда у Бијељини број: 80 0 К 101358 18 К од 12.12.2018. године се наводи:

“од фебруара 2018. године па до краја септембра 2018. године у Бијељини, у континуитету пратио, узнемиравао, те индиректно

⁶ Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право посебни дио*, пето измијењено и допуњено издање (Бања Лука: Правни факултет у Бањој Луци, 2018)

преко трећих лица упућивао пријетње и на тај начин покушао успоставити нежељени контакт са Т. Б. из Бијељине, пресрећући је у доласку и одласку са посла, шаљући непримјерене СМС поруке, пријетећи да не смије излазити са другим лицима, позивајући њене пријатеље и пријетећи, усљед чега је код Т. Б. изазвао тјескобу, страх за властиту сигурност и сигурност њених блиских лица, чланова породице.“

Из правоснажне пресуде Основни суд у Приједору, 77 0 К 095424 19 К од 18.04.2019. године је видљиво:

„У временском периоду од краја јула мјесеца 2017. године до дана 11.02.2019. године, упорно и кроз дуже вријеме пратио и уходио К. Н., са којом је у претходном периоду био у интимној вези све до 2016. године, настојећи да са њом успостави нежељени контакт и то како непосредним сусретима на њеном радном мјесту, у трговачкој радњи „Бони“ у склопу ЈЗУ Болница „Др Младен Стојановић“ Приједор, код њене породичне куће у ул. Б. у Приједору, као и на сваком другом мјесту гдје сусретне К. Н., тако и упућивањем бројних СМС порука, па је тако дана 02.07.2018. године, са паркинга ЈЗУ Болнице „Др Младен Стојановић“ Приједор, својим аутомобилом марке „Мерцедес“ пратио аутомобил марке „Пеугеот 307“ којим је управљала Ј. Г., а у којем се налазила К. Н., па све до дворишта породичне куће К. Н., када су обоје изашли из аута, више пута је питао „Да ли ти је то момак?“ мислећи на Ч. А. који је био с њом у ауту, па након што му је Н. брат рекао да напусти двориште, удаљио се у непознатом правцу, затим дана 23.09.2018. године, око 18:00 часова, дошао у трговину која се налази у Болници „Др Младен Стојановић“ у Приједору гдје је запослена К. Н. и исту узнемиравао на начин да ју је испитивао гдје је и с ким била, те зашто је била, дана 26.09.2018. године, око 17:00 часова, дошао пред кућу оштећене К. Н. узнемиравајући је и вријеђајући у присуству њеног оца, а након што јој је претходно прије свих ових догађаја слао бројне СМС поруке у дужем временском периоду са садржајем да жели да се помире и слично, затим након што му је због наведеног Рјешењем Основног суда у Приједору број 77 0 К 0942XX 18 Кпп од 05.11.2018. године одређена мјера забране посјеђивања радног мјеста К. Н. на удаљености од 50 метара и породичне куће К. Н. на удаљености од 100 метара, те састајања са истом на сваком мјесту

гдје се она налази на удаљености од 100 метара, дана 16.12.2018. године, око 14:30 часова, дошао на радно мјесто К. Н. у ТР, које се налази у ЈЗУ Болница „Др Младен Стојановић“ у Приједору, те јој рекао: „Н...., не могу више!“, а након што му је К. Н. рекла да јој не долази на посао и да је не узнемирава више, осумњичени јој је рекао: „јел треба да ми се цијели град смије зато што тебе Т. је..е“!?, након чега му К. Н. одговара да је све то умислио, да би осумњичени наставио да поставља питања К.Н. и питао је: „зашто Т. сваки дан вози твој ауто“, те наставио да инсистира да му Н. каже да ли хода са Т., те почео да се хвата за главу, да би се након тога смирио и ухватио је за руку, пољубио и почео да плаче, након којег догађаја му је одређен притвор Рјешењем Основног суда у Приједору који је трајао до 16.01.2019. године, опет након што је изашао из притвора, дана 11.02.2019. године око 23:00 часова, и поред мјера забране које су му изречене, дошао у УО у Улици Козарска бб, у Приједору „Т“, власништво Т., у којем се налазила и К. Н., па када му се иста обратила са ријечима да је касно и да више не служе пиће у локалу, почео је вербално вријеђати говорећи јој да је курва и фукса, након чега је оштећена позвала полицију, која је убрзо дошла на лице мјеста и лишила га слободе, на који начин је осумњичени код К. Н. изазвао промјене животних навика, јер иста избјегава да се креће по граду, као и тјескобу и страх за властиту сигурност и сигурност њој блиских лица, због чега већ посјећује психолога и психијатра.“

Основни суд у Бијељини, у својој пресуди број: 80 0 К 097525 18 од 27.05.2019. године наводи:

„у временском периоду од 05.04.2018. године до 18.04.2018. године у Бијељини упорно уходио В. Г. из Бијељине настојећи да са њом директно успостави нежељени контакт, а са којом је претходно био у интимној вези, на тај начин што је исту узнемиравао телефонским позивима, упућујући јој пријетње да ће је убити и уништити, затим долазио ноћу до њеног стана и лупао на прозор, звонио на врата, исту сачекивао у гаражном простору у мраку, уз пријетње смрћу, те упућивао писма са пријетећом садржином, што је код В. Г. изазвало осјећај страха за властиту сигурност.“

Окружни суд у Бијељини потврђујући ову пресуду Основног суда у Бијељини, у својој пресуди: 80 0 К 097525 19 Кж 23.07.2019.

године наводи: “оптужени у наведеном периоду истој упућивао телефонске позиве пријетећи јој да ће је убити и уништити, долазио ноћу до њеног стана, лупао на прозор, звонио на врата, сачекивао у гаражном простору, упућивао јој писма са пријетећом садржином, а све у намјери да са њом, као лицем са којим је раније био у интимној вези, поново успостави контакт који она није жељела. У том смислу треба имати у виду да је оштећена детаљно описала свој однос са оптуженим, прије инкриминисаног периода, а потом и у инкриминисаном периоду, од момента изласка оптуженог из Казнено поправног завода гдје је био на издржавању казне затвора, па и у периоду који је услједио након периода одређеног изреком побјане пресуде. Из њене изјаве се може закључити да је оптужени исту упорно уходио, те својим понашањем код исте изазвао осјећај нелагоде, узнемирености и страха за властиту сигурност. Ту чињеницу није потребно утврђивати посебним вјештачењем, како то сматра жалба, него исту процјењивати према околностима конкретног случаја, како то налази првостепени суд.“

Правоснажном пресудом Основног суда у Добоју : 85 0 К 066507 17 К од 20. 02. 2018. године се наводи:

„У временском периоду од 18.07.2017. године до 11.08.2017. године у Добоју успостављао нежељени контакт са бившим ванбрачним партнером Ђ. А. и исту пратио, тако што јој је у више наврата слао пријетеће СМС поруке и долазио на мјеста на којима се у то вријеме налазила оштећена или гдје би могао очекивати долазак оштећене, да би дана 30.07.2017. године са претплатничког бројана претплатнички број оштећене Ђ. А. послао СМС поруке у којима је питао „ко су лица са којима се дружи“, те јој упућивао псовке, затим дана 05.08.2017. године послао СМС поруку „Јебем ти све до петог кољена, јебем ти све живо и мртво, хајд’ прођи још једном овуда, курветино једна, бештијо, лујко“, а дана 07.08.2017. године када се оштећена А. налазила у башти кафића „Цинема“ заједно са П. Т. и Ч. Д. стајао у близини и посматрао, због чега је оштећена била приморана да оде са наведеног мјеста, а потом дана 08.08.2017. године, у кафићу „О...“, власништво оштећене, пришао другарици оштећене П. Т. и рекао да ће оштећену сломити, а да ће она бити колателарна штета, након чега је дана 10.08.2017. године послао СМС поруку „Шта је курветино, наћу те вечерас па макар

била у рупи мишијој“, а петнаестак минута након добијене поруке, док се оштећена кретала својим путничким моторним возилом марке BMW рег. ознака К 51-J-XXX испред зграде Телекома је угледала оптуженог, који је почео да трчи према њеном возилу, када је оштећена, а како би избјегла сусрет са оптуженим, почела да вози уназад, те успјела избјећи сусрет са истим, а догађај пријавила у Полицијску станицу Добој 1, дана 11.08.2017. године око 11:00 часова, да би приликом кретања возилом са паркинг простора, који се налази између зграде суда и управне зграде радника, а како би се укуључила у саобраћај у смјеру улице Цељска зауставила возило крај гвожђаре Д..., да пропусти возила која су се кретала, у том тренутку пришао јој оптужени и кроз отворен прозор десном руком ухватио је за надлактицу њене лијеве руке, јако је стиснуо и почео јој увртати руку, те рекао „добит ћеш данас метак у главу“, након чега је оштећена десном руком узела сузавац и пошприцала оптуженог у очи, када јој је и пустио руку, након чега се удаљила са лица мјеста, а што је код оштећене Ђ. А. изазвало страх за властиту сигурност.“

Основни суд у Зворнику у својој правоснажној пресуди број 83 0 К 0356XX 18 К од 16.03.2018. године наводи:

„Током 2017. године, па до дана 24.08.2017. године, у Б Град Зворник, а након што је његова бивша дјевојка Т. М. из Л. са којом је био у интимној вези одлучила да раскине везу с њим, скоро сваког дана и ноћи, са својих мобилних телефона број XXXX и број XXX, позивао је, некада и више од 20 пута за један дан, те слао поруке сљедеће садржине: „назови ме само још једном погрдним именом, изгледат ћеш погрдно, горег непријатеља од мене нећеш имати, нећу ти остати дужан кунем се, ја тонем сви ће за мном, знај само смијат ћу се задњи“, иако је знао да она с њим не жели више никакав контакт, што је код ње изазвало страх за властиту сигурност, нарочито због чињенице да је М. нелегално посједовао ватрено оружје – пиштољ непознате марке, фабрички број ЕФ11101XXX који је након извршеног претреса добровољно предао полицијским службеницима ПС Козлук 24.08.2017. године.“

Из наведених примјера судске праксе видљиви су различити начини извршења овог кривичног дјела, како их је сам закон и предвидио.

4. Кривично дјело прогањања у земљама региона

4.1. Република Хрватска

У Републици Хрватској кривично дјело „наметљиво понашање“ дефинише случајеве у којима жртву, на разне начине и кроз дуже временско раздобље, узнемирава починитељ на начин да жртва осјећа страх и тјескобу. При томе је важно утврдити јесу ли починитељ и жртва прије почињења тог дјела били у вези, јер тај податак чини разлику између обичног и квалифицираног облика казненог дјела, за који се може изрећи казна затвора и до три године.

Према чланку 140. Казненог закона, кривично дјело *наметљивог понашања* чини онај ко устрајно и кроз дуже вријеме прати или уходи другу особу или с њом успостави или настоји успоставити нежељени контакт или је на други начин застрашује и тиме код ње изазове тјескобу или страх за њезину сигурност или сигурност њој блиских особа. Тежи облик овог кривичног дјела постоји ако је то дјело почињено у односу на садашњег или бившег брачног или ванбрачног друга или истосполног партнера, особу с којом је починитељ био у интимној вези или према дјетету.

Постоје разни разлози који доводе до чињења тог кривичног дјела, а најчешће се односе на жељу за успоставом интимног односа са жртвом (ако претходно није постојала никаква веза), жељу за осветом због промијењене ситуације (развод или прекид интимне заједнице) или жељу за обнављањем прекинуте интимне заједнице.

У правоснажној пресуди Опћинског суда у Копривници, бр. К-122/14-117 од 19. 5. 2014. године, суд је заузео стајалиште о томе које се понашање сматра наметљивим:

„Суд сматра неспорним да је окривљеник у инкриминираном раздобљу упућивао ошт. Ј. Б. поруке са свог на њезин мобилни уређај у којима јој је говорио да је воли, да с њом жели бити, да ће се разочарати у особама које се умијешају у њихов однос, да жели с њом ићи на каву, да му објасни зашто шаље друге особе да га убију, тражио од ње да се с њим састане, позивао је на каву, говорио јој да знаде гдје се састаје и са киме се састаје, те жели ли да јој «препише» своју кућу, јер то произлази из исказа саме оштећене, увида у излист порука, те исказа свједока З. Б. и И. Б.“.

Дакле, учиниоци овог кривичног дјела су лица која покушавају успоставити нежељени контакт, прате своју жртву без њезиног знања или је застрашују на неки други начин чиме код жртве изазивају тјескобу или страх. Треба напоменути да жртве често мијењају животне навике како би избјегле контакт с починитељем, избјегавају одлазак на одређена мјеста, мијењају телефонске бројеве, а у неким случајевима мијењају чак и мјесто становања.

4.2. Република Србија

У кривичном законодавству Републике Србије, кривично дјело прогањање уведено је од 1. јуна 2017. године у Кривични законик Републике Србије.

Само дјело има три облика: први, којим се дефинише појам прогањања, други гдје је изазвана опасност за живот људи и трећи ако је наступила смртна посљедица.

За основни облик дјела, законодавац таксативно наводи више могућих радњи извршења овог кривичног дјела, при чему ако радња наводи и друге радње којима се може да осјетно угрози живот лица. Када сагледамо дефиницију кривичног дјела прогањање, сви који се осјете узнемирено, угрожено или уплашено јер их нека особа против њихове воље прати, уходи, контактира на било који начин, сматрају се жртвама овог кривичног дјела. Ово кривично дјело чини свако онај ко у току одређеног временског периода другу особу, без њеног пристанка прати, уходи, злоупотребљава њене податке, врши узнемиравање телефоном, било директном комуникацијом, било слањем смс порука, слањем мејлова, путем друштвених мрежа, фејсбука, инстаграма и др., при чему за постојање овог дјела није битно да ли се прогонилац и жртва познају и да ли су били у некој вези. Посљедице овог понашања су да жртва осјећа тјескобу и узнемиреност, те због тога мора да мијења свој устаљени начин живота - да почиње да се крије, мијења број мобилног телефона, гаси налоге на друштвеним мрежама, избјегава одлазак на поједина мјеста, а неријетко мијења и адресу на којој живи.

Врховни касациони суд Србије, у својој одлуци број Кзз 70/2019 од 6. 2. 2019. године, наводи:

„Да је дана, 8.2.2018. године, око 13:00 часова у Прокупљу у стању урачунљивости, са умишљајем, друго лице неовлашћено пратила у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи, на тај начин што је видевши оштећену ББ у центру Прокупља, кренула за њом и када је оштећена ушла у кафе „ВВ“, ушла за њом, а потом када је изашла из кафеа, изашла за њом и потом за оштећеном ушла у други кафић „ГГ“ у који је оштећена ушла, када јој се оштећена обратила питавши је да ли је прати, а потом када је оштећена изашла из кафеа и кренула ка центру града како би се састала са својим пријатељима ДД и ЂЂ, кренула за њом и када је оштећена са својим пријатељима ушла у путничко возило ЕЕ пришла до возила, а потом када се возило удаљило са лица места, отишла до куће оштећене ББ и стајала у улици ..., при чему је била свесна забрањености дела и хтела је његово извршење, - чиме би извршила кривично дело прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) Кривичног законика Републике Србије.

4.3. Црна Гора

У Црној Гори кривично дјело прогањање је усвојено и примјењује се од 29. јуна 2017. године и дефинисано је кроз основни облик и четири квалификована облика у зависности од оштећеног или посљедица.

У основном облику радња извршења се састоји од упорног прогањања на начин који може да осјетно угрози живот, здравље, тијело или начин живота оштећеног.

Квалификовани облик дјела ће бити уколико је учињено према бившем брачном или ванбрачном другу, малољетном лицу, трудној жени или лицу са инвалидитетом. Поред овог квалификованог облика, законодавац је прописао и још два квалификована облика, у зависности од посљедице која је наступила.

Законодавац је дефинисао када се има сматрати да неко упорно прогања друго лице. Да би прогањање било упорно, неопходно је да траје у одређеном временском периоду, што суд цијени у зависности од конкретног случаја. Само трајање прогањања утиче на посљедицу угрожавања живота, здравља, тијела, нарочито начина живота оштећеног.

5. Закључак

Кад анализирамо садржину рада видимо да је прогањање као феномен, већ дуго присутан. Из рада су видљиве и категорије најчешће угрожених лица, а прогањање као пропратна појава се појављује код других незаконитих понашања као што је насиље у породици, сексуално узнемиравање и друге врсте насиља. Као кривично дјело прогањање је дефинисано прво у Калифорнији, а и у другим државама САД.

У земљама у Европи, велики допринос за регулисање прогањања као кривичног дјела, допринијела је свијест, а посебно Истанбулска конвенција или Конвенција Вијећа Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Овај међународни уговор, састављен је под окриљем Вијећа Европе, а потписан 11.5.2011. године у Истанбулу.

Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију и иста је ступила на снагу 1. августа 2014. године. Ради спровођења Конвенције, Босна и Херцеговина је при Министарству за људска права и избјеглице, формирала Агенцију за равноправност полова, а Влада Републике Српске формирала је Гендер центар.

Како је Истанбулска конвенција правно обавезујући документ, њу треба уградити у све законе који се доносе у Републици Српској, након што је она ступила на снагу.

Тако су при доношењу Кривичног законика Републике Српске, који је објављен у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 64/17, а ступио на правну снагу 18.7.2017. године, у њега уграђене одредбе Истанбулске конвенције које регулишу кривично дјело прогањања.

Обзиром да је ово кривично дјело у Републици Српској, релативно ново у кривичном закону и у судској пракси нема пуно примјера и одлука. Дакле, потребно је да прође извјесно вријеме, да добијемо јасне ставове везане за ово кривично дјело. И у државама региона, Србији, Црној Гори и Хрватској прогањање је регулисано као посебно кривично дјело, како је обрађено у самом раду, док у КЗ ФБиХ и КЗ БД, прогањање није регулисано као посебно кривично дјело.

Литература:

- Бабић М., Марковић И. (2018). Кривично право: Посебни дио. Бања Лука: Правни факултет у Бањој Луци.
- Јовашевић Д., Митровић Љ., Икановић В. (2018). Коментар кривичног законика Републике Српске. Бања Лука: ЈУ Службени гласник Републике Српске.
- Миладиновић-Стефановић Д. (2016). Прилог расправи о криминализацији прогањања. Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 72. (Ниш: Правни факултет Универзитет у Нишу)
- Ковачевић М. (2014). Прогањање и средстава реаговања. ЦИВИТАС, број 7.
- Ђурковић Радловић Д. (2018). Не насиљу-јединствен одговор. Трећа међународна научна конференција Друштвене девијације, Зборник радова. (Бања Лука: ЦМЗ, 2018).
- Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/2017).

Azra Mejrušić
Stručna saradnica
Općinski sud u Kiseljaku
azra.mejrusic@pravosudje.ba

TRGOVINA LJUDIMA

Sažetak: *Tema ovog rada odnosi se na trgovinu ljudima što je najteži oblik kršenja ljudskih prava. Uzimajući u obzir da se radi o globalnom fenomenu, jasno se može zaključiti da su istim pogođene gotovo sve zemlje, naravno, uzimajući različite pojavne oblike iste. Danas je trgovina ljudima globalni problem koji predstavlja grubo kršenje ljudskih prava i dostojanstva. Problem trgovine ljudima treba tražiti u nekim dubljim korijenima, s obzirom da u većini slučajeva, uzimajući statističke podatke, žrtve dolaze iz siromašnijih zemalja, te se kao takve prodaju u bogatije zemlje za veliki profit i kriminalne grupe koje trguju ljudima, samim tim, povezuju se u organizovanu mrežu koja doseže inostrane elemente. Imajući u vidu samu razmjenu ovog problema, istim su se počele baviti kako međunarodna zajednica, tako i brojne nevladine organizacije. Trgovina ljudima u domaćoj krivičnoj praksi zauzima značajno mjesto. Većina žrtava su žene i djeca, međutim, kada je riječ o Bosni i Hercegovini, da se zaključiti da su to u većini slučajeva domaći državljani (dominantna je unutrašnja trgovina ljudima), izuzetno državljani najčešće susjednih nam država.*

Ključne riječi: *trgovina ljudima, ljudska prava, kršenje ljudskih prava, seksualno iskorištavanje, krivično pravo, organizirani kriminal*

1. Uvod

Ako se vratimo u prošlost, može se činiti da je trgovina ljudima bila prilično beznačajna iako datira još iz antičkog doba. Međutim, trgovina robljem predstavljala je problem kroz cijelu historiju, te je i danas globalni problem koji, prije svega, zahvata zemlje koje se nalaze u političkoj i ekonomskoj tranziciji. Danas u razvijenom svijetu postoji opći konsenzus da je ropstvo sramota. Uzimajući u obzir da je trgovina ljudima fenomen koji je dio cjelokupne ljudske historije, a ropstvo i eksploatacija drugih nisu iskorijenjeni ni u modernim ni u demokratskim društvima. Trgovina ljudima mijenjala je samo svoje oblike i prilagođavala se aktuelnim društvenim uslovima. Kako je riječ o globalnom problemu, isti postoji i u izuzetno razvijenim zemljama, ali s manjim procentom. Tako, na primjer, u Bangladešu postoji prisilna radna snaga u raznim industrijama, u Sjedinjenim Američkim Državama mnoge žene su seksualno iskorištavane, na ulicama evropskih prijestolnica postoje prosjaci kojima se zapravo trguje. Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, prvi zabilježeni slučajevi trgovine ljudima javljaju se u periodu 1996. godine. Međutim, to ne znači da ista nije postojala i ranije, ali su slučajevi u vrijeme ratnog stanja tretirani kao ilegalne imigracije ili su se podvodili pod prostituciju. Bosna i Hercegovina, kao i sve druge evropske zemlje, suočava se sa problemom trgovine ljudima, posebno ženama i djecom, i to kao zemlja porijekla, tranzita i odredišta. Statistike pokazuju da su djeca najrizičnija grupa koju trgovci ljudima vrbuju i iskorištavaju. Složenost zakonskog bića krivičnog djela trgovine ljudima, s jedne strane, te teškoće u njegovom otkrivanju i dokazivanju, s druge strane, zahtijevaju kontinuirano nastojanje svih aktera uključenih u borbu protiv ove pojave da se olakša i učini efikasnom istraga ovog krivičnog djela. Borba protiv trgovine ljudima je dugotrajan i mukotrpan proces, koji zahtijeva angažovanje cjelokupnog društva, uključivanje i partnerstvo svih vladinih i nevladinih institucija i organizacija koje u svojim nadležnostima ili programima djelovanja imaju neku od aktivnosti usmjerenih na suzbijanje trgovine ljudima. Akcije usmjerene na borbu protiv trgovine ljudima moraju biti koordinirane i istovremeno usmjerene na krivično gonjenje trgovaca ljudima, na zaštitu žrtava trgovine ljudima i na prevenciju, posebno prevenciju među rizičnim grupama kao što su djeca.

2. Trgovina ljudima kroz historiju, zakonska regulativa i sudska praksa

2.1. Pojam

Autor u ovom dijelu rada nastoji približiti pojam trgovine ljudima. Kako je već navedeno, trgovina ljudima je globalna pojava koja traži pažnju i resurse vlade, međunarodne zajednice i pružilaca usluga. Trgovina ljudima nije sociološka kategorija, već pravosudna kategorija koja se rodila unutar diskurzivnosti potrebe za radom nadnacionalnih granica. Sredinom 19. stoljeća povećalo se protivljenje trgovini crnačkim afričkim robovima. Pored ove hitnosti, ne više humanitarne nego ekonomske, dodana je i zabrinutost zbog trgovine bijelim ženama radi prostitucije. Iako se mogu uspostaviti odnosi između tih pojava, mora biti jasno da su to različiti događaji, jer su motivirani različitim razlozima.¹

Trgovina ljudima podrazumijeva oblik prinude, fizičke ili mentalne, radi eksploatacije žrtve, kao grubo kršenje ljudskih prava i dostojanstva, te se može desiti i unutar nacionalnih granica. U svijetu je odavno prepoznata kao veoma opasan oblik organiziranog kriminala, koji na globalnom nivou predstavlja najunosniju i najprofitabilniju kriminalnu aktivnost. Trgovci ljudima eksploatišu žrtve trgovine i to uglavnom žene i djecu, na veoma okrutan i bezobziran način, s ciljem da steknu novac i bogatstvo. Kriminalne grupe koje trguju ljudima povezane su u organiziranu mrežu u zemlji i inostranstvu. Trgovina ljudima je unosnija čak i od trgovine drogom i oružjem, jer ljudi se mogu prodavati više puta i njihov rad se može beskrajno iskorištavati. Raznolikost oblika u kojima se može dogoditi trgovina ljudima predstavlja niz problema. Možda se ne smatra da se neki oblici uzdižu do iste razine ozbiljnosti kao drugi. Stoga se postavlja pitanje gdje povući crtu i koje prakse spadaju u zakonsku definiciju trgovine ljudima. Prevelika generacija termina trgovanja ljudima lako može dovesti do prekomjernog pojednostavljenja problema i rezultirati situacijom u kojoj se zanemaruju mnoge eksploatacijske prakse. S druge strane, isključivanje određenih oblika trgovine može jednako tako izazvati zbrku. Na primjer, nisu svi oblici ili slučajevi rada pod eksploatacijskim uslovima trgovina ljudima. Mnogo je različitih razloga zbog kojih

¹ Iva Milković, „Trgovina ljudima kao najteži oblik kršenja ljudskih prava“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, broj 57,4 (oktobar, 2020), str.1097-1111.

ljudi završe radeći u užasnim uslovima. U pozadini bi moglo postojati duboko ukorijenjeno siromaštvo i ranjivost, ali rad u nepovoljnim uslovima ne predstavlja trgovinu ljudima ako se radi dobrovoljno, a ne pod prisilom. Nadalje, svaki pojedinac je različit i iskustva o tome šta čini prisilu mogu biti različita. U svakom slučaju, koncept prisilnog rada pokriva širi raspon situacija i ima niži prag od trgovine ljudima.² Trgovina ljudima je složena djelatnost koja se odvija u tri faze i to:

-regrutovanje (putem neformalne mreže porodice i prijatelja, oglasa koji nude zaposlenje, simulirani i ugovoreni brakovi i slično);

-tranzit/transport (slijedi nakon regrutacije što uključuje pružanje utočišta žrtvama unutar vlastite države ili međunarodni transfer kada su žrtve prevezene kamionima ili privatnim autobusima, te žrtve pristanu na ovisnost o trgovcima za nabavku dokumenata i za transport);

-destinacija/eksploatacija kao svrha trgovine ljudima (potpuno se realizuje iskorištavanje, što je cilj trgovaca i žrtva počinje živjeti u ropskim uslovima, u seksualnoj industriji, ili kao kućna pomoćnica, tvornički radnik koji radi mnogo i prekovremeno u neljudskim uslovima).³

2.2. Zakonska regulativa - međunarodni standardi

Pravni okviri predstavljaju obavezu ili plan oko kojeg su se zemlje usaglasile radi borbe protiv određenog oblika kriminaliteta i mogu biti na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou. Trgovanje ljudima prvi put je obrađeno u Međunarodnom sporazumu o suzbijanju trgovine “bijelih robova” 1904. godine. Trgovina bijelim robljem odnosila se isključivo na prostituciju bijelih žena i djevojčica. Konvencija o suzbijanju trgovanja ljudima i iskorištavanju tuđe prostitucije 1949. godine kombinirala je sve svoje prethodne ugovore u jedan, što će ostati centralni ugovor koji se bavi trgovinom ljudima do 2000. godine. Definicija Konvencije iz 1949. godine o trgovini ljudima odnosila se samo na iskorištavanje prostitucijom, a trgovanje ljudima bilo je izvan okvira Konvencije. Konvencija je, međutim,

² Ezeilo J.N. „Trafficking in human beings in the African context, in Piotrowicz, Ryszard; Rijken, Conny; Uhl, Baerbel Heide (ed.)“. *Routledge Handbook of Human Trafficking*, (2018.), str. 52-67.

³ Hajrija Hadžiomerović – Muftić, „Trgovina ljudima pravni okvir – sličnosti i razlike“. *Pravo i pravda*, broj 1 (Sarajevo: 2004), str. 49.

imala određeni potencijal, jer je prepoznala da muškarci i dječaci mogu biti podložni prostituciji, te je primijenjena kako na unutarnju, tako i na međunarodnu trgovinu.⁴ Međunarodni dogovor o potrebi za borbom protiv organiziranog kriminala postignut je u oktobru 2000. godine kada je, prema zaduženju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, međuvladin, *ad hoc* komitet razvio novi međunarodni režim u obliku Konvencije protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta. Konvencija je dopunjena s tri dodatna protokola i to: Protokolom protiv krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazdušnim putem, Protokolom za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebno ženama i djecom (koji je na snagu stupio 25. decembra 2003. godine) i Protokolom protiv ilegalne proizvodnje i trgovine oružjem, vatrenim oružjem, njegovim dijelovima, komponentama i municijom (koji je stupio na snagu 3. jula 2005. godine). Konvencija je prvi univerzalni, pravno obvezujući instrument Ujedinjenih naroda u oblasti borbe protiv organiziranog kriminala. Ovaj tzv. Bečki proces bio je od velikog značaja u smislu prvog ozbiljnog pokušaja od strane međunarodne zajednice da upotrijebi međunarodno pravo kao sredstvo u borbi protiv transnacionalnog organiziranog kriminala. Protokol za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebno ženama i djecom, koji se često naziva i Palermo protokol, prvi je međunarodni instrument koji definiše problem trgovine ljudima i dio je Konvencije protiv transnacionalnog organiziranog kriminala. Palermo protokol pruža sljedeću definiciju trgovine ljudima u članu: (a) „trgovina ljudima” znači vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica, putem prijetnje silom ili upotrebom sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata, kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa; (b) pristanak žrtve trgovine ljudima na namjeravanu eksploataciju iznijetu u podstavu (a) ovog člana je bez značaja u slučajevima u kojima je korištena bilo koja mjera iznijeta u podstavu (a); (c) vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje ili primanje djeteta za svrhe eksploatacije smatra se „trgovinom ljudima” čak i ako ne obuhvata bilo koje od sredstava iznijetih u

⁴ I. Milković, „Trgovina ljudima kao najteži oblik kršenja ljudskih prava“, str.1097-1111.

podstavu (a) ovog člana; (d) „dijete” znači bilo koju osobu mlađu od 18 godina.⁵ Države imaju zakonsku i pozitivnu obavezu da zaštite žrtve trgovine ljudima. Prema Konvenciji Vijeća Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (2005, član 10/1),⁶ a ista je jedan od najefikasnijih instrumenata borbe protiv trgovine ljudima, nadležni organi strana ugovornica treba da identifikuju i zaštite žrtve. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) nedvosmisleno ističe da „trgovina ljudima ugrožava ljudsko dostojanstvo i osnovne slobode žrtava i ne može se smatrati kompatibilnom sa demokratskim društvom.”⁷ Sud naglašava da zahtjev za obavljanjem istrage ne zavisi od prijave koju podnosi žrtva, već da nadležni organi moraju postupati na sopstvenu inicijativu nakon što saznaju za slučaj.⁸ Prema članu 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: Konvencija),⁹ u određenim okolnostima može se zahtijevati od države da preduzme operativne mjere za zaštitu žrtve ili potencijalne žrtve. U skladu s pozitivnim propisima od država članica, u skladu sa pozitivnim obavezama koje proizilaze iz međunarodnih pravnih okvira, očekuje se da preduzmu sve proceduralne korake sa ciljem da identifikuju pretpostavljene žrtve trgovine ljudima u najranijoj mogućoj fazi. Bosna i Hercegovina je država članica Konvencije Vijeća Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, koja predstavlja sveobuhvatan međunarodni instrument u borbi protiv trgovine ljudima i koja sadrži odredbe kako o krivičnom gonjenju, tako i o zaštiti žrtava trgovine ljudima te, kao takav, predstavlja pomak na evropskom nivou, jer je prvi put definiran niz obaveznih pravila koja se odnose na zaštitu žrtava trgovine ljudima (Poglavlje III). Definicija trgovine ljudima propisana je članom 4. Konvencije Vijeća Evrope. Konvencija jasno propisuje da se trgovina ljudima odnosi i na “unutrašnju trgovinu ljudima”, odnosno trgovinu ljudima na teritoriji samo jedne države, gdje se kao žrtve pojavljuju građani te zemlje (član 2). Ova Konvencija također izričito predviđa

⁵ Antonela Arhin, „Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije: Struktura i dinamika pravnog okvira u Republici Srbiji”. *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, 34,2 (decembar, 2013): str.1021-1022.

⁶ Vijeće Evrope, Konvencija Vijeća Evrope o borbi protiv trgovine ljudima. Dostupno na <https://rm.coe.int/168008371d> pristupljeno 15.11.2017. godine, 14.09.2021.godine.

⁷ Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Ransterov protiv Kipra*, br:25965/04, 07. januar 2010. godine

⁸ Ibid, stav 288.

⁹ Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Dostupno na: https://advokatprnjavorac.com/zakoni/Evropska_konvencija_o_ljudskim_pravima_i_osnovnim_slobodama.pdf, pristupljeno dana 19.09.2021.godine.

da trgovina ljudima ne mora biti vezana za organizirani kriminal (član 2). Konvencija Vijeća Evrope o borbi protiv trgovine ljudima sadrži odredbe kojima se nastoji ojačati položaj žrtve trgovine ljudima u krivičnom postupku, bez povrede prava osumnjičenog (Poglavlje V). Istovremeno, Konvencija predviđa odredbe kojima bi se unaprijedila međunarodna saradnja u istrazi krivičnih djela trgovine ljudima. U odnosu na obaveze države opći je zahtjev da svaka istraga o povredi ljudskih prava mora biti efikasna. S tim u vezi, Konvencija ističe potrebu za efikasnom saradnjom između tužilaca i policijskih agencija, kao i između različitih policijskih agencija.¹⁰ Konvencija (član 27) traži od država članica da svi oni koji su nadležni za provođenje zakona budu specijalizirani u ovoj oblasti, te da se sistem koordinira. Ova obaveza ne podrazumijeva da svaki sud, tužilaštvo i lokalna policija moraju posjedovati neophodno stručno znanje u ovoj oblasti, već da zapravo treba, prema potrebi, preduzimati određene mjere za specijalizaciju, kako bi se trgovina ljudima efikasno procesuirala.¹¹ Pored ove konvencije Bosna i Hercegovina je ratificirala i druge međunarodne dokumente za borbu protiv trgovine ljudima. Međunarodne norme i standardi koji su od značaja za ovu problematiku su:

1. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN (1948);¹²
2. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950);¹³
3. Pekinška deklaracija i Plan akcije (1955);¹⁴
4. Konvencija o pravima djeteta;¹⁵
5. Konvencija o sprečavanju trgovine ljudima i eksploatacije prostitucije drugih (1949);
6. Konvencija o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena -

¹⁰ Vidjeti: Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2009, *Trgovina ljudima i odgovor domaćeg krivičnog pravnog sistema*, kritički pregled zakona i prakse u Bosni i Hercegovini u svjetlu ključnih međunarodnih standarda, str.48. Dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/2/110140.pdf>.

¹¹ Vidjeti: Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020, *Priručnik za provođenje istraga u predmetima trgovine ljudima*, str.10. Dostupno na: <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari/seminari-2020/14-282banja-luka-trgovina-ljudima/2896-osce-prirucnik-istrage-tlj/file>, 27.10.2021.godine.

¹² Usvajena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 (III) od 10. decembra 1948. godine: 48 država je glasalo za, nijedna protiv, dok je osam bilo suzdržano (uključujući Jugoslaviju, Saudijsku Arabiju, Južnu Afriku i SSSR). Dostupno na: https://ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/fajlovi/univerzalna-deklaracija-o-ljudskim-pravima_1948.pdf, 14.09.2021.godine.

¹³ Evropski sud za ljudska prava, Council of Europe, 67075 Strasbourg codex, France. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf, 14.09.2021.godine.

¹⁴ Usvajena na Četvrtoj svjetskoj konferenciji o ženama 15.09.1995.godine. Dostupno na: <https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2014/01/04-PEKINSKA-DEKLARACIJA-kb.pdf>, 14.09.2021.godine.

¹⁵ Usvajena od Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, 20. novembra 1989. godine. Dostupno na: https://www.unicef.org/bih/media/676/file/Konvencija%20o%20pravima%20djeteta.pdf?fbclid=IwAR0CMNHt4iz3GL1pX40gswiM4xY_n3DBgvt1sBO0jj6Nd5Xv67lSKQdcysc, 14.09.2021.godine.

- Ženevska konvencija (1979);¹⁶
7. Haška ministarska deklaracija o evropskim smjernicama za efikasne mjere u suzbijanju trgovine ženama s ciljem seksualne eksploatacije;
 8. Protokol o prevenciji, eliminiranju i kažnjavanju trgovine ljudskim bićima, posebno ženama i djecom (2000) - dopuna Konvencije UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala;
 9. Preporuka Vijeća Evrope 1325 o trgovini ženama i prisilnoj prostituciji u državama članicama Vijeća Evrope;
 10. Preporuka Komiteta ministara broj R (2000) o akciji protiv trgovine ljudskim bićima u svrhu seksualne eksploatacije;
 11. Preporuka principa i smjernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima UN.

2.3. Zakonska regulativa unutar Bosne i Hercegovine

Bosna i Hercegovina ima kompleksno ustavno, institucionalno i zakonodavno ustrojstvo, koje rezultira multipliciranjem nadležnosti i institucija nadležnih za postupanje u predmetima trgovine ljudima na državnom, entitetskom, kantonalnom nivou i na nivou Brčko Distrikta BiH. Ovo ustrojstvo predstavlja poseban izazov kada se radi o složenom krivičnom djelu kao što je trgovina ljudima, koje zahtijeva sveobuhvatan, multidisciplinarni i koordiniran pristup. Nadležnost za krivično zakonodavstvo i krivičnopravni sistem je podijeljena između države, entiteta i Distrikta. Naprijed navedeno za rezultat ima nekoliko pravnih sistema, jurisdikcija i institucija nadležnih da se bave trgovinom ljudima na nivou države, entiteta, Distrikta i kantona. Krivično djelo trgovine ljudima definisano je u Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ BiH), u odredbi člana 186¹⁷ čija definicija proizilazi iz Protokola Konvencije UN o borbi protiv transnacionalnog kriminala – Protokola iz Palerma. To znači da je to djelo u nadležnosti Suda i Tužilaštva BiH. Prema navedenom članu, definicija djela trgovine ljudima glasi:

¹⁶ Dostupno na https://ravnopravnost.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/preuzimanje/dokumenti/un/kon_o_ukl_diskr_zena.pdf, 14.09.2021.godine.

¹⁷ Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021).

„ko učestvuje u vrbovanju, prebacivanju i davanju utočišta ili prihvata osoba, prijeteći ili koristeći silu, ili druge oblike prinude, otmicu, prijevaru, obmanu, zloupotrebu vlasti ili tuđe nemoći, ili davanje ili primanje isplata ili povlastica kako bi se pribavio pristanak osobe koja kontrolira drugu osobu“.

Nadležnost Tužilaštva BiH, odnosno Suda BiH, u suštini, ograničena je isključivo na predmete trgovine ljudima koji sadrže međunarodni element, odnosno, trgovine osobom u zemlji u kojoj ta osoba nema stalni boravak, niti je njen državljanin. Istom odredbom predviđeno je kažnjavanje korištenja usluga žrtve trgovine ljudima kaznom zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina (član 186., stav 5). Također, Krivični zakon BiH predviđa odredbe o nekažnjavanju za učinjenje krivičnih djela koja su žrtve trgovine bile prisiljene učiniti kao direktan rezultat situacije kojoj su žrtve bile podvrgnute kao posljedica trgovine ljudima. Pored zakonskih rješenja sadržanih u KZ BiH, u entitetskim zakonima i zakonu Brčko Distrikta BiH sadržana su neka krivična djela koja se mogu dovesti u vezu sa trgovinom ljudima ili nekih segmenata ove kriminalne aktivnosti. Krivični zakon FBiH¹⁸ i Krivični zakon BD,¹⁹ u daljem tekstu: KZ FBiH i KZ BD) predviđa krivično djelo „navođenje na prostituciju“ (član 210 KZ FBiH i član 207 KZ BD), a Krivični zakonik RS (u daljem tekstu: KZ RS) krivično djelo „trgovina ljudima“ (član 145)²⁰. Takođe, u KZ RS članom 146. predviđeno je krivično djelo „trgovina djecom“, a članom 147. krivično djelo „Udruživanje radi vršenja krivičnih djela trgovine ljudima i djecom“.

Pravila krivičnog postupka, prema kojima su dužni postupati učesnici u krivičnom postupku kada postupaju u krivičnim stvarima, kao što su krivična djela trgovine ljudima, propisana su zakonima o krivičnom postupku i to: Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKPBiH),²¹ Zakonom o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKPFBiH),²²

¹⁸ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017).

¹⁹ Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službene novine Brčko Distrikta BiH“, br. 19/2020).

²⁰ Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021).

²¹ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003, 26/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009, 93/2009, 72/2013, 65/2018, 46/21).

²² Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 35/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014, 74/2020).

Zakonom o krivičnom postupku Republike Srpske (u daljnjem tekstu: ZKPRS)²³ i Zakonom o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BDBiH).²⁴

Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu²⁵ i Pravilnik o zaštiti stranaca žrtava trgovine ljudima²⁶ regulišu ulazak i prava stranaca na boravak i azil, te pružaju neke dodatne mjere zaštite za strane žrtve trgovine ljudima u Bosni i Hercegovini. Takođe, Zakoni o Državnoj agenciji za istraživanje i zaštitu,²⁷ Državnoj graničnoj policiji BiH,²⁸ Zakon o graničnoj kontroli,²⁹ Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka³⁰ regulišu ovu problematiku od 2004. godine. Sve navedeno ukazuje na zaključak da se ovoj problematici pristupilo sa dosta pažnje u cilju suzbijanja trgovine ljudima.

Bosna i Hercegovina je usvojila dva bitna podzakonska akta, kojima se osigurava zaštita žrtava trgovine ljudima: Pravilnik o zaštiti stranih žrtava trgovine ljudima (Pravilnik) i Pravila o zaštiti žrtava trgovine ljudima i žrtava-svjedoka koji su državljani BiH (Pravila), Pravilnik o zaštiti stranih žrtava 2013. godine postao je zakon. Pravilima se uspostavljaju procedure za identifikaciju, zaštitu i pomoć žrtvama, te naznačavaju zadaci nadležnih vlasti na različitim nivoima državne uprave u Bosni i Hercegovini, kao i mehanizmi saradnje s civilnim društvom. Pravila su temelj za uspostavu Nacionalnog referalnog mehanizma u skladu s međunarodnim standardima. Prethodno su navedene definicije krivičnog djela trgovine ljudima i iz istih se da zaključiti da se radi o izuzetno kompleksnom krivičnom djelu. Radnje učinjenja krivičnog djela, kako su predviđene odredbama krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini:

²³ Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službene novine RS“, 53/2012, 91/2017, 66/2018, 15/2021).

²⁴ Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službene novine Brčko distrikta BiH“, br. 34/2013, 27/2014, 3/2019, 16/2020).

²⁵ Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu („Službeni glasnik BiH“, br. 36/2008 i 87/2012).

²⁶ Pravilnik o zaštiti stranaca žrtava trgovine ljudima regulišu („Službeni glasnik BiH“, br. 79/2016).

²⁷ Zakon o državnoj agenciji za istrage i zaštitu („Službeni glasnik BiH“, br. 27/2004, 35/2005, 49/2009).

²⁸ Zakon o graničnoj policiji („Službeni glasnik BiH“, br. 50/2004).

²⁹ Zakon o graničnoj kontroli („Službeni glasnik BiH“, br. 53/2009).

³⁰ Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka („Službeni glasnik BiH“, br. 21/2003, 61/2004, 55/2005).

Radnja učinjenja	KZ BiH	KZ FBiH	KZ RS	KZ BD
Vrbovanje	X	X	X	X
Prevoz	X	X	X	X
Predaja	X	X	X	X
Skrivanje	X	X	X	X
Primanje	X	X	X	X
Prebacivanje			X	
Prodaja – Posredovanje			X	
Kupovina			X	
Držanje			X	

2.4. Nacionalna strategija i akcioni planovi

Bosna i Hercegovina je usvojila i implementirala nekoliko Akcionih planova i to: 2001-2003; 2005-2007; 2008-2012, te Strategiju o borbi protiv trgovine ljudima. Strateški ciljevi fokusiraju se na izgradnju kapaciteta zakonodavnog okvira Bosne i Hercegovine, kao i unapređenje saradnje s ciljem podrške i zaštite žrtava trgovine ljudima. Žrtve u Bosni i Hercegovini imaju pravo na fizičku zaštitu, zaštitu privatnosti i identiteta, siguran smještaj, medicinsku pomoć, pravni savjet o pravima na jeziku koji razumiju, pravnu pomoć tokom krivičnog postupka, školovanje i mogućnost obučavanja, pomoć pri zapošljavanju, te druge socijalne mjere u zavisnosti od dostupnih sredstava. Ministarstvo sigurnosti – Sektor za imigraciju i Služba za poslove sa strancima su dvije ustanove koje imaju značajnu ulogu u borbi protiv trgovine ljudima. Nacionalni referalni mehanizam (u daljem tekstu: NRM) ustanovljen je 2000. godine s ciljem da osigura poštivanje ljudskih prava žrtava trgovine ljudima. Predstavlja temelj za strateško planiranje aktivnosti na borbi protiv trgovine ljudima, te izmjenu zakona tako da se usklade s međunarodnim standardima. Postoje tri stuba NRM, a to su:

1. Državni koordinator za borbu protiv trgovine ljudima;
2. Udarne grupe za borbu protiv trgovine ljudima i organizirane ilegalne migracije i
3. Regionalni monitoring timovi (u daljem tekstu: RMT) u kojima su predstavnici javnih vlasti.

Različiti zakonodavni okviri u Bosni i Hercegovini konkretno obrazlažu inicijalni rad sa žrtvama i potencijalnim žrtvama nakon inicijalne identifikacije. Riječ je o procedurama od velike važnosti, jer predstavljaju pomoć od neposredne i medicinske pomoći do smještaja osobe u sklonište. Ovi poslovi zahtijevaju učešće službenika u javnim ustanovama, kao i osoblje nevladinih organizacija i civilnog sektora. U borbi protiv trgovine ljudima značajan doprinos imaju i nevladine organizacije, među kojima su:

1. „Udruženje HO Međunarodni Forum solidarnosti“ Gračanica;
2. Udruženje „Žena BiH“ Mostar;
3. Organizacija žena „Lara“ Bijeljina;
4. Fondacija „La Strada“ Bosna i Hercegovina;
5. „Centar za terapiju žena“ Medica Zenica;
6. Udruženje „Vaša prava“ Bosna i Hercegovina;
7. Internacional Organization for Migration (IOM) i druge.

Naprijed navedene nevladine organizacije, poštujući prava i obaveze utvrđene Protokolima o saradnji između Ministarstva sigurnosti i nevladinih organizacija, u saradnji sa državnim tijelima daju doprinos ovoj zajedničkoj borbi protiv trgovine ljudima, te je neophodno napomenuti ulogu tih organa među kojima su: Državni koordinator za borbu protiv trgovine ljudima i ilegalnih migracija Bosne i Hercegovine, Tužilaštvo Bosne i Hercegovine, Federalno tužilaštvo Federacije Bosne i Hercegovine, Republičko tužilaštvo Republike Srpske, Javno tužilaštvo Brčko Distrikta BiH, Ministarstvo sigurnosti Bosne i Hercegovine (Državna agencija za istrage i zaštitu i državne granične službe), Sektor za migracije (Sektor za azil), Ministarstvo unutrašnjih poslova Federacije BiH, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, Policija Brčko Distrikta BiH. U cijeloj ovoj priči neophodno je napomenuti i doprinos zdravstvenih ustanova, centara za socijalni rad, obrazovnih ustanova, centara za edukaciju sudija i tužilaca, jer je svako od njih iz svog domena dao svoj dio u borbi za iznalaženje što boljih rješenja u svakom pojedinačnom slučaju u borbi protiv trgovine ljudima.

2.5. Sudska praksa

Uzimajući u obzir analizu sudske prakse, da se zaključiti da se vrbovanje, prevoz i predaja pojavljuju kao najčešći oblici radnji učinjenja krivičnog djela trgovine ljudima, pa shodno tome u nastavku teksta prikazan je dio odluka suda. Vrbovanje se u sudskoj praksi u BiH javlja kao najčešća radnja učinjenja krivičnog djela trgovine ljudima. Dokazi koje tužioci najčešće koriste su iskaz žrtve trgovine ljudima u relevantnom dijelu koji se odnosi na početak procesa trgovine ljudima. Ilustrativan je primjer specifičnosti radnje vrbovanja u predmetima trgovine ljudima iz sudske prakse: U presudi Suda BiH broj: K-71/05 od 25. 4. 2006. godine utvrđeno je da je optuženi vrbovao više osoba ženskog pola, a zasigurno: maloljetnu E. Ć. na način da je u toku 2002. godine zavođenjem kod E. pobudio snažne osjećaje: ljubav, povjerenje i sigurnost, usljed kojih je E. sa njim stupila u ljubavnu vezu i seksualne odnose ubijedena u iskrenu ljubav optuženog, nakon čega je optuženi iskoristio njenu zaljubljenost te je i prijetnjom da će njoj i njenoj porodici nanijeti zlo naveo E. da za njega pruža seksualne usluge za novac...³¹ Postoji određen broj predmeta u kojima je radnja učinjenja i to prevoz posebno naznačena kao radnja učinjenja u optužnom aktu, odnosno presudi. Ipak, u jednom predmetu pred Osnovnim sudom u Brčko Distriktu BiH, pitanje dokazivanja ove radnje učinjenja predstavljalo je izazov. Prema navodima Tužilaštva, optuženi je prevezio lica radi iskorištavanja u vidu prisilnog rada i prijetnjom upotrebe sile vrbovao lica u svrhu prisilnog rada. Sud u primjeru koji slijedi ističe zahtjev da zakonom određena radnja učinjenja bude preduzeta na neki od zakonom određenih načina učinjenja. Što se tiče radnji izvršenja prevoza oštećenih lica na destinacije prosjačenja, neophodno je da je ono lice koje vrši prevoz taj prevoz vršilo pod prinudom ili prijetnjom. Sud nije mogao zaključiti da je optuženi, ukoliko je eventualno i vršio prevoz, to činio uz istovremenu upotrebu prijetnje ili prinude. Iz gore navedenih iskaza svjedoka proizilazi čak da su i optuženi i njegova majka išli da prose, te da su sav novac (zajedno sa oštećenim) predavali M.³² Predaja kao radnja učinjenja u sudskoj praksi je ilustrirana u predmetu Okružni sud u Doboju, presuda broj 13 0 K 003360 15 K od 18. 6. 2015. godine, u kojem je sud naveo: Da su optuženi oštećenu predavali drugim licima radi vršenja prostitucije, vijeće je našlo utvrđenim prihvatajući iskaze

³¹ Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020, str.20-21.

³² Ibid., str.21.

oštećene, kao i iskaze svjedoka, koji su bili konzumenti seksualnih usluga oštećene i koji su plaćali za seksualni odnos sa oštećenom, a koje je u vezu sa oštećenom najčešće dovodila putem telefona optužena, kojoj je oštećena po završenom odnosu predavala sav dobijeni iznos novca, a, kako sama oštećena navodi, jednom je novac predala (40,00 KM) i optuženom. Do mjesta sastanka, gdje su se sa “klijentima” dogovorili, optuženi su dovozili zajedno oštećenu M. kolima, nakon što bi je prethodno pozvali mobilnim telefonom da se spremi i čeka ih, o čemu svjedoče svjedoci i dr.), a onda bi je obično sačekali u blizini i vraćali kući (očigledno su nekad imali ubrzo i drugo lice u izgledu, jer su oštećenu požurivali nazivajući je telefonom dok bi bila sa jednim od muškaraca). Pretresali su oštećenu, kako bi se uvjerili da nije kod sebe zadržala nešto novca. Sve su ovo radnje koje ukazuju da su optuženi zajedno djelovali, da su htjeli zajedno da zarade novac izrabljivanjem oštećene, kao i da su smišljeno i perfidno izabirali metode prijetnji i mučenja oštećene, znajući tačno šta će po nju imati najpogubniji efekat (prijetnja oduzimanjem djeteta, potčinjavanje zatvaranjem u kokošinjac, prijetnja strujom, skidanje do gola radi većeg poniženja kada su je tukli i sl.). Kao što se vidi iz navedenog, tužilaštvo je ovu radnju učinjenja prvenstveno dokazivalo putem iskaza oštećene ali i drugih svjedoka, uključujući i konzumente seksualnih usluga.³³

U konačnici da se zaključiti da u određenom broju predmeta izostaje detaljan opis radnji učinjenja, dok poseban problem predstavlja opis radnji u slučaju kada je krivično djelo učinjeno sa više radnji učinjenja (npr. vrbovanje i prevoz pasivnog subjekta), u kojim situacijama se tužilac, odnosno sud zadržava na utvrđivanju, odnosno ocjeni dokazanosti samo jedne radnje učinjenja. Stoga je važno da tužioci, odnosno, ovlaštene službene osobe planiraju i usmjeravaju istrage u predmetima trgovine ljudima na dokazivanje pojedinih elemenata krivičnog djela s produbljenim razumijevanjem pojedinih radnji učinjenja.

Kada su u pitanju izrečene kazne u pogledu sudske prakse bitno je istaknuti da na državnom nivou, jedino su u predmetima trgovine ljudima, koji su izvršeni u okviru organiziranog kriminala, izrečene stroge kazne. Drugi predmeti u djelima trgovine ljudima pokazuju velike varijacije u visini izrečene kazne, čak i oni koji su slični po

³³ Ibid., str.22.

prirodi i težini djela. Primjera radi, najteža kazna osobama osuđenim za djelo trgovine ljudima ikada izrečena u Bosni i Hercegovini, odnosi se na organizirano kriminalno djelovanje u predmetu Čupina i Salčin.³⁴ Žalbeno vijeće Suda BiH izreklo je jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 14 godina za prvooptuženog, od kojih devet godina za trgovinu ljudima. Vijeće je utvrdilo da Prvostepeni sud nije u dovoljnoj mjeri cijenio otežavajuće okolnosti, posebno teško fizičko nasilje kojem su bile izložene maloljetne žrtve, te posljedice takvog nasilja na njihovo mentalno i fizičko zdravlje.³⁵ Jednako tako iz sudske prakse proizilazi činjenica da ne postoji usaglašenost u pogledu okolnosti koje se tretiraju kao olakšavajuće, tako i kao otežavajuće.

3. Žrtva

Kada je u pitanju ovo krivično djelo posebna važnost daje se žrtvi trgovine ljudima, te su sva nastojanja vođenja krivičnog postupka usmjerena upravo na zaštitu žrtve, te stvaranju svijesti i preventivnog djelovanja, da se u budućnosti smanji izvršenje ovog djela. Kako bi se uspješnije otkrivalo učinjenje ovog djela, potrebno je posebno pristupiti otkrivanju i identifikovanju žrtve, te shodno tome u nastavku teksta je na jedan kratak način opisan sam pojam žrtve, te kako sa istom postupati. Žrtvom trgovine ljudima smatra se svaka osoba za koju postoje osnovi sumnje da je predmet eksploatacije u smislu izvršenja krivičnog djela koja se vežu za trgovinu ljudima, s tim da žrtva može biti “strana žrtva” i “domaća žrtva”, zavisno čiji je državljanin. Identifikacija je prva faza u prepoznavanju žrtve trgovine ljudima. Cilj identifikacije je prepoznavanje žrtve trgovine kako bi se ona uputila na odgovarajuće službe podrške na najsigurniji način. Ovaj proces se odvija kroz primarnu ili službenu fazu. Primarna identifikacija podrazumijeva razmjenu informacija između tužilaštava, vladinih i nevladinih organizacija, istražnih agencija s jedne strane i potencijalne žrtve s druge strane. Službena ili formalna identifikacija podrazumijeva obavljanje razgovora sa potencijalnom žrtvom radi utvrđivanja njenog statusa zbog čega je potrebno zatražiti saglasnost za razgovor. Osobi za koju se smatra da je žrtva trgovine ljudima bez obzira želi li sarađivati kao svjedok, te bez obzira je li započeo krivični postupak protiv trgovca,

³⁴ Presuda Suda BiH br. Kž-45/06

³⁵ Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2009, str.25.

ostavlja se dovoljno vremena za razmišljanje kako bi donijela odluku želi li da svjedoči ili ne želi. U čl. 11 Pravilnika o zaštiti stranaca žrtava trgovine utvrđen je taj rok od 15 dana u kojem treba da odluči hoće li podnijeti zahtjev za odobrenje privremenog boravka iz humanitarnih razloga. Ukoliko se žrtva odluči da podnese ovaj zahtjev, isti se podnosi Ministarstvu sigurnosti BiH- Sektoru za migracije. Uz zahtjev se dostavlja i preporuka tužioca o potrebi odobravanja privremenog boravka iz humanitarnih razloga žrtvi trgovine. U sudskom postupku treba olakšati položaj žrtve na način da joj se omogući da iznese svoje stavove koji se odnose na njene lične interese bez štete po nju, u skladu sa važećim odredbama krivičnog postupka. Žrtve trgovine imaju pravo na besplatnu pravnu pomoć, koju im na zahtjev osiguravaju službe socijalne zaštite. Od ovih službi žrtve mogu tražiti i druge socijalne mjere, kao što su obrazovanje, pomoć pri zapošljavanju i sl. Također, od diplomatsko – konzularnih predstavništava mogu da traže pomoć u smještaju i povratku u BiH, što se realizuje u saradnji s nevladinim organizacijama zemlje boravišta. Žrtva trgovine ljudima u krivičnom postupku ima status oštećenog i pripada joj pravo da podnese krivičnu prijavu i da u toku krivičnog postupka postavi zahtjev za naknadu štete i imovinskopravni zahtjev. Također, žrtva ima pravo da podnese prijedlog za izricanje mjere zabrane raspolaganja imovinom osumnjičenom, radi obezbjeđenja imovinskopravnog zahtjeva. Domaći državljani koji su žrtve trgovine imaju pravo na fizičku zaštitu koju im obezbjeđuje policija i tužilac. U BiH u primjeni je princip zakonitosti, kada je u pitanju pravosudni sistem, te shodno tome niko nevin ne treba da bude osuđen, a učinitelju krivičnog djela izriče se sankcija pod uslovima propisanim u zakonu i u zakonom propisanom postupku. U obavljanju razgovora sa žrtvom trgovine ljudima potrebno je biti jako obazriv, te žrtvu ne treba povrijediti i nanositi joj štetu, već uspostaviti odnos povjerenja, zaštititi njen identitet s obzirom da žrtve obično strahuju od osвете trgovca i brinu se za svoju porodicu. Također, potrebno je žrtvu shvatiti, kroz njene brige i probleme, bez ponovnog traumatiziranja žrtve, te dati joj do znanja da se spremno preduzeti i hitne mjere ukoliko bude u opasnosti. Osiguranjem mjera za uspješno vođenje krivičnog postupka ostvaruje se zaštita prava svjedoka, a u te mjere spadaju, između ostalog, i zabrana napuštanja boravišta, jemstvo i pritvor. U svako doba sud može po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranke i branioca isključiti javnost za cio ili dio glavnog pretresa, a u cilju zaštite

morala u demokratskom društvu, ličnog i intimnog života optuženog ili oštećenog ili zaštite interesa maloljetnika ili svjedoka. Isto tako sudija će u slučaju ozbiljne prijetnje svjedoku o tome odmah obavijestiti tužioca radi preduzimanja radnji, odnosno, krivičnog gonjenja.

Žrtva je osoba koja je pretrpjela fizičku ili duševnu povredu ili oštećenje, materijalnu štetu ili društvenu nepravdu, kao rezultat krivičnog djela po domaćem zakonodavstvu i po međunarodnom pravu. Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka utvrđuje mjere zaštite u vidu osiguranja psihološke, socijalne i stručne pomoći, redosljed izvođenja dokaza na glavnom pretresu, svjedočenje uz pomoć tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka, udaljavanje optuženog, izuzeci od direktnog izvođenja dokaza, ograničavanje optuženom i braniocu da pregledaju spise i dokumentaciju i druge mjere za osiguranje anonimnosti svjedoka.

Kada je konkretno u pitanju Bosna i Hercegovina, bitno je istaknuti da je u 2019. godini, prema podacima kojima raspolaže Ministarstvo sigurnosti BiH, u periodu januar - juni 2019. godine identifikovana ukupno 21 potencijalna žrtva trgovine ljudima, od čega 17 ženskog, a četiri muškog pola. Bosna i Hercegovina je označena kao zemlja u kojoj je dominantna unutrašnja trgovina ljudima i čije su žrtve uglavnom domaći državljani. Kada su u pitanju strani državljani, u 2019. godini dvije su žrtve bile porijeklom iz Šri Lanke, maloljetni Afganistanac i punoljetna državljanka Republike Srbije. Na nivou Bosne i Hercegovine, a kao važan pravni dodatak zakonskim odredbama, usvojen je niz podzakonskih akata koji se odnose, prije svega, na zaštitu kategorija pogođenih trgovinom ljudima, čime je značajno unaprijeđen pravni okvir za suprotstavljanje ovom kriminalnom ponašanju. Iako je pravo žrtava krivičnih djela na naknadu materijalne ili nematerijalne štete propisano zakonodavstvom, u Bosni i Hercegovini do sada nije postojala sudska praksa kada su u pitanju žrtve trgovine ljudima. U februaru 2019. godine je prvi put u krivičnom postupku dosuđena isplata nematerijalne štete žrtvi trgovine ljudima. Okružni sud u Banjoj Luci donio je i javno objavio nepravosnažnu presudu u kojoj je osuđeni pored kazne od pet godina zatvora, bio obavezan oštećenoj da isplati 7.500,00 KM na ime naknade nematerijalne štete, navodi se u izvještaju Državnog koordinatora za borbu protiv trgovine ljudima u BiH. Jednako tako bitno je istaknuti i činjenicu da građani Bosne i Hercegovine nisu

dovoljno educirani o svojim pravima ukoliko se nađu u situaciji u kojoj su žrtva trgovine ljudima, shodno čemu mnoga istraživanja idu za tim da se treba osigurati SOS linija koja će građanima biti dostupna 24h, te građane educirati putem raznih kampanja usmjerenih ka prevenciji. Izvjesno je i pitanje samih finansija i raspodjela istih u kampanjama za prevenciju. Posebno je važno da edukacije provode posebno obučeni policijski službenici, jer radi svog autoriteta i poštovanja kod djece tako mladog uzrasta, mogu sigurno puno više ostaviti traga, odnosno, znanja u ovom području nego neki drugi državni službenici. Vrlo je važno za napredak uzeti za primjer saradnju Republike Slovenije i Republike Srbije, te otvoriti saradnju sa zemljama u susjedstvu po pitanju prevencije i zaštite granica. Dobri primjeri mogu se naći i u Crnoj Gori koja ima priručnik za prosvjetne radnike o metodama prenošenja znanja o problemu trgovine ljudima. Isto tako bilo bi dobro uzeti za primjer Republiku Sloveniju koja ima priručnik o prevenciji trgovine ljudima u svrhu prisilnog rada, kao i okrenuti se primjerima kampanja u online odnosno web formi koja je, u poređenju s reklamama na televizijskim programima i radijskim stanicama, puno bliža današnjim mlađim generacijama.³⁶

4. Zaključak

Trgovina ljudima je jedno od najtežih krivičnih djela svih zakonodavstava, koje kao takvo ugrožava osnovna ljudska prava, uključujući, pravo na život i pravo na slobodu. Ljudska prava su univerzalna, nedjeljiva i pripadaju svakoj osobi. Prema tome, oduzimanje prava na slobodu, život dostojan čovjeka, okrutno i nečovječno postupanje neprihvatljivi su i potrebno je poduzeti sve mjere kako bi se ta ista prava zaštitila. Ono što je bitno istaknuti jeste činjenica da su osobe koje su bile žrtve trgovine ljudima u teškom psihičkom stanju i često su sklone samopovređivanju i prijetnjama da će narušiti kako svoje, tako i zdravlje članova svoje porodice. Dolazi se do zaključka da je trgovina ljudima širok i dubok problem zastupljen u gotovo svim državama, s jačim ili slabijim intenzitetom. Kada bi se na osnovu iznesenog zaključilo koji su naredni koraci u preduzimanju mjera radi zaštite od trgovine ljudima, prvenstveno treba obratiti pažnju na detaljnija

³⁶ Roko Barić, "Stavovi i percepcija građana o trgovini ljudima i migrantskoj krizi". *Kriminalistička teorija i praksa* 6,1 (mart, 2019), str.43, dostupno na: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=328818, pristupljeno dana 19.09.2021.godine.

istraživanja na polju trgovine ljudima, a sve kako se može predvidjeti odakle žrtve trgovine ljudima dolaze. Da bi se trgovina ljudima spriječila, prvenstveno treba obratiti pažnju na uzroke koji dovode do situacije trgovine ljudima. Siromaštvo, nezaposlenost ili nasilje u porodici kao uzroci trgovine ljudima potiču iz različitih društvenih sfera, što odražava prirodu ekonomskih, političkih, porodičnih i drugih odnosa u zajednici. Otkrivanje uzroka prvi je i bitan korak u stvaranju funkcionalnih i učinkovitih reakcija kako na samo postojanje uzroka, tako i na obnavljanje njihovih posljedica. U tom pogledu postoje dva glavna smjera s kojima se suočavaju programi prevencije: jedan se odnosi na smanjenje ili eventualno uklanjanje uzroka, a drugi se odnosi na rehabilitaciju pojedinačnih, grupnih ili općih društvenih posljedica koje su nastupile kao posljedica trgovine ljudima. Međutim, praksa pokazuje da je većina preventivnih programa usmjerena na uklanjanje stvarnih ili očekivanih posljedica, kako kroz rad sa žrtvama trgovine ljudima, tako i kroz širu populaciju. Još jedna bitna stavka jeste usklađivanje sudske prakse po pitanju izrečenih pravosnažnih presuda, kako bi se preventivno djelovalo na potencijalne počiniocima ovog krivičnog djela. Kada je u pitanju pravosuđe, zbog kompleksnosti samog krivičnog djela da se zaključiti da je sa razvojem međunarodnog prava i postavljanjem standarda u ovoj oblasti razvijena i krivičnopravna doktrina i sudska praksa, ukazujući na propuste i određene nelogičnosti u zakonskoj formulaciji ove inkriminacije. U skladu sa navedenim, vršene su i izmjene zakonskog opisa krivičnog djela trgovine ljudima, kako na državnom, tako i na entitetskom nivou, pa su se samim tim i zakonski opisi djela mijenjali. Međutim, kad je u pitanju tumačenje pojedinih elemenata krivičnog djela, značajan broj presuda pokazao je da postoji neusaglašenost o suštini pojedinih oblika krivičnog djela, koja je u toj mjeri izražena da jedno vijeće ne pronalazi elemente krivičnog djela, dok drugo vijeće, u istom činjeničnom opisu djela i uz iste dokaze, argumentovano utvrđuje postojanje ovog krivičnog djela. Upravo ovakva praksa pokazuje da još uvijek postoji nerazumijevanje suštine trgovine ljudima. Posebna pažnja bi se trebala obratiti i na oduzimanje imovinske koristi pribavljene ovim krivičnim djelom, jer se pokazalo da je u osnovi vršenja krivičnog djela trgovine ljudima sticanje finansijske dobiti. Međutim, u praksi se pokazalo da sudovi u dosta slučajeva u obrazloženju presuda navode novčane iznose koje su žrtve predavale učiniocima, ali na kraju nisu izrekli ovu krivičnopravnu

mjeru. Uzimajući u obzir sve naprijed navedeno, potrebno je dodatno usavršavanje svih lica koja se bave ovom problematikom, a sve u svrhu lakšeg i efikasnijeg rada sa pozitivnim ishodom.

Literatura

- Arhin, A. (2013). „Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije: Struktura i dinamika pravnog okvira u Republici Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, 34, 2.
- Ezeilo, J.N. (2018). Trafficking in human beings in the African context, in Piotrowicz, Ryszard; Rijken, Conny; Uhl, Baerbel Heide (ed.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*.
- Hadžimerović - Muftić, H. (2004). Trgovina ljudima pravni okvir – sličnosti i razlike. *Pravo i pravda*, Sarajevo.
- Milković, I. (2020). Trgovina ljudima kao najteži oblik kršenja ljudskih prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, godina 57, 4
- Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, (2009). Trgovina ljudima i odgovor domaćeg krivičnog sistema, kritički pregled zakona i prakse u Bosni i Hercegovini u svjetlu ključnih međunarodnih standarda.
- Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, (2020). *Priručnik za provođenje istraga u predmetima trgovine ljudima*.
- Barić, R. (2019). Stavovi i percepcija građana o trgovini ljudima i migrantskoj krizi. *Kriminalistička teorija i praksa*, 6,1 dostupno na https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=328818
- Pravilnik o zaštiti stranaca žrtava trgovine ljudima regulišu („Službeni glasnik BiH“, br. 79/2016.
- Evropska konvencija u ljudskim pravima i osnovnim slobodama.
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004).
- Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službene novine Brčko Distrikta BiH“, br. 19/2020).
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017).
- Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br.

64/2017, 104/2018 i 15/2021).

- Zakon o državnoj agenciji za istrage i zaštitu („Službeni glasnik BiH“, br. 27/2004, 35/2005, 49/2009).
- Zakon o graničnoj kontroli („Službeni glasnik BiH“, br. 53/09).
- Zakon o graničnoj policiji („Službeni glasnik BiH“, br. 50/2004).
- Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu („Službeni glasnik BiH“, br. 36/2008 i 87/2012).
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003, 26/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009, 93/2009, 72/2013 i 65/2018, 46/2021).
- Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 34/2013, 27/2014).
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH“, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14).
- Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka („Službeni glasnik BiH“, br. 21/2003, 61/2004, 55/2005).
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava, *Ransterov protiv Kipra* br.25965/04, 07. januar 2010. godine.

Sanela Škaljić
Kantonalna tužiteljica
Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo
sanela.skaljic@pravosudje.ba

Milka Vaselić
Okružna javna tužiteljica
Okružno javno tužilaštvo u Istočnom Sarajevu
milka.vaselic@pravosudje.ba

Igor Kovačević
Stručni saradnik
Okružno javno tužilaštvo u Istočnom Sarajevu
igor.kovacevic@pravosudje.ba

UTICAJ PANDEMIJE NA ZLOUPOTREBU DRUŠTVENIH MREŽA KOD KRIVIČNIH DJELA POČINJENIH NA ŠTETU DJECE I MALOLJETNIKA I IZAZOVI U NJHOVOM OTKRIVANJU I PROCESUIRANJU

Sažetak: *Duboko svjesni izazova pred koje je društvo u Bosni i Hercegovini, kao i zajednica u cjelini, stavljeno pod nemilosrdne udare pandemije COVID-19 virusa, koji su u valovima zahvatili sve pore osnovnih i svakodnevnih životnih aktivnosti, autori su kroz ovaj rad pokušali približiti realnu sliku njenog uticaja u vidu pogodbenog faktora porasta kriminaliteta kao opšte, a potom i pojedinačne forme devijacija ljudskog ponašanja, sa akcentom na počinjenje krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika putem opštedostupnih društvenih mreža, koje počinitelji koriste kao sredstvo izvršenja i zadovoljenja iskrivljenih društvenih percepcija i odbacivanja morala kao postulata izgrađenog, prije svega, u porodici kao osnovnoj ćeliji svakog društva, a posljedično i u drugim životnim sferama. Novonastali društveni odnosi su pred autore stavili niz prepreka manifestovanih u nedostatku izrađenih statističkih analiza kod domaćih institucija u pogledu*

ove problematike, što su autori kompenzovali pregledom dostupnih podataka na koje se ovo konkretno istraživanje moglo osloniti, u cilju upozorenja na moguće izvore opasnosti kojoj su izloženi mladi i djeca u našoj zemlji, te iznošenje polazne osnove ka prevenciji takvih djelovanja kroz sistemsko informisanje svih aktera uključenih u proces odgoja, vaspitanja i formiranja mladih osoba na njihovom putu u neizbježan svijet odraslih. Do ispunjenja tog puta koji je pun izazova i opasnosti, neophodno je preventivno djelovati na zloupotrebe društvenih mreža koje djeca i maloljetnici svakodnevno koriste da bi se svi ovi akteri informisali o načinima pojava oblika zloupotreba i prepoznavanja motiva kroz djelovanje prestupnika.

Ključne riječi: *društvene mreže, cyber kriminalitet, krivična djela na štetu djece i maloljetnika, COVID-19 izazovi, prevencija zloupotrebe društvenih mreža, motivi prestupnika*

1. Uvod

Pandemija izazvana COVID-19 virusom je bez izuzetka, gotovo u svim zemljama svijeta, pa tako i u Bosni i Hercegovini, donijela i nametnula uslove koji se u ovom momentu nikako ne mogu smatrati „novonastalim”, kako se to često prezentuje u javnosti, već se uopšte uzev, može govoriti da smo „učenici nastave o novim pravilima življenja sa virusom”, dok s druge strane, ni predavači nemaju adekvatnu literaturu i pripremu za časove. Međutim, ono što je gotovo bez izuzetka primijenjeno u praksi, čini izazove pred koje je stavljena svakodnevica pojedinca, a to su različiti i šaroliki instrumenti borbe protiv širenja tada nadolazeće, a sada sveprisutne pandemije. Među tim instrumentima prednjačili su društvena izolacija - izbjegavanje socijalnih kontakata, distanca među pojedincima, ograničenje kretanja, smanjena neposredna društvena komunikacija, nošenje zaštitnih maski i slične mjere.

Sve navedeno, zahtijevalo je prilagođavanje redovnih društvenih potreba, privrednih djelatnosti i obrazovanja, te je odgovor na te potrebe izražen u vidu tzv. rada od kuće i online modela nastave za djecu gotovo svih uzrasta, što je uslovalo masovno korištenje sredstava komunikacije u vidu različitih formi aplikacija i društvenih mreža potrebnih za

izvođenje takvih zadataka, korištenje i dijeljenje cyber prostora od strane korisnika, među kojima su djeca i maloljetnici. Rezultat ovih mjera, doveo je do ostvarivanja svakodnevnih posrednih komunikacija, u kojima je cyber prostor postao zamjena realnih poslovnih sastanaka, učionica, pa i rekreativnih uslova u kojima su pojedinci posredstvom društvenih mreža postali lako dostupni sagovornici - gdje u prvom redu ubrajamo Facebook, Instagram, Viber i slično.

Osim toga, autori nalaze da su društvena izolacija i ograničenje kretanja (policijski čas), doveli nosioce zajednice - porodice, u zatvorene forme, kao idealne gradivne osnove rasta napetosti, neizvjesnosti i eskaliranje devijantnih formi, koje bez pandemije nije bilo lako uočiti. Međutim, ni samo prepoznavanje devijacija u ponašanju pojedinaca koji su predisponirani za vršenje nasilja i drugih formi od društva odbačenih i prezrenih ponašanja, u pandemijskim uslovima pred istražne organe, tužilaštva i nadležne organe socijalnog staranja stavljena je dodatna teškoća, a to je (ne)prijavlivanje krivičnih ili drugih nedopuštenih djela zbog kontrole žrtve od strane nasilnika, odnosno, neprimjećivanja promjena u ponašanju kod djece i maloljetnika od strane roditelja i neblagovremeno reagovanje na iste u samom njihovom začetku, u slučajevima zloupotrebe djece i aktima počinitelja kojima su djeca izložena, sve usljed neprilagođavanja do sada nepoznatim i posve novim načinima vođenja društvenih djelatnosti.

Promjene u načinu organizacije rada mehanizama za zaštitu od porodičnog nasilja (smanjeni ljudski/stručni kapaciteti, skraćeno radno vrijeme, nepostojanje osnovne zaštitne opreme za stručne radnike na terenu) pogodovale su zlostavljačima, jer se žrtvi dodatno otežavao i ograničavao pristup subjektima zaštite, prvenstveno policiji i centrima za socijalni rad.¹

Uticaj pandemije na kriminalitet uopšte, dakle, u svim njegovim pojavnim oblicima, različito je prepoznat i ti parametri su različito reflektovani u pojedinim zaštitnim grupama, te su autori u nedostatku adekvatnih baza podataka kreiranih kod domaćih institucija tokom istraživanja došli do regionalno dostupnih podataka MUP-a Republike

¹ Sanela Bašić, *Pandemija COVID-19: Rodna perspektiva* (Sarajevo: Friedrich Ebert Stiftung, 2020), str. 3, dostupno na: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/16154.pdf>, datum pristupa 03.10.2021. godine.

Hrvatske² (u daljem tekstu: studija MUP-a RH).

U tom smislu, nosioci studije MUP-a RH kao opšti zaključak navode: „*... svaka gospodarska kriza, bez obzira na svoj uzrok, predstavlja plodno tlo za pojavu i razvoj kriminalnih aktivnosti, općenito možemo reći da je COVID-19 imao svoj utjecaj na kriminalne aktivnosti - na način da su neki vidovi kriminaliteta ostali isti, neki novi vidovi kriminaliteta su se pojavili, a neki su nastali upravo zbog mjera koje su se poduzimale*”.³

2. Društvene mreže kao „podrazumijevana pismenost” - stihijska izloženost predatoru

Nametnuta potreba korištenja društvenih mreža i kompjuterskih aplikacija, uopšte uzev cyber prostora i eksploatacije interneta od strane djece i maloljetnika za potrebe obrazovnih procesa u uslovima pandemije COVID-19 virusa, opšte je prihvaćena od strane roditelja i nastavnog osoblja, a sami načini njihovog korištenja prilagođeni su potrebama i stepenu osposobljenosti njihovog korištenja u zavisnosti od uzrasta maloljetnika, koje je razvojem tehnologije uslovalo i nastavne procese i silabuse pojedinih programa da ih obrazuju u cilju takvog osposobljavanja ili tzv. „kompjuterske pismenosti”.

„Kompjuterska pismenost“ se osim starijih maloljetnika i kod male djece razvija i prije nego što je dijete usvojilo klasičnu pismenost, jer kompjutersko opismenjavanje nije vezano isključivo za obrazovne institucije, jer djeca postaju kompetentni korisnici informaciono - komunikacione tehnologije i kompjutera mimo usmjerenih i sistematizovanih aktivnosti organizovanih od strane odraslih koji su zaduženi za njihovo obrazovanje, kao što je to slučaj sa klasičnom pismenošću.“⁴

Međutim, osim ovih izuzetno efikasnih, korisnih formi upotrebe kompjuterskih sistema, iskustveno vođeni autori uočavaju i opasnosti tzv. slobodnog korištenja istih u slobodno vrijeme, bez adekvatnog

² Marina Mandić, *COVID i kriminalitet u 2020. godini - Komentar pokazatelja sigurnosti u Republici Hrvatskoj* (Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Kabinet ministra, Služba za odnose s javnošću, 2021), dostupno na <https://mup.gov.hr/UserDocsImages/2021/04/Covid%20i%20kriminalitet%20u%202020%20-%20Komentar%20pokazatelja%20sigurnosti%20u%20Republici%20Hrvatskoj.pdf>, datum pristupa 07.10.2021.

³ Ibid. str. 4.

⁴ Tamara Pribišev Beleslin, *Susretanje u elektronskom svetu: Deca, vaspitači, kompjuteri, vrtići* (Banja Luka: Fakultet za političke i društvene nauke, 2007)

nadzora onih koji bi takve upotrebe tehnologije trebali nadzirati kako sadržajno, tako i vremenski, te cijeniti realne potrebe maloljetnika i djece za vremenom u kojem će im ti isti sadržaji biti dostupni. „U slučajevima kada se djeca (masovno društveno) ostavljaju da sama i stihijno koriste kompjutere, a time, prepuštaju „maturaciji i socijalizaciji“ uz pomoć novih tehnologija, bez jasno postavljenih ciljeva i pedagoškog uplitanja u aranžiranje socijalnog i materijalnog okruženja u kojima se odvija razvoj i učenje predškolskog djeteta, događaju se određeni uticaji, ali se njihova moguća pozitivna dejstva umanjuju, a negativna jasnije dolaze do izražaja.“⁵

Upravo negativna dejstva slobodnog vremena u cyber prostoru djece i maloljetnika, koji je pri tome ispunjen javno i lako dostupnim društvenim mrežama, u kojima se kao korisnici javljaju gotovo sve uzrasne i socijalne kategorije korisnika, različitih polova, interesovanja i širokih aspekata potreba za njihovim korištenjem, djecu i maloljetnike u ovom prostoru stavlja u istu ravan sa njima nepoznatim, moguće i skrivenim identitetom predstavljenih ljudi, u kojima slobodno koriste svoje vrijeme bez adekvatnog nadzora, što u njihovom uzrastu može dovesti do vrlo visoke izloženosti prema onima, čije su namjere usmjerene na ponašanja koja su van društvenih i moralnih normi, a unutar zakonom propisanih bića krivičnih ili drugih djela.

3. Krivičnopravni okvir u Bosni i Hercegovini i trendovi počinjenih krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika

Kada je u pitanju pozitivno krivičnopravno zakonodavstvo, Republika Srpska i Federacija BiH kao entiteti unutar BiH, te kondominium Brčko Distrikt BiH imaju na snazi zakone o zaštiti o postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku⁶. Dobne granice koje određuju i identifikuju maloljetnike kao objekat zaštite, ali i čine uslov za primjenu

⁵ Tamara Pribišev Beleslin, *Rana kompjuterska pismenost: Mogućnosti i rizici za razvoj i učenje djece predškolskog uzrasta* (Banja Luka: Okrugli sto: Kako zaštititi djecu na internetu, Ombudsman za djecu Republike Srpske, 2010), str. 3, dostupno na <http://www.djeca.rs.ba/uploaded/Rana%20kompjuterska%20pismenost%20rad.pdf>, datum pristupa 09.10.2021. godine

⁶ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije BiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 7/2014 i 74/2020 u daljem tekstu ZOM FBiH); Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 13/2010, 61/2013 i 68/2020 u daljem tekstu ZOM RS); Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, br. 44/2011 u daljem tekstu ZOM BDBiH)

lex specialis odredbi koje sadrže ovi propisi, prvenstveno polaze od definicije pojma djeteta, kao lica koje nije navršilo 18 godina života⁷, unutar koje opšte definicije su diferencirani mlađi maloljetnici kao lica sa navršених 14, a nenavršenih 16 godina života⁸, te stariji maloljetnici kao lica sa navršених 16, a nenavršenih 18 godina života⁹. Posebna kategorija djece su djeca koja nisu navršila 14 godina života, koji su kao takvi krivičnopravno neodgovorni za počinjena djela.¹⁰ Međutim, kada se govori o maloljetnicima kao žrtvama krivičnih djela, u ovim zakonima je poseban akcenat stavljen na njihovu zaštitu, s obzirom na to da su njihove odredbe u relevantnom dijelu protkane opštim principima najboljih interesa djece i posebne pažnje pri postupanju sa djecom i maloljetnicima. Navedeno je posljedica primjene odredaba Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta¹¹ koje su na adekvatan i suptilan način protkane u svim dijelovima ovih zakona.

Ta zaštita, ali i obaveza posebnog postupanja je vidljiva kroz zakonska rješenja ZOM RS, ZOM FBiH i ZOM BD. Naime, svi ovi zakoni, gotovo bez razlike propisuju da sudija za maloljetnike, odnosno vijeće kojim predsjedava sudija za maloljetnike ili sudija koji ima posebna znanja iz oblasti prava djeteta, sudi i punoljetnim učiniocima krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom kada se u krivičnom postupku kao oštećeni pojavljuje dijete i maloljetna osoba. Osim toga, sva tri ZOM-a taksativno određuju krivična djela u kojima postoji ova obaveza kada se kao oštećeni pojavljuju djeca i maloljetnici, pa tako član 185. stav 1. ZOM FBiH određuje da su to:

- 1) ubistvo,
- 2) čedomorstvo,
- 3) učestvovanje u samoubistvu,
- 4) teška tjelesna povreda,
- 5) protupravno lišenje slobode,
- 6) otmica,

⁷ Član 2. stav 1. ZOM RS, član 2. stav 1. ZOM FBiH, član 2. stav 1. ZOM BD

⁸ Član 3. stav 1. ZOM RS, član 3. stav 1. ZOM FBiH, član 3. stav 1. ZOM BD

⁹ Član 3. stav 2. ZOM RS, član 3. stav 2. ZOM FBiH, član 3. stav 2. ZOM BD

¹⁰ Član 2. stav 2. ZOM RS, član 2. stav 2. ZOM FBiH, član 2. stav 2. ZOM BD

¹¹ Konvencija usvojena na 44. zasjedanju Opšte skupštine Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine (Rezolucija br.44/25), stupila na snagu 2. septembra 1990. godine. Sadržana je u Aneksu I Dejtonskog mirovnog sporazuma i kao ostale konvencije koje je BiH ratifikovala ima prioritet u primjeni u odnosu na domaće zakonodavstvo, s obzirom na to da ima snagu ustavne norme.

- 7) **silovanje,**
- 8) spolni odnos sa nemoćnom osobom,
- 9) spolni odnos zloupotrebom položaja,
- 10) **spolni odnos sa djetetom,**
- 11) **bludne radnje,**
- 12) zadovoljavanje pohote pred djetetom ili maloljetnikom,
- 13) **navođenje na prostituciju,**
- 14) **iskorištavanje djeteta ili maloljetnika radi pornografije,**
- 15) **upoznavanje djeteta sa pornografijom,**
- 16) rodoskrvrnuće,
- 17) vanbračna zajednica sa mlađim maloljetnikom,
- 18) oduzimanje djeteta ili maloljetnika,
- 19) promjena porodičnog stanja,
- 20) zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika,
- 21) napuštanje djeteta,
- 22) **nasilje u porodici,**
- 23) izbjegavanje izdržavanja,
- 24) sprečavanje i neizvršavanje mjera za zaštitu maloljetnika,
- 25) omogućavanje uživanja opojnih droga,
- 26) razbojnička krađa i
- 27) razbojništvo.

Izdvajanje nekih krivičnih djela unutar ove palete, odnose se na primijećen porast stope njihovog počinjenja putem cyber prostora i korištenja društvenih mreža i sredstava masovne komunikacije na štetu djece i maloljetnika za vrijeme pandemije. Ovo istovremeno ne znači da je uvođenje mjera u vrijeme pandemije uticalo na pad stope počinjenja i drugih krivičnih djela iz ove palete.

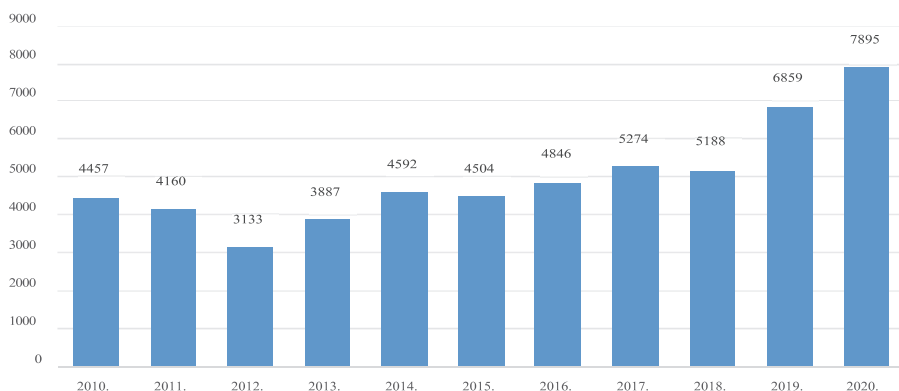
4. Stanje u Republici Hrvatskoj kao primjer kretanja kriminaliteta na štetu djece i maloljetnika za vrijeme pandemije COVID 19

U nedostatku statističkih parametara koji bi ukazali na stanje kriminaliteta i njegove trendove za vrijeme pandemije na štetu djece i maloljetnika u Bosni i Hercegovini, autori su kao primjere naveli i prikazali rezultate

gore navedene studije MUP-a RH u relevantnom periodu. U tom kontekstu, studija MUP-a RH iznosi statistiku koja pokazuje porast krivičnih djela. Nasilje u porodici, navodeći da ih je policija 2020. godine evidentirala ukupno 1.578, što je za 39,2 % više u odnosu na 2019. godinu kada je zabilježeno ukupno 1.134 takvih djela.¹²

Navedeno, naime, čini dio statistike svih krivičnih djela počinjenih na štetu djece i porodice, gdje je zabilježen rast u relevantnom periodu. Tako, studija MUP-a RH navodi da je “tijekom 2020. godine u Republici Hrvatskoj otkriveno i prijavljeno ukupno 7.895 kaznenih djela iz područja kaznenopravne zaštite djece i obitelji, što je u odnosu na prethodnu 2019. godinu, kada je evidentirano 6.859 kaznenih djela, povećanje za 15,1 %.”¹³

Prikaz kretanja prijavljenih krivičnih djela iz područja zaštite djece i porodice u Republici Hrvatskoj za period 2010 - 2020.



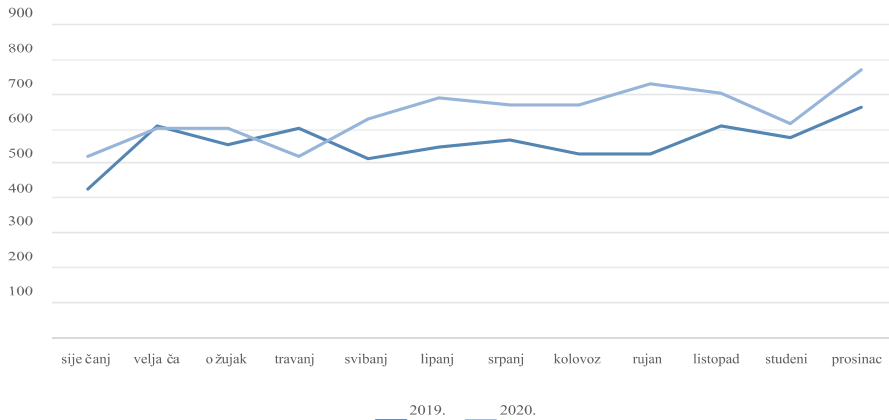
Unutar ovog opšteg trenda, zabrinjavajući podaci koji se nažalost jesu ili nisu očekivali, ukazali su na porast krivičnih djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja putem interneta. Tako, studija MUP-a RH navodi da je 2020. evidentirano 85 krivičnih djela Iskorištavanja djece za pornografiju iz čl. 163. stav 1. i 142 krivična djela iz člana 163. stav 2, što je povećanje od 39% u odnosu na 2019. godinu kada je evidentirano 65 krivičnih djela iz stava 1. i 98 takvih djela iz stava 2. Tome dodaju da

¹² M. Mandić, *COVID i kriminalitet u 2020. godini - Komentar pokazatelja sigurnosti u Republici Hrvatskoj*, str. 17

¹³ Ibid.

je u kontekstu COVID-19 mjera zanimljiv i pregled mjesečnog kretanja prijavljivanja kaznenih djela iz područja kaznenopravne zaštite djece i obitelji, te da su se značajnija odstupanja očekivano pojavila “tijekom travnja koji se doživljava kao prvo „zatvaranje“”.¹⁴

*Prikaz mjesečnog kretanja prijavljenih krivičnih djela iz područja zaštite djece i porodice u Republici Hrvatskoj za period 2019-2020:*¹⁵



5. Pandemijski uticaj na zloupotrebu sredstava masovne komunikacije i interneta za činjene krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika

„Komercijalizacija medija uz pomoć marketinških agencija sve više eksploatiše sadržaje koji su u procesu socijalizacije od strane porodice i škole okarakterisani kao neprimjereni i neprihvatljivi. Ti sadržaji puni su agresivnosti i egoizma, negativnih heroja, lažnih zvijezda. U „informisanju publike“ neki mas mediji ne biraju sredstva i zbog toga će sve više biti negativnih junaka.“¹⁶

Korištenje masovnih sredstava komunikacija u pandemijskim uslovima je značajno i nažalost očekivano dobilo na značaju, te je njihovo korištenje postalo neizbježno u redovnim i nasušno potrebnim životnim

¹⁴ Ibid. str. 19

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Džerard Selman, Ljubinko Mitrović, Dragan Uletilović, Nenad Mirkonj, Duško Šain, *Maloljetnici u krivičnom postupku sa zbirkom propisa iz oblasti maloljetničkog pravosuđa* (Banja Luka: Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2012), str.74.

aktivnostima poput škole, dodatne nastave i pohađanja različitih vrsta seminara i edukacija kod starijih maloljetnika. Njihovo svakodnevno upražnjavanje za „opštu stvar“ je svakako „sredstvo bez kojeg se ne može“, kojem je, međutim, potrebno posvetiti i dodatnu pažnju i oprez, sve radi sigurnog i primjerenog korištenja i zaštite korisnika u vrijeme kada to korištenje izlazi iz okvira „potrebnog“ i prelazi na teren „socijalnog“. Tu prije svega mislimo na slobodno vrijeme kao ulaznicu u prostor posrednog komuniciranja, dijeljenja interesovanja i traženja sebi sličnih mišljenika u šarolikim sferama interesovanja – opštedostupni cyber prostor društvenih mreža i komunikacijskih sredstava, što primjećuje i Lanzarote komitet¹⁷ koji u svojoj izjavi navodi: „...većina zemalja pribjegava strogim karantenskim mjerama. Velika većina djece za vrijeme ovih mjera boravi u zaštićenom i sigurnom okruženju. Međutim, ne smije se zanemariti ni veliki broj djevojčica i dječaka koji su u takvim okolnostima više izloženi nasilju, uključujući seksualno zlostavljanje i iskorištavanje. Stoga je ključno da se procijeni uticaj mjera za upravljanje krizom izazvanom virusom COVID -19 i prilagode odgovori sistema za dječiju zaštitu na novonastalu situaciju. Odredbe Konvencije Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja su sada relevantnije nego ikad i moraju se implementirati.”¹⁸

Lanzarote komitet primjećuje “da zbog mjera ograničenja kretanja djeca sve više vremena provode na internetu i oslanjaju se na društvene medije da bi održavali kontakt sa prijateljima, izražavali osjećaje, učili ili skrenuli misli sa aktuelnih dešavanja, te dodaju da EUROPOL ističe da seksualni prestupnici koriste ovu situaciju, te je sada više djece izloženo riziku da budu vrbovana na internetu i postanu žrtve seksualne ucjene, nasilja na internetu (cyberbullying) ili drugih vrsta seksualnog iskorištavanja koje omogućavaju informaciono - komunikacione tehnologije.”¹⁹

¹⁷ Komitet država potpisnica Konvencije Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualne zloupotrebe broj ETS 201, sačinjena u Lanzarotu, 25. oktobra 2007. godine. Ovo tijelo je uspostavljeno za praćenje na koji način države potpisnice Konvencije učinkovito u praksi sprovode Konvenciju u kontekstu zakonodavstva i politike. Bosna i Hercegovina je potpisala ovu Konvenciju 12. oktobra 2011. godine u Strazburu, objavljena u “Službenom glasniku BiH/Međunarodni ugovori ” broj 11/12, stupila na snagu 01.03.2013. godine.

¹⁸ Izjava predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg Lanzarote komiteta o pojačanoj zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja u vrijeme pandemije virusa COVID-19 od 03. aprila 2020. godine, dostupno na <https://rm.coe.int/covid19-1cstatement-bosnian/16809e3888>, datum pristupa 08.10.2021. godine

¹⁹ Ibid.

S tim u vezi, Globalno partnerstvo za zaustavljanje nasilja nad djecom²⁰ i UNICEF i njihovi partneri iz Alijanse za zaštitu djece u humanitarnim okolnostima, u svojoj izjavi ističu da „sprečavanje seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja, te pitanja sigurnog prijavljivanja takvih pojava trebaju biti integrirani u sve mjere prevencije i kontrole virusa COVID-19.”²¹

U kontekstu navedenog, studija MUP-a RH navodi da „iskorištavanje djece za pornografiju sudjeluje s 12 % u ukupnom kibernetičkom kriminalitetu u opserviranom periodu. S tim u vezi, EUROPOL je u procjeni prijetnje od organiziranog kriminaliteta na Internetu detektirao pet područja prijetnje na području Europske unije i to:

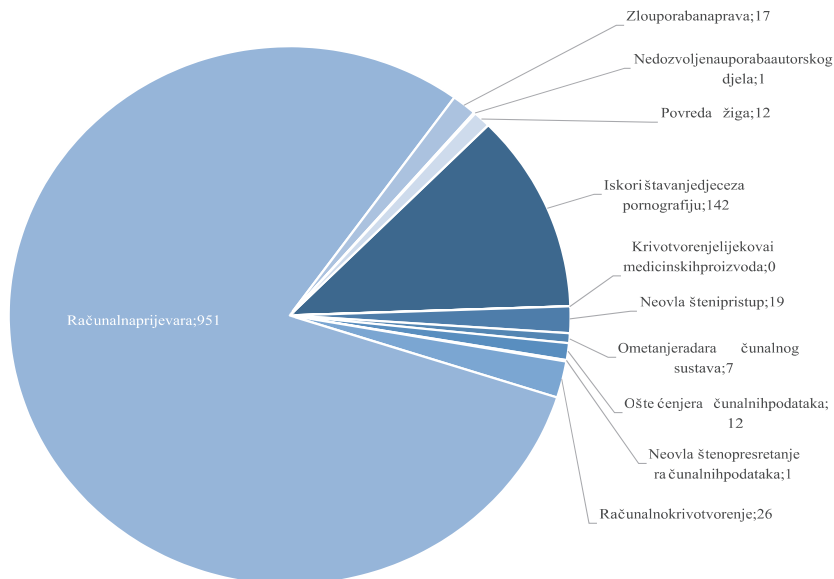
1. *socijalni inženjering kao najveću prijetnju u izvršenju raznih oblika kibernetičkih kaznenih djela;*
2. *zloćudne programe: Ransomware ostaje najdominantnija prijetnja fizičkim i pravnim osobama;*
3. ***seksualno iskorištavanje djece na internetu;***
4. *financijske prijevare;*
5. *kriminalne aktivnosti na Dark Webu”.*

Shodno tome, zaključak ove studije je da broj kibernetičkih napada nije u porastu, a da je količina sadržaja dječje pornografije na internetu za vrijeme trajanja krize uslijed pandemije COVID-19 značajno narasla. Osim toga, navodi se da je zabilježen porast svih indikatora koje prati EUROPOL, a to su prijave pružatelja internetskih usluga i aktivnosti, broj pokušaja pristupa dječjoj pornografiji na internetu, broj prijava policiji, količina novih postova na online forumima posvećenih dječjoj pornografiji i količina aktivnosti na Darknet forumima.²²

²⁰ Globalno partnerstvo za zaustavljanje nasilja nad djecom pokrenuto je 2016. godine i trenutno je u partnerstvu 26 zemalja koje pokazuju političku opredeljenost za ulaganja u INSPIRE programu za borbu protiv nasilja nad djecom. U Bosni i Hercegovini zastupljeno kroz djelovanje i podršku UNICEF BiH.

²¹ Globalno partnerstvo za zaustavljanje nasilja nad djecom, UNICEF i partneri, dostupno na <https://www.end-violence.org/protecting-children-during-covid-19-outbreak>, datum pristupa 07.10.2021. godine

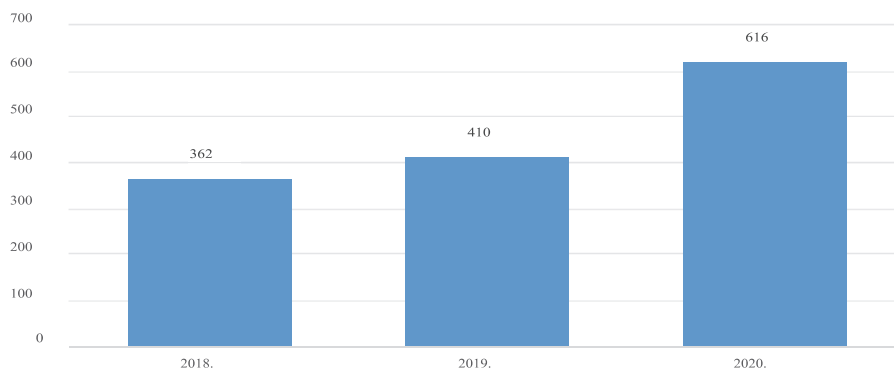
²² M. Mandić, *COVID i kriminalitet u 2020. godini - Komentar pokazatelja sigurnosti u Republici Hrvatskoj*, str. 26.



Prikaz udjela krivičnih djela u kibernetičkom kriminalitetu u Republici Hrvatskoj za 2020. godinu.²³

Statističkim pregledom, studija MUP-a RH zaključuje da je putem komunikacijske tehnologije počinjeno ukupno 616 krivičnih djela, od kojih je 196 počinjeno putem društvenih mreža, 113 putem aplikacija za razmjenu sadržaja, 22 putem elektronske pošte, 138 putem mrežnih online usluga, te 147 putem SMS odnosno MMS poruka.²⁴

Prikaz krivičnih djela počinjenih komunikacijskim tehnologijama u Republici Hrvatskoj u 2020. godini.²⁵



²³ Ibid. str. 27

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

Procjenjujući uticaj pandemijskih uslova na izvršenje ovih krivičnih djela, ukazuju podaci do kojih su došli istraživači studije MUP-a RH: *“Mjere uvedene tijekom pandemije značajno su proširile vrste napada i njihove smjerove, jer i građani i tvrtke koriste digitalna i internetska rješenja više nego prije. Promjene u načinu života koje su se pojavile tijekom pandemije, poput rada putem interneta i raširena internetska kupovina vjerojatno neće nestati nakon završetka pandemije. Cyber kriminalci će i dalje tražiti mogućnosti za iskorištavanje tih navika prilagođavanjem postojećih ili osmišljavanjem novih vrsta napada. Na internetu je globalno tijekom 2020. godine bila prisutna veća količina materijala koji prikazuju seksualno iskorištavanje djece, uključujući materijale kod kojih se djeca sama snimaju i postavljaju multimedijske datoteke na mrežu. Većina materijala koji prikazuju seksualno iskorištavanje djece još uvijek se dijeli putem P2P (Peer-to-Peer) platformi²⁶. Popularnost aplikacija za razmjenu poruka, fotografija i videa s ugrađenim mogućnostima video poziva (WhatsApp, Viber, Telegram i sl.) rezultirala je značajnim povećanjem količine prijenosa uživo, a čime se povećava i rizik od seksualnog zlostavljanja djece.”²⁷*

6. Krivična djela seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece u digitalnom okruženju - specifičnosti i praktični primjeri u Bosni i Hercegovini

Svaki oblik kriminaliteta, determinisan je posebnim elementima koji ga izdvajaju od drugih sličnih, ali i suprotnih grupa krivičnih djela podijeljenih po različitim objektima zaštite, osnovnim ljudskim pravima koja se štite ili sloboda koje mogu biti ugrožene radnjama koje sam zakonodavac propisuje kao nedopuštenim.

S tim u vezi, kod krivičnih djela seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece u digitalnom okruženju, autori nalaze da je nedovoljno razvijena svijest o postojanju krivičnih djela u digitalnom okruženju počinjenih na štetu djece, kako od strane porodica, tako i škole i šire društvene zajednice. Navedeni zaključak autori temelje na činjenici o postojanju vrlo skromnih podataka i nedovoljnih studija sačinjenih na ovu temu od strane domaćih institucija, koje bi kao takve bile dostupne stručnoj javnosti.

²⁶ Peer-to-peer ili skraćeno “P2P” usluga je mrežna platforma na kojoj dvije osobe komuniciraju direktno jedna sa drugom, bez učešća treće strane.

²⁷ Ibid str. 28

Da to nije samo slučaj u našoj zemlji, autori zaključuju iz izjave Lanzarote komiteta u kojoj se navodi: *“Snažno apelujemo na države potpisnice Lanzarote Konvencije da osiguraju da su djeca upoznata sa njihovim pravom na zaštitu od seksualnog nasilja i servisima i mjerama kojima se taj cilj ostvaruje. Neophodan je kontinuirani dijalog između državnih, regionalnih i lokalnih vlasti, kao i saradnja sa civilnim društvom i privatnim sektorom kako bi se redovno analizirala situacija, procjenjivale potrebe i prilagođavale mjere, čime će se svima omogućiti da nastave svoj rad na sprečavanju i borbi protiv seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja djece i zbrinjavanju žrtava seksualnog nasilja”*.²⁸

Pored navedenog, i sam zakonodavac je kroz odredbe ZOM RS, ZOM FBiH i ZOM BD uvažio specifičnosti krivičnih djela ove vrste, te je prepoznao potrebu posebnog postupanja u takvim predmetima. Da je to upravo slučaj, ukazuje posebno propisivanje organizacije rada tužilaštva i sudova u radu na predmetima koji su determinisani djetetom kao žrtvom krivičnih djela iz palete krivičnih djela ovih zakona. Među tim krivičnim djelima, kako se može vidjeti, istakli smo i krivična djela seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece.

Stoga je apsolutno neophodno u ovu problematiku, ali i razumijevanje materije dodatno ojačati obim, vrstu i kontinuitet edukacije nosilaca pravosudnih funkcija, ali i policijskih službenika, koji će se posebno obučiti za inače hitno i neodložno postupanje u ovim predmetima, shodno duhu i slovu ovih zakona. Često se u procesuiranju pojavljuju teškoće u vidu utvrđivanja identiteta i lokacije predatora koji je u cyber prostoru, takoreći, slobodan u regionalnim i svjetskim okvirima pristupiti žrtvi, preduzeti zabranjene radnje i izvršiti krivično djelo, dok žrtva ostaje u lokalnom okruženju u kojem istražni organi imaju niz pravnih i međunarodnih uslova koje je prethodno potrebno ispuniti radi prikupljanja adekvatnih dokaza i identifikacije počinioca. Tu prije svega mislimo na načine prikupljanja dokaza - međunarodna pravna pomoć, otežan i usporen dokazni postupak, identifikovanje osumnjičenih/ oštećenih na internetu i računarskim mrežama.

Radi navedenog, a prije svega prepoznavanja pojavnih oblika, dodatna

²⁸ Izjava predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg Lanzarote komiteta o pojačanoj zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja u vrijeme pandemije virusa COVID-19 od 03. aprila 2020. godine

i šira obuka i uključivanje većeg broja subjekata i organizovanje međunarodnih saradnji na efikasnijem preduzimanju radnji dokazivanja, mora biti među prioritetima i polaznim osnovima u daljim koracima kada je u pitanju ova problematika. Konkretno, mora uključivati saradnju na istragama u predmetima koji uključuju krivična djela seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece u digitalnom okruženju - policija, tužilaštvo, te ujednačavanje različite prakse i postupanja sudova, radi razumijevanja teškoća sa kojima se istražni organi susreću u realnim okvirima i mimo nametnutih pandemijskih uslova.

Faktori koji utiču na uspješnost otkrivanja krivičnih djela počinjenih na štetu djece, ali i krivičnih djela počinjenih putem društvenih mreža ili sredstava masovne komunikacije, uslovljeni su različitim pitanjima. Tu kao najznačajniji izdvajamo sam način saznanja djeteta da je počinjeno krivično djelo, odnosno svijest djeteta o počinjenom krivičnom djelu. S druge strane, njegovo razumijevanje je uslovljeno različitim stepenima informisanosti od strane za to određenih prirodnih ili zakonskih obveznika, gdje ubrajamo porodice, škole, organe socijalnog staranja, organizacije civilnog društva i druge. Svi ovi akteri bi trebali djelovati u vidu pojačane svijesti maloljetnika o percipiranju dopuštenosti, nedopuštenosti, štetnosti i posljedicama radnji usmjerenih ka njihovom integritetu, bilo od strane njima poznatih ili pak nepoznatih lica.

Prednje je uslovljeno i uzrastom djeteta - dijete, mlađi ili stariji maloljetnik, tj. dobne strukture, što zahtijeva i prilagođavanje načinu na koji će djeca biti informisana od svih ovih aktera, kako bi adekvatno i blagovremeno prepoznali prijeteću opasnost, te omogućili rano otkrivanje od strane za to specijalizovanih zakonom ustanovljenih organa. Uz sve navedeno, kod djece i maloljetnika će se razviti i utvrditi svijest da „nisu sami“ i da nisu tek jedna „žrtva“ u svojoj brojci, uz apsolutno potrebnu podršku porodice, okoline i podržavajuće sredine, nauštrb stigme koja bi posljedično nastala na strani maloljetnika u nedostatku svih ovih elemenata bez kojih otkrivanje i efikasno procesuiranje ne bi moglo biti učinkovito.

Međutim, ovi faktori, iako svojevrsni osnovi uspješnog otkrivanja ove vrste krivičnih djela, usljed pandemije COVID-19 virusa pretrpjeli su, ali i dalje trpe bitna ograničenja kada je u pitanju njihovo rano otkrivanje. Naime, praksa pokazuje da je tzv. lockdown u vezi sa drugim mjerama za suzbijanje širenja ovog virusa, potencijalne žrtve stavila u položaj

koji pogoduje počiniocu, s obzirom na to da je žrtva „prinudena“ na konstantni boravak i nadzor predatora, bilo da je riječ o uslovima porodičnog „zatvaranja“ ili drugim sličnim uslovima, u kojima je mogućnost ostavljanja slobodnog prostora žrtvi da prijavi nedozvoljene radnje (a pod pretpostavkom da ih je i sama svjesna s obzirom na dob) bitno sužena, posljedujući dugotrajnim odnosom podređenosti žrtve prema njenom „mučitelju“. U takvim slučajevima, najčešće se radi o djelima seksualnih ili sa njima izjednačenih bludnih radnji ili akata sličnih konotacija, determinisanih produženim trajanjem.

Lanzarote komitet navodi da „u kontekstu sve većeg broja zemalja pod karantenskim mjerama, tragična je činjenica da su mnoga djeca, a naročito ona u ranjivim situacijama uzrokovanim intelektualnim ili fizičkim poteškoćama, ili u situacijama zavisnosti od drugih, zatvorena sa njihovim zlostavljačima, bilo u vlastitom domu, ili u sistemu zbrinjavanja izvan porodice, u improviziranim izbjegličkim kampovima ili objektima u kojima su lišena slobode.”²⁹

Opravdanost izražene bojazni od pojačane izloženosti djece i maloljetnika ovoj vrsti krivičnih djela i počinitelja, potvrđuju primjeri iz domaće prakse koji ukazuju da je pandemija u značajnoj mjeri uticala na kasno otkrivanje i prijavljivanje počinjenih krivičnih djela, koja su prema okolnostima trajala u dužem vremenskom periodu.

Tako, u nastavku navodimo dva primjera koji su uspješno procesuirani i koji su dobili sudski epilog. U oba slučaja radi se o punoljetnim izvršiocima, te je zabilježen nesrazmjer u životnoj dobi počinitelja prema svojoj žrtvi/ama.

6.1. Primjer prvi - iz činjeničnog opisa optužnice Kantonalnog tužilaštva Kantona Sarajevo

U prvom slučaju radi se o počiniocu krivičnog djela Iskorištavanje djeteta ili maloljetnika radi pornografije iz člana 211. stav 1. Krivičnog zakona Federacije BiH, u vezi sa članom 55. istog Zakona, koji je „u vremenskom periodu od 01.03.2019. do 30.10.2019. godine u Sarajevu u ulici xxxxxx broj xx, općina xxxxx sa IP adrese broj:xx.xx.xxx.xxx koja pripada njegovoj majci xxxxxx, iako je bio svjestan da posjeduje i rasparčava

²⁹ Ibid.

*materijal pornografskog sadržaja na kojem su djeca i maloljetnici, a sve sa ciljem iskorištavanja djece ili maloljetnika radi pornografije, što je i htio, kontinuirano koristeći se znanjima i vještinama iz oblasti informacionih tehnologija i to internet priključkom na navedenoj adresi dodijeljenom na korištenje od strane operatera xxxxxx, vršio skidanje sadržaja dječje pornografije sa interneta kreirajući facebook korisničke račune „xxxx-xxxx“ i „medena.xxxx“ i putem facebook aplikacije messenger dijelio fotografije i video snimke sa drugim nepoznatim korisnicima društvene mreže facebook, a koji su seksualno eksplicitnog sadržaja djece i maloljetnih osoba, da bi pretresom stana na naprijed navedenoj adresi, koji koristi, dana 15.12.2020. godine po naredbi Općinskog suda u Sarajevu broj: 65 0 K xxxxx 20 Kpp od 03.12.2020. godine, u njegovoj sobi pronađeno više uređaja za pohranjivanje kompjuterskih i elektronskih podataka i to jedan laptop sa natpisom „HP xxxx BOOK“, sivo-crne boje, jedan eksterni hard disk sa natpisom „xxxxx“ sa kablom, zeleno-crne boje, jedan USB stik sa natpisom „xxxxx“, jedan laptop sa natpisom „xxxxx“ sivo-crne boje, dva hard diska bez oznaka crne boje, devet USB stikova sa natpisima „DATA xxxxx xxx“, „DATA xxxxxxx G4, DTxx:G2“, jedan prozirno-narandžaste boje, „ADATAC xxxx“, „MERxxxxxx“, „www.studioxxxxx.com“, „4GB“ i „10 godina stvaramo uspomene“, tri micro kartice sa natpisima „06xxxxxxxx“, „SAN xxxx“ i „SONY xxxxx-M2“, jedan tablet bijele boje sa kožnom futrolom, dva mobilna telefona jedan sa natpisom „Samsung“ oštećenog displeja i drugi sa natpisom „xxxxx“, sa većom količinom seksualno eksplicitnog sadržaja koji asocira na osobe mlađe od 18 (osamnaest) godina, te je na memorijama označenim kao USB1, USB4, USB5, USB7, USB8 i USB9, nađeno 49.xxxxx fotografija i pet video zapisa, dok je na memoriji označenoj kao USB2 nađen facebook profil pod nazivom xxxxxxxxxx **sa mnoštvom konverzacija u kojima su dijeljene slike i video zapisi**, laptopu „xxx“ utvrđeno prisustvo velikog broja fajlova koji su ili asociraju na sadržaje dječje pornografije i to 16.xxxx slika i 3xx videa i u eksternom hard disku „xxxxxxx“ utvrđeno prisustvo više hiljada fajlova koji su ili asociraju na sadržaj dječje pornografije i to 24.xxxxx slika i xxxxx videa.“*

Značaj konkretnog primjera se ogleda u činjenici da je počinitelj sa vršenjem zabranjenih radnji započeo i prije formalnog proglašenja stanja prirodne nesreće izazvane pandemijom COVID-19 virusa i uvođenja mjera različitih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini radi njegovog

suzbijanja. S druge strane, količina materijala dječje pornografije/ seksualno eksplicitnog sadržaja koji asocira na osobe mlađe od 18 (osamnaest) godina pronađenog prilikom pretresa stana, ukazuje da je počinilac preduzimanje zabranjenih radnji intenzivirao upravo u vrijeme kada su na snazi bile različite restriktivne mjere i ograničenja kretanja tokom 2020. godine.

6.2. Primjer drugi - iz činjeničnog opisa optužnice Kantonalnog tužilaštva Kantona Sarajevo

Drugi slučaj pokazuje drastičan primjer počinjenih krivičnih djela na štetu djece koja su u pandemijsko vrijeme bila kontinuirano izložena počinitelju koji je za potrebe počinjenja krivičnog djela Bludne radnje iz člana 208. Krivičnog zakona Federacije BiH koristio upravo sredstva komunikacije kao način namamljivanja žrtve, a da je izloženost i upućenost žrtve na počinitelja usljed pandemijskih ograničenja, te neadekvatno ispunjenog vremena i obaveza djece, bila uzrok neblagovremenog otkrivanja počinjenih krivičnih djela, imajući u vidu kontinuitet radnji i vremenski okvir.

Tako je počinilac *„tačno neutvrđenog dana, početkom septembra mjeseca 2020. godine, u vremenskom periodu između 15,00 do 16,00 sati, u Sarajevu, u naselju xxxxxxx bb, općina xxxxxxx pozvao dijete X.X (rođena xx 2007. godine) i njenog brata XX (rođen 2008. godine), sa kojima je u srodstvu i to djecu od brata njegove supruge, da krenu u šetnju po selu xxxxx, na šta su isti pristali, da bi potom tokom šetnje rekao djevojčici X.X da ima nešto na stražnjici, na što joj je brat rekao da nema, da bi joj potom stavio ruku na njena prsa dodirujući intimni dio tijela djeteta i to u predjelu grudi, te je više puta zagrlio gdje se X.X. izmicala, koji dodiri su kod iste izazvali nelagodu, gdje je isti u prethodnom periodu i to od početka mjeseca maja do početka mjeseca septembra 2020. godine, sa svog mobilnog telefonskog aparata Samsung GSM GT –xxxx Galaxy xxxx Plus i to sa broja: 060/xxxxxxx slao više SMS poruka na broj telefona: 060/xxxxxxx djeteta X.X u kojima je na različite načine tražio da se sastaje s njim, pitajući da li je ljuta na njega i govoreći da je voli najviše na svijetu, te na isti način u navedenom periodu putem viber aplikacije pozivao da se sastaju govoreći da ne može da spava, da misli na nju, da mu kaže šta da joj kupi, pa je tako dana 10.09.2020.godine slao SMS poruke sa broja*

telefona: 060/xxxxxx, predstavljajući se kao xxxxxx iz xxxxxx, na broj telefona: 060/xxxxxx, u kojim porukama je pozivao istu da „imaju sex, da ona bude donja a on gornji, te da će joj napraviti dijete“, a nakon toga joj poslao i nekoliko prijetećih poruka da ukoliko o navedenom obavijesti roditelje i policiju da će je ubiti, što je kod nje izazvalo strah iz kojih razloga je izbrisala te poruke, iako je bio svjestan da se radi o djetetu starosti od 13 (trinaest) godina, a sve sa ciljem zadovoljavanja svog seksualnog nagona, a što je i htio, a što je kod X.X izazvalo strah, zebnju, zabrinutost, posramljenost, stid, uznemirenost, nesigurnost, neizvjesnost, te posttraumatski stresni poremećaj, a potom tačno neutvrđenog dana, u **vremenskom periodu od početka mjeseca jula do kraja mjeseca avgusta 2020. godine**, u poslijepodnevnim satima, u xxxxx, u ulici xxxxxx, općina xxxxx, u vlastitoj kući, u prostoriji dnevnog boravka, a nakon što je u kuću pozvao djecu od brata njegove supruge i to dijete X.X.(rođena xxxx 2007. godine) i njenog mlađeg brata X.X (rođen 2008. godine), te istom dao bombone rekavši mu da se udalji da bi potom iskoristivši činjenicu da je sa djetetom X.X ostao nasamo, pred istom skinuo svoje pantalone i donji veš do koljena, te joj pokazao svoj spolni organ, a potom joj se obratio sa riječima “Vidi ga”, iako je bio svjestan da se radi o djetetu tada starosti oko 13 (trinaest) godina, a sve sa ciljem zadovoljavanja svog seksualnog nagona, a što je i htio, a što je kod X.X izazvalo strah, zebnju, zabrinutost, posramljenost, stid, uznemirenost, nesigurnost, neizvjesnost, te posttraumatski stresni poremećaj.“

7. Prijedlozi djelovanja umjesto zaključka

Na ovom mjestu, prije svega, nalazimo za shodno prenijeti stav Lanzarote komiteta da “roditelji i staratelji koji borave sa djecom za vrijeme karantenskih mjera moraju dobiti podršku kako bi se nosili sa vlastitim emocijama i ponašanjem u ovoj kriznoj situaciji. Osim toga, treba ih osnažiti za sprečavanje i odgovor na seksualno zlostavljanje njihove djece, uključujući zlostavljanje na internetu. Komunikacijske aktivnosti moraju biti usmjerene na širenje svijesti odraslih o mjerama koje mogu poduzeti kako bi zaštitili svoju djecu.”³⁰

³⁰ Izjava predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg Lanzarote komiteta o pojačanoj zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja u vrijeme pandemije virusa COVID-19 od 03. aprila 2020. godine

Upravo za potrebe proaktivnog i preventivnog djelovanja na suzbijanju ove i sličnih pošasti koje su stihijski prodrle i u naše društvo pod talasima pandemije globalnih razmjera, i ukazale da ni naše društvo nema adekvatne mehanizme za odbranu naših najmlađih od različitih profila počinioca krivičnih djela, koji su motivisani različitim iskrivljenim pobudama uz odsustvo bilo kakvih osnovnih ljudskih, društvenih i moralnih normi, autori umjesto zaključka ističu da kontinuirano, sveobuhvatno i sistemsko djelovanje u cilju informisanja svih aktera uključenih u procese odgoja i vaspitanja djece i maloljetnika o ovom problemu mora početi odmah, i da to djelovanje ne trpi odlaganje, jer sutra već može biti kasno.

Navedeno je prepoznato čak i od Vijeća Evrope koje je izradilo i niz³¹ materijala u cilju promovisanja ovih i sličnih tema, koje pak, kako praksa ukazuje, nije dovoljno. Stoga je aktivnosti o informisanju ciljne grupe potrebno preduzeti na način da se upoznaju sa obimom, vrstom i načinima na koje se nedopuštene i štetne radnje preduzimaju putem sredstava masovne komunikacije i cyber prostora koji maloljetnici svakodnevno upražnjavaju. Pored toga, ciljnoj grupi je potrebno ukazati na mogućnosti i obavezu prijave počinjenih nedopuštenih radnji za to nadležnim organima uz osmišljavanje adekvatnog propagandnog materijala koji će na ciljnu grupu djelovati tako da ukaže da bez straha i stigme mogu prijaviti počinjena djela, da u tome „nisu sami“, a prvenstveno u odnosu na roditelje/zakonske zastupnike djece, porodicu u širem smislu, zatim škole, službe socijalne zaštite, kao i proglas o navedenoj problematici putem poziva organizacijama civilnog društva.

Za relevantne institucije sistema autori predlažu izradu sistemskog plana za osposobljavanje i kontinuiranu obuku za postupanje neposrednih učesnika po prijavama o počinjenim krivičnim djelima ove vrste, u prvom redu policija i tužioci, te izradu strategije i predlaganje regionalne i šire saradnje u oblasti otkrivanja i gonjenja počioca krivičnih djela zloupotrebom cyber sistema i internet platformi, te uvesti poseban kanal za prijave ovih krivičnih djela po uzoru na program krimolovci ili rješenja po uzoru na zemlje u regionu, pa tako npr. Republiku Srbiju koja je uvela i poseban broj za prijavu zloupotrebe interneta i ugrožavanja bezbjednosti djece na internetu.

³¹ Dostupan na <https://www.coe.int/en/web/children/covid-19>, datum pristupa 08.10.2021. godine

Također, ovim putem ističemo i važnost da unutar pravosudnog sistema krivična djela počinjena na štetu djece budu evidentirana i vidljiva kroz zvanični sistem za upravljanje predmetima koji se koristi u sudovima i tužilaštvima, a na način da im se posebnim oznakama ovih predmeta da na značaju u smislu njihove hitnosti koja je i predviđena Zakonom, te svakako radi ukupne evidencije i mogućnosti praćenja kvaliteta ali i brojnosti ovakvih predmeta, te su autorice kao članovi Tima za implementaciju Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku na svim razinama sa CMS/TCMS sistemom, već u datim zaključcima, pored ostalih prijedloga, a zajedno sa svim članovima dali i ovakve prijedloge, a sve u cilju najboljeg interesa djece i maloljetnika koji dolaze u kontakt sa zakonom.

Literatura

- Pribišev Beleslin, T. (2007). *Susretanje u elektronskom svetu: Deca, vaspitači, kompjuteri, vrtići*. Banja Luka: Fakultet za političke i društvene nauke.
- Selman, Dž., Mitrović, Lj., Uletilović, D., Mirkonj, N., Šain, D. (2012). *Maloljetnici u krivičnom postupku sa zbirkom propisa iz oblasti maloljetničkog pravosuđa*. Banja Luka: Ministarstvo pravde Republike Srpske.
- Bašić, S. (2020). *Pandemija COVID-19: Rodna perspektiva*. Sarajevo: Friedrich Ebert Stiftung. Dostupno na: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/16154.pdf>
- Mandić, M. (2021). *COVID i kriminalitet u 2020. godini - Komentar pokazatelja sigurnosti u Republici Hrvatskoj*. Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Kabinet ministra, Služba za odnose s javnošću. Dostupno na <https://mup.gov.hr/UserDocsImages/2021/04/Covid%20i%20kriminalitet%20u%202020%20-%20Komentar%20pokazatelja%20sigurnosti%20u%20Republici%20Hrvatskoj.pdf>
- Pribišev Beleslin, T. (2010). *Rana kompjuterska pismenost: Mogućnosti i rizici za razvoj i učenje djece predškolskog uzrasta*. Banja Luka. Okrugli sto: Kako zaštititi djecu na internetu, Ombudsman za djecu Republike Srpske. Dostupno na <http://www.djeca.rs.ba/uploaded/Rana%20kompjuterska%20pismenost%20rad.pdf>
- *Izjava predsjedavajućeg i zamjenika predsjedavajućeg Lanzarote komiteta o pojačanoj zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja u vrijeme pandemije virusa COVID-19* od 03. aprila 2020. godine. Dostupno na <https://rm.coe.int/covid19-lcstatement-bosnian/16809e3888>.
- Globalno partnerstvo za zaustavljanje nasilja nad djecom, UNICEF i partneri, (2020). *Protecting children during Covid-19*. Dostupno na <https://www.end-violence.org/protecting-children-during-covid-19-outbreak>
- Council of Europe, *Protecting and empowering children during the Covid-19 pandemic*, (2020). Dostupan na <https://www.coe.int/en/web/children/covid-19>

- Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 7/2014 i 74/2020).
- Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br.13/2010, 61/2013 i 68/2020).
- Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 44/2011).
- Konvencija Vijeća Evrope o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualne zloupotrebe („Službeni glasnik BiH/ Međunarodni ugovori“, br. 11/2012). Dostupno na <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/djeca/Konvencija%20VE%20o%20zastiti%20djece%20od%20seksualnog%20iskoristavanja%20-%20H.pdf>

Ljubana Sladić

Viša asistentica

Pravni fakultet Univerzitet u Istočnom Sarajevu

ljubana.sladic@pravni.ues.rs.ba

DJECA U KONTAKTU I SUKOBU SA ZAKONOM – POJAM I TERMINOLOŠKA NEUSAGLAŠENOST

Sažetak: *Pojam, odnosno, termin djeteta nalazimo u mnogim zakonskim tekstovima, što važi i za pojam maloljetnika. Problem koji se javlja u vezi sa tim pojmovima je njihova neusaglašenost, tačnije, različito definisanje u različitim zakonskim tekstovima, kako na državnom nivou, tako i na nivou entiteta i Brčko Distrikta BiH. Na osnovu mnogobrojnih zakonskih rješenja dolazimo u dilemu onda kada treba da odgovorimo na pitanje ko se smatra djetetom, a ko maloljetnikom, prema pozitivnom pravu u Bosni i Hercegovini.*

U ovom radu biće dat prikaz osnovnih definicija pojma djeteta i maloljetnika u relevantnim zakonskim tekstovima pozitivnog prava Bosne i Hercegovine, ali i upućena kritika zbog navedenog različitog terminološkog određenja i definisanja pojma djeteta i maloljetnika. Takođe, biće određeno i šta se podrazumijeva pod izrazom „djeca u kontaktu sa zakonom“, a šta pod izrazom „djeca u sukobu sa zakonom“, odnosno, odrediće se značenje navedenih sintagmi.

Ključne riječi: *dijete, maloljetnik, Bosna i Hercegovina, Federacija Bosne i Hercegovine, Republika Srpska, Brčko Distrikt BiH, djeca u kontaktu sa zakonom, djeca u sukobu sa zakonom.*

1. Uvod

Na međunarodnom planu, opšti pojam djeteta određuje Konvencija o pravima djeteta¹, koja dijete definiše kao osobu mlađu od 18 godina, ostavljajući mogućnost da se po pravu koje se primjenjuje, punoljetstvo stekne i ranije.² To znači da ova Konvencija dozvoljava da se drugim pravnim aktima, kako na međunarodnom planu, tako i na nacionalnom, drugačije definiše ovaj pojam. Treba napomenuti da je pojam djeteta, dat u pomenutoj Konvenciji opšteg karaktera i ne odnosi se samo na krivičnopravnu oblast, nego se konvencijskim definisanjem nastoji pružiti zaštita djetetu uopšte.

Kada je riječ o krivičnopravnom pojmu djeteta, različite definicije nalaze se u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine, odnosno, zakonskim tekstovima na državnom nivou, entitetskim nivoima, ali i na nivou Brčko Distrikta BiH.

U nastavku rada slijedi prikaz najvažnijih zakonskih tekstova na pomenutom državnom i nižim nivoima, a koji sadrže definiciju djeteta i maloljetnika.

2. Pozitivno pravo Bosne i Hercegovine

Na nivou Bosne i Hercegovine, najznačajniji izvor krivičnog prava, a koja nam je oblast za ovaj rad i relevantna, jeste Krivični zakon Bosne i Hercegovine.³

¹ Usvojena na 44. zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine, a BiH ju je ratifikovala nekoliko puta, i to 1991. godine kao jedna od republika bivše SFRJ, 1992. godine po priznanju nezavisnosti BiH, te 1995. godine potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma. Važno je istaći da ovaj međunarodni dokument ne reguliše detaljno na koji način treba postupati sa djecom koja su u sukobu sa zakonom, dok standardi tzv. „mekog prava“ sadrže detaljna pravila i uputstva, ali ipak nemaju snagu pravno obavezujućih instrumenata. Priručnik o intervencijama sa maloletnicima u sukobu sa zakonom i njihovim porodicama, Republički zavod za socijalnu zaštitu, Beograd, 2017, str. 7.

² Lana Petö-Kujundžić, „Dijete kao svjedok“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, broj 1 (Zagreb: 2004), str. 111. Drugi citirani autor navodi da se ovakvom jezičkom formulacijom daje mogućnost nacionalnim zakonodavstvima da i nakon ratifikacije ove konvencije postave drugačiju definiciju djeteta ili zadrže onu već postojeću, bez obaveze da izvrše usklađivanje sa pomenutom konvencijskom definicijom. Više o tome, vid. Dragana Ćorić, „O sličnostima i razlikama definicija pojmova „maloletno lice“ i „dete“ u domaćem pozitivnom pravu“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, broj 1 (2019), str. 34.

³ Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 3/2003, 32/2003 – ispravka, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021).

U svom tekstu, ovaj pravni akt sadrži definiciju djeteta, te se prema toj odredbi, djetetom smatra lice koje nije navršilo 14 godina života.⁴ To je uobičajeno rješenje prihvaćeno i u teoriji krivičnog prava već dugi niz godina.

Međutim, postavlja se pitanje kojim terminom obuhvatiti one osobe koje se ne smatraju djetetom prema KZ BiH, a to jesu prema gore pomenutoj Konvenciji o pravima djeteta, tačnije, kojim pojmom označiti starosnu grupu lica koja su navršila 14 godina života, ali nisu navršila 18 godina života. Uobičajeno se ta lica označavaju kao maloljetnici, međutim, KZ BiH pod ovim pojmom podrazumijeva sva lica koja nisu navršila 18 godina života.⁵ To nadalje znači da se u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine pojam maloljetnika shvata šire, te da on u sebi obuhvata i pojam djeteta.

3. Pozitivno pravo entiteta

Kada je riječ o entitetskom nivou i njihovom načinu određenja pojma djeteta, prvo ćemo se osvrnuti na rješenja sadržana u pozitivnom pravu Federacije Bosne i Hercegovine, a potom na pozitivno pravo Republike Srpske.

3.1. Pozitivno pravo Federacije Bosne i Hercegovine

U krivičnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine, pri čemu se, na prvom mjestu, misli na Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine,⁶ rješenje je istovjetno onome koje postoji na državnom nivou.

Prema ovom rješenju, djetetom se smatra lice koje nije navršilo 14 godina života, a maloljetnikom lice koje nije navršilo 18 godina života.⁷ Sve što je prethodno istaknuto za istovjetno rješenje na državnom nivou, važi i ovdje, što znači da pojam maloljetnika u sebi obuhvata i pojam djeteta, te da je dijete uvijek maloljetnik, ali maloljetnik nije uvijek dijete.

⁴ KZ BiH član 1. stav 13.

⁵ KZ BiH član 1. stav 14.

⁶ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 36/2003, 21/2004 – ispravka, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).

⁷ KZ FBiH član 2. stavovi 12 i 13.

Međutim, za razliku od Bosne i Hercegovine, na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, postoji još jedan relevantan izvor krivičnog prava, koji na nešto drugačiji način određuje navedene pojmove. U pitanju je Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku⁸, koji definiše dijete kao osobu koja nije navršila 18 godina života (što je u skladu sa Konvencijom o pravima djeteta, ali ne i u skladu sa krivičnim zakonodavstvom), ali se u narednom stavu istog zakonskog člana navodi da se pod pojmom djeteta (prema kome se ne mogu izreći krivične sankcije niti druge mjere) smatra lice koje nije navršilo 14 godina života, a za koga će se u daljem tekstu tog zakona koristiti termin dijete.⁹

Analizom pomenutog zakonskog člana, odnosno, njegovih stavova, već na prvi pogled može se zaključiti da je u samom zakonskom tekstu dato na više mjesta različito definisanje jednog istog pojma – pojma djeteta, te se u daljem zakonskom tekstu, pri nailasku na termin dijete, možemo naći u dilemi da li se pod tim pojmom podrazumijeva samo lice koje nije navršilo 14 godina života ili lice koje nije navršilo 18 godina života.

Ovaj zakon, takođe, sadrži i definiciju maloljetnika i pod tim izrazom podrazumijeva lice koje je navršilo 16 godina života, a nije navršilo 18 godina života (i prema kome se mogu izreći krivične sankcije i druge mjere).¹⁰ Ovakvo određivanje pojma maloljetnika moglo bi izazvati probleme u praksi. Prije svega, prema ovom zakonskom tekstu, za razliku od KZ FBiH, pojam djeteta je postavljen šire od pojma maloljetnika, jer se pod izrazom dijete podrazumijevaju sva lica koja nisu navršila 18 godina života, a pod maloljetnikom samo lica koja su navršila 16 godina života¹¹, a nisu navršila 18 godina života.

Međutim, ako uporedimo ovo rješenje sa onim u krivičnom zakonodavstvu, ponovo ćemo uvidjeti neusaglašenost iz razloga što KZ FBiH određuje maloljetnika kao svako lice koje nije navršilo 18 godina

⁸ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, br. 7/2014 i 74/2020). (u daljem tekstu ZOM FBiH)

⁹ ZOM FBiH član 2. stavovi 1 i 2.

¹⁰ ZOM FBiH član 2. stav 3. Iako se pretpostavlja, a što je već zapaženo i u pojedinim izvorima (vid. Jasmina Kosović, *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, (Sarajevo: Misija OSCE-a BiH, 2018), str. 36, fn. 29) da je u pitanju omaška zakonodavca, trebalo bi je što prije korigovati, a iznenađujuće je što i posle nekoliko godina primjene tog zakona, do te ispravke, odnosno, korekcije, nije došlo.

¹¹ Odnosno 14 godina, kako bi ispravljeni zakonski tekst trebao glasiti.

života, dok ZOM FBiH pod tim pojmom određuje samo lice koje je navršilo 16 godina života,¹² a nije navršilo 18 godina života.

Pored ove terminološke neusaglašenosti, za koju se autor nada da će uskoro biti riješena korekcijom zakonskog teksta, jer prema trenutnom stanju ZOM FBiH, izostavlja iz opšte starosne kategorije maloljetnika lica koja su navršila 14 godina života, a nisu navršila 16 godina života. Doduše, već je neka vrsta korekcije učinjena u narednom članu odnosnog Zakona, u kom su date definicije mlađeg i starijeg maloljetnika.¹³

Na osnovu svih prikazanih pojmova i definicija, ostaje nejasno zašto se i sam zakonodavac odlučio za naziv „zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku“, kada je baš prema tekstu tog zakona šire postavljen pojam djeteta, kao lica koje nije navršilo 18 godina života, te koji obuhvata u sebi i pojam maloljetnika kao lica koje je navršilo 16,¹⁴ a nije navršilo 18 godina života, te bi značilo da je dijete ujedno i maloljetnik. Naravno, sam naziv zakonskog teksta se može odrediti kao ispravan ukoliko bi se pod djetetom uvijek podrazumijevalo samo lice koje nije navršilo 14 godina života te bi se tada mogla povući jasna linija razgraničenja između djeteta i maloljetnika i nadati se skorij korekciji od strane zakonodavca da u opštu definicije maloljetnika izričito uvrsti i lica koja su navršila 14 godina života, a nisu navršila 16 godina života.

3.2. Pozitivno pravo Republike Srpske

Na nivou drugog entiteta u Bosni i Hercegovini, u pogledu sadržinskog određenja pojma djeteta je drugačije stanje. Pozitivnim krivičnim zakonodavstvom Republike Srpske,¹⁵ prihvaćena je definicija djeteta kao lica koje nije navršilo 18 godina života, ali sa napomenom da se pri tome misli samo na dijete kao žrtvu krivičnog djela.¹⁶ Pri tome nije data niti definicija žrtve krivičnog djela, niti definicija djeteta koja bi se koristila za potrebe nekog drugog krivičnog procesnog svojstva, odnosno, krivičnog procesne uloge, što je potrebno korigovati, odnosno, dopuniti.

¹² *Ibid.*

¹³ ZOM FBiH član 3. stavovi 1 i 2.

¹⁴ Odnosno 14 godina, kako bi trebao da glasi ispravljen zakonski tekst.

¹⁵ Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 64/2017, 104/2018 – odluka US i 15/2021). (u daljem tekstu KZ RS).

¹⁶ KZ RS., član 123, stav 1, tačka 7.

S druge strane, zakonodavac ne određuje pojam maloljetnika u svom krivičnompravnom tekstu.

Kada je riječ o Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku,¹⁷ kao drugom relevantnom izvoru prava za ovu oblast, prema njemu se pojam djeteta određuje kao lice koje nije navršilo 18 godina života, dok se u narednom stavu istog zakonskog člana navodi da se prema djetetu, koje nije navršilo 14 godina života, ne mogu primijeniti krivične sankcije ni druge mjere.¹⁸

Za razliku od rješenja u istoimenom zakonu na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, u zakonskom tekstu Republike Srpske ne postoji napomena da će se u daljem tekstu za lice koje nije navršilo 14 godina života koristiti izraz dijete, što je pohvalno, jer ne izaziva dilemu u pogledu toga da li se, u smislu tog zakona, djetetom smatra samo lice koje nije navršilo 14 godina života ili nije navršilo 18 godina života.

Nadalje se, istim zakonskim tekstom, pod pojmom maloljetnika podrazumijeva starosna kategorija lica koja su navršila 14 godina života, a nisu navršila 18 godina života¹⁹, tako da je ovim opštim pojmom obuhvaćena kategorija i mlađih i starijih maloljetnika, koja je dugi niz godina prihvaćena i u teoriji krivičnog prava. Iako su ovakvom zakonskom formulacijom obuhvaćene sve uzrasne kategorije, primjećuje se da je pojam djeteta šire određen, jer obuhvata i maloljetničku uzrasnu grupu, tako da je dijete uvijek maloljetnik, ali maloljetnik nije uvijek dijete.

S obzirom da KZ RS ne sadrži definiciju maloljetnika, a ovaj zakonski tekst određuje i pojam djeteta i pojam maloljetnika, pri čemu, kako je već istaknuto, pojam djeteta u sebi obuhvata i pojam maloljetnika, i na nivou ovog entiteta se može postaviti pitanje zašto ZOM RS uopšte nosi takav naziv, kada se u smislu tog zakona, pojam djeteta određuje šire, te u sebi obuhvata i maloljetničku uzrasnu grupu.

Takođe, u uvodu ovog zakonskog teksta, između ostalog, navodi se da on „utvrđuje posebna pravila postupanja prema djeci.“²⁰ pa se ponovo

¹⁷ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 13/2010, 61/2013 i 68/2020). (u daljem tekstu ZOM RS).

¹⁸ ZOM RS član 2. stavovi 1 i 2.

¹⁹ ZOM RS stav 3.

²⁰ Specijalni izvještaj - Mladi i djeca u sukobu sa zakonom (Banja Luka: Institucija ombudsmana za ljudska prava, 2012), str. 16

postavlja pitanje zašto se u naslovu tog zakonskog teksta spominju i djeca i maloljetnici kada pojam djeteta, u smislu tog zakona, obuhvata u sebi i pojam maloljetnika.

4. Pozitivno pravo Brčko Distrikta BiH

Na nivou Brčko Distrikta BiH postoje dva relevantna zakonska teksta koja pružaju definiciju djeteta. Prije svega, postoji Krivični zakon Brčko Distrikta BiH²¹ koji dijete definiše kao lice koje nije navršilo 14 godina života, dok maloljetnika određuje kao lice koje nije navršilo 18 godina života.²² Kao što se vidi na prvi pogled, istovjetne definicije postoje u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine, što znači da je i ovdje pojam maloljetnika određen šire, te u sebi sadrži i pojam djeteta.

Međutim, drugi relevantni izvor prava, a to je Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku,²³ definiše dijete kao lice koje nije navršilo 18 godina života, dok u narednom stavu istog zakonskog člana navodi da se prema djetetu, koje nije navršilo 14 godina života, ne mogu primijeniti krivične sankcije ni druge mjere, a za koga će se u daljem zakonskom tekstu koristiti izraz dijete.²⁴ To znači da se, kao i u istoimenom zakonu koji postoji na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, u istom zakonskom tekstu za dvije uzrasne kategorije koristi isti izraz, te se i ovdje čitalac zakonskog teksta može naći u dilemi da li se pod djetetom smatra lice koje nije navršilo 14 godina života ili ono lice koje nije navršilo 18 godina života.

Nadalje, ovaj zakonski tekst daje i definiciju maloljetnika, prema kojoj se pod ovim izrazom misli na lice koje je navršilo 14 godina života, a nije navršilo 18 godina života, te prihvata podjelu na mlađe i starije maloljetnike,²⁵ ali se opet dolazi do zaključka da je pojam djeteta šire određen, te da on u sebi obuhvata i maloljetničku uzrasnu kategoriju, te da je i sam naziv zakonskog teksta upitan, jer on pravi razliku između djeteta i maloljetnika, a sam zakonski tekst ne.

²¹ Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 19/2020 – prečišćen tekst). (u daljem tekstu KZ BDBiH)

²² KZ BDBiH član 2. stavovi 13 i 14.

²³ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 44/2011). (u daljem tekstu ZOM BDBiH)

²⁴ ZOM BDBiH član 2. stavovi 1 i 2.

²⁵ ZOM BDBiH član 2. stav 3. i član 3. stavovi 1 i 2.

5. Pojam djece u kontaktu sa zakonom

Nakon definisanja pojma djeteta, koje, nažalost, nije učinjeno na univerzalan način u Bosni i Hercegovini, ostaje nam da definišemo pojam djece u kontaktu sa zakonom. Imajući u vidu da definiciju ovog pojma ne nalazimo u pozitivnom pravu u Bosni u Hercegovini, preostaje jedino da do takvog definisanja dođemo izučavajući različite bibliografske izvore (koje su navedene u spisku korišćenih bibliografskih jedinica na kraju rada).

Sintezom tih izvora, može se doći do zaključka da se pod izrazom djeca u kontaktu sa zakonom podrazumijevaju lica koja, prije svega, pripadaju uzrasnoj kategoriji djece (pri čemu i dalje ostaje nejasno da li se pod izrazom dijete misli na lice koje nije navršilo 14 godina života ili nije navršilo 18 godina života), a koja u kontakt sa zakonom dolaze tako što u određenom postupku dobijaju ulogu svjedoka ili oštećenog.²⁶

Svjedok je lice za koje postoji vjerovatnoća da će pružiti informacije o učinjenom krivičnom djelu ili učiniocu, dok je oštećeni lice čije je lično ili imovinsko pravo povrijeđeno ili ugroženo izvršenjem krivičnog djela. Za ovakva lica, odnosno, krivičnoprocesne subjekte važe posebna pravila, ali ta pravila bivaju dodatno modifikovana ukoliko se u toj ulozi javlja dijete, odnosno, maloljetnik.²⁷

Neka od tih pravila, odnosno, preporuka koje se u literaturi posebno ističu su:²⁸

- treba biti postavljen cenzus krivične odgovornosti,
- set posebnih pravila za postupanje kada se u ulozi svjedoka ili oštećenog javlja dijete, odnosno, maloljetnik,²⁹

²⁶ Iako se ovaj rad isključivo ograničava na krivičnopravnu oblast, u literaturi se ističe da intersektorska saradnja, iako uvijek neophodna kada se radi o zaštiti prava djece u kontaktu sa zakonom, ipak u praksi najviše dolazi do izražaja u sudskim predmetima razvoda braka. Najbolji interesi djece u kontaktu sa zakonom iz ugla profesionalaca u BiH, Društvo psihologa Republike Srpske, Banja Luka, 2019, str. 30.

²⁷ Čak se u teoriji ističe da ne bi bilo na odmet, kao što postoji pravilo u mađarskom pravu, da se saslušanju djeteta kao svjedoka pribjegne samo izuzetno, u onim slučajevima kada ne postoje drugi raspoloživi dokazi. Snežana Brkić, „Posebna zaštita dece i maloletnika kao oštećenih i svedoka u krivičnom postupku (uporednopravni pristup)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2 (2006), str. 432.

²⁸ Milica Kovačević, „Maloletničko pravosuđe u Evropi i maloletnici kao aktivni učesnici krivičnog postupka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, broj 4 (2014), str. 889-891.

²⁹ U praksi je bilo slučajeva da su sudovima postavljeni zahtjevi da se u okviru njihovih prostornih kapaciteta najmanje jedna prostorija prilagodi boravku djeteta, jer bi se tako uređenim i prilagođenim prostorom donekle umanjila nelagodnost, stres i strah koja djeca osjećaju i doživljavaju kada borave u sudu. Gordana Filipović, „Dijete svjedok u svjetlu međunarodnih propisa“, u: *Dijete u pravosudnom*

- posebno je potrebno istaći potrebu da se takva lica informišu o postupku;
- važno je striktno poštovati načelo zakonitosti,
- neophodno je obučiti i angažovati stručnjake u radu sa ovakvim licima u postupku,³⁰
- važno je, u što većoj mjeri, pojednostaviti proceduru, kada se ovakva lica javljaju kao krivičnoprocesni subjekti,
- potrebno je sve vrijeme imati u vidu da se ova lica još uvijek nalaze u fazi razvoja.³¹

U praksi, ova pravila se uglavnom primjenjuju prilikom izvođenja dokaznih radnji saslušanja svjedoka i oštećenog (koji, u stvari, i predstavlja posebnu vrstu svjedoka), a realizuju se upotrebom audio-video linka prilikom saslušanja, potom saslušanja samo jedanput, kako bi se smanjio rizik od sekundarne viktimizacije i slično.³²

6. Pojam djece u sukobu sa zakonom

Za razliku od pojma djece u kontaktu sa zakonom, koji nije definisam zakonskim tekstovima, pojam djece u sukobu sa zakonom³³ nalazi se u odgovarajućim zakonskim tekstovima.³⁴ Tako zakoni o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, koji postoje na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske

postupku – Primjena Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava, ur. Gordana Filipović, Davorka Osmak Franjić (Zagreb, Pravobranitelj za djecu, 2012), str. 20.

³⁰ „Sudska praksa je šarolika kada se saslušavaju djeca uz pomoć stručnih osoba: razgovara li tada stvarno s djetetom stručna osoba, a sudac je nazočan i postavlja samo određena pitanja koje ta stručna osoba djetetu treba približiti, pojasniti ili, obrnuto, s djetetom razgovara sudac, a stručna osoba zapravo samo pazi da je djetetu sve jasno i da se pitanja ne postavljaju na način neprikladan djetetu.“ L. Petö-Kujundžić, *Dijete kao svjedok*, str. 114.

³¹ Nikada ne treba izgubiti iz vida to da se djeca nalaze u osjetljivoj dobi, te upravo iz tog razloga treba postupati sa njima na takav način u postupku da se ne proizvedu štetne posljedice po njihov psihosocijalni rast i razvoj. Snežana S. Brkić, „Specifičnosti psihičkih procesa iz kojih se sastoji davanje iskaza dece svedoka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 3 (2013), str. 272.

³² Postoje i mišljenja da bi trebalo osnivati specijalne sudove ili specijalna odjeljenja koja bi vodila postupke za djecu koja dođu u sukob sa zakonom, ali i druge ustanove što bi moglo da se odnosi na formiranje specijalizovanih jedinica u policiji, pravosuđu odnosno sistemima sudova i tužilaštava. Pravosuđe po mjeri djeteta u kontekstu krivičnog prava, AIRE Centar, Sarajevo, str. 72.

³³ „Deca u sukobu sa zakonom su, pre svega, deca i ne gube svoja ljudska prava...“ Stav Evropske mreže ombudsmana za decu „Prava dece/mladih u sukobu sa zakonom“, usvojen na 16. zasjedanju Generalne skupštine Evropske mreže ombudsmana za decu 12.10.2012. godine u Nikoziji, str. 1.

³⁴ Na međunarodnom planu, prva pravila koja su imala za cilj zaštitu prava djece u sukobu sa zakonom bila su Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloljetničko pravosuđe ili tzv. Pekinška pravila. Aleksandra Stevanović, *Položaj maloletnika u krivičnom postupku*, (Master rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, Niš, 2016), str. 7.

i Brčko Distrikta BiH, definišu djecu u sukobu sa zakonom kao djecu koja su u kontaktu sa krivičnopravnim sistemom zbog toga što su osumnjičena, optužena ili osuđena za krivično djelo.

Osumnjičeno je ono lice za koga postoje osnovi sumnje da je učinio krivično djelo i protiv koga se vodi istraga, optuženo je ono lice protiv koga je potvrđena jedna ili više tačaka optužnice, dok je osuđeno ono lice u odnosu na koje je donijeta pravosnažna osuđujuća presuda.

Ovakva zakonska definicija vodi zaključku da je pojam djece u sukobu sa zakonom, takođe, dio pojma djece u kontaktu sa zakonom, samo što je njihov kontakt sa zakonom ostvaren kroz relevantan stepen sumnje da su učinila krivično djelo.

Međutim, u teoriji postoje i drugačija shvatanja pa se tako može naići na stav da se, pod izrazom djeca u sukobu sa zakonom, misli i na djecu koja su, primjera radi, pobjegla od kuće.³⁵

Za ovu kategoriju lica, odnosno, djecu u sukobu sa zakonom, ne važe opšta pravila postupanja u krivičnom postupku³⁶, već važe posebna pravila sadržana u ZOM (što je i dokaz poštovanja opšteg pravila da *Lex specialis derogat lege generali*), te je formirana i posebna teorijska disciplina Maloljetničko krivično pravo, koja na doktrinarni način uobličava (pored drugih pravila koja se, primjera radi, tiču zaštite djece žrtava krivičnih djela) set posebnih zakonskih pravila za djecu u sukobu sa zakonom. Doduše, sve ovo pomenuto u relevantnim pravnim izvorima i teorijskoj disciplini, odnosi se na lica koja su navršila 14 godina života, što, u stvari, vodi zaključku da prema licima koja nisu navršila 14 godina života, krivično pravo ima vezane ruke. Prema takvim licima mogu biti primijenjene odgovarajuće mjere socijalne zaštite, odnosno, pravila porodičnog prava.

³⁵ U literaturi se navodi da pojam djece u sukobu sa zakonom obuhvata širok spektar poremećaja kod djece i maloljetnika i on se ne mora uvijek ispoljiti kroz povredu normi krivičnog ili prekršajnog prava već se može ispoljiti i kroz druge oblike ponašanja, poput kinjenja, zastrašivanja drugih, čestog ostajanja noću napolju i pored roditeljskih zabrana itd. Deca i policija – psihološki i etički aspekti uspostavljanja odnosa poverenja i saradnje između policije i dece u kontaktu i/ili u sukobu sa zakonom, Swedish International Development Cooperation Agency, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, UNICEF, Beograd 2007, str. 22.

³⁶ Maloljetničko pravo na pravično suđenje ne bi trebalo svoditi na obavezu nacionalnog pravosuđa da poštuje ona procesna pravila koja se odnose na odrasla lica jer to ne bi dovelo do njihove participacije u postupku. M. Kovačević, *Maloletničko pravosuđe u Evropi i maloletnici kao aktivni učesnici krivičnog postupka*, str. 879.

Sve naprijed navedeno vodi zaključku da bi ipak bilo bolje, iz ugla krivičnog prava, a u vezi sa temom učinioca krivičnog djela, definisati dijete kao lice koje nije navršilo 14 godina života, a maloljetnika kao lice koje je navršilo 14 godina života, ali nije navršilo 18 godina života, i to na svim nivoima u Bosni i Hercegovini i u svim zakonskim tekstovima.³⁷

7. Zaključak

Pojam djeteta veoma je značajan i na međunarodnom i na nacionalnom nivou. Iz tog razloga, potrebno je definisati na jedinstven i univerzalan način ovaj pojam, tako da na sam pomen tog termina znamo njegovu značenje, odnosno, da znamo šta on obuhvata i na šta se odnosi. Analizom svih u radu navedenih zakonskih tekstova, na kraju imamo dilemu da li je dijete lice koje nije navršilo 18 godina života ili lice koje nije navršilo 14 godina života, te da li je dijete ujedno i maloljetnik ili je maloljetnik ujedno i dijete.

Rješenja prihvaćena u ranijim zakonskim tekstovima i u teoriji krivičnog prava već dugi niz godina, a koja autor predlaže i *de lege ferenda* na svim nivoima i svim relevantnim zakonskim tekstovima su:

- dijete je lice koje nije navršilo 14 godina života;
- maloljetnik je lice koje je navršilo 14 godina života, ali nije navršilo 18 godina života;
- mlađi maloljetnik je lice koje je navršilo 14 godina života, ali nije navršilo 16 godina života;
- stariji maloljetnik je lice koje je navršilo 16 godina života, ali nije navršilo 18 godina života;
- maloljetno lice je lice koje nije navršilo 18 godina života (ukoliko već postoji potreba za ovim širim terminom).

Na ovaj način bi se napravila jasna distinkcija između ovih uzrasnih kategorija i tačno znalo ko se smatra djetetom, ko maloljetnikom, mlađim ili starijim, a ko maloljetnim licem i ne bi dolazilo do zabune prilikom primjene određenih zakonskih odredbi.

³⁷ Kao što je to bilo učinjeno u ranije važećem tekstu Krivičnog zakona Republike Srpske iz 2003. godine. Vid. Miodrag N. Simović, Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, Marina M. Simović, *Maloljetničko krivično pravo* (Banja Luka: Međunarodno udruženje naučnih radnika AIS Banja Luka, 2015), str. 165, fn. 561.

Ukoliko je riječ o kategoriji djece u kontaktu sa zakonom, mogu se primijeniti, odnosno, modifikovati posebna pravila koja bi važila za djecu i za maloljetnike, a ukoliko se radi o kategoriji djece u sukobu sa zakonom, važno je istaći da se prema djeci mogu samo primijeniti odgovarajuće mjere socijalne zaštite i porodičnog prava dok su krivičnom pravu prema toj uzrasnoj grupi, ukoliko ostvare obilježja krivičnog djela, ruke vezane, jer je „nedoraslost“ (koji izraz koristi citirani autor) jedan od osnova koji isključuje postojanje krivičnog djela.³⁸

Ukoliko se, pak, radi o maloljetnicima kao posebnoj uzrasnoj kategoriji, za njih važe posebna pravila, koja su sadržana u zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, a koja su teorijski pretočena u dio discipline Maloljetničko krivično pravo, koja je sve veći predmet interesovanja brojnih autora.

³⁸ Igor Vuković, *Krivično pravo – opšti deo* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021), str. 232 -233.

Literatura

- Vuković, I. (2021). *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Stevanović, A. (2016). *Položaj maloletnika u krivičnom postupku*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Simović, N. M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M. (2015). *Maloljetničko krivično pravo*. Banja Luka: Međunarodno udruženje naučnih radnika AIS Banja Luka.
- Kosović, J. (2018). *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Misija OSCE-a BiH.
- Brkić, S. (2006). Posebna zaštita dece i maloletnika kao oštećenih i svedoka u krivičnom postupku (uporednopravni pristup). *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, 432.
- Brkić, S. (2013). Specifičnosti psihičkih procesa iz kojih se sastoji davanje iskaza dece svedoka. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 272.
- Ćorić, D. (2019). O sličnostima i razlikama definicija pojmova „maloletno lice“ i „dete“ u domaćem pozitivnom pravu. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, (1), 34.
- Deca i policija – psihološki i etički aspekti uspostavljanja odnosa poverenja i saradnje između policije i dece u kontaktu i/ili u sukobu sa zakonom, Swedish International Development Cooperation Agency, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, UNICEF, Beograd 2007, 22.
- Filipović, G. (2012). Dijete svjedok u svjetlu međunarodnih propisa. Gordana Filipović, Davorka Osmak Franjić. *Dijete u pravosudnom postupku – Primjena Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava*. (Zagreb: Pravobranitelj za djecu).
- Kovačević, M. (2014). Maloletničko pravosuđe u Evropi i maloletnici kao aktivni učesnici krivičnog postupka. *Zbornik radova Pravnog fakuleta u Splitu*, god. 51 (4), 879, 889-891.
- Najbolji interesi djece u kontaktu sa zakonom iz ugla profesionalaca u BiH, Društvo psihologa Republike Srpske, Banja Luka, 2019, 30.
- Petö-Kujundžić, L. (2004). Dijete kao svjedok. *Hrvatski ljetopis za*

- kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 11 (1), 111, 114.
- Pravosuđe po mjeri djeteta u kontekstu krivičnog prava, AIRE Centar, Sarajevo, 72.
 - Priručnik o intervencijama sa maloletnicima u sukobu sa zakonom i njihovim porodicama, Republički zavod za socijalnu zaštitu, Beograd, 2017, 7.
 - Specijalni izvještaj - Mladi i djeca u sukobu sa zakonom, Institucija ombudsmana za ljudska prava, Banja Luka, 2012, 16.
 - Stav Evropske mreže ombudsmana za decu „Prava dece/mladih u sukobu sa zakonom“, usvojen na 16. zasedanju Generalne skupštine Evropske mreže ombudsmana za decu 12.10.2012. godine u Nikoziji, 1.
 - Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 3/2003, 32/2003 – ispravka, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021).
 - Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - prečišćen tekst. („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br.19/2020).
 - Krivični zakonik Republike Srpske. („Službeni glasnik RS“, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US i 15/2021).
 - Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/2003, 21/2004 – ispravka, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017). Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 44/2011).
 - Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku. („Službeni glasnik RS“, br. 13/2010, 61/2013 i 68/2020).
 - Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku. („Službene novine Federacije BiH“, br. 7/2014 i 74/2020).

Aida Turić

Kantonalna tužiteljica
Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo
aida.turic@pravosudje.ba

Maja Jovičić Breko

Kantonalna tužiteljica
Kantonalno tužilaštvo Kantona Sarajevo
maja.jovicicbreko@pravosudje.ba

**KRIVIČNO DJELO SILOVANJE U FEDERACIJI
BOSNE I HERCEGOVINE S EMPIRIJSKIM
OSVRTOM NA PROCESUIRANJE KRIVIČNOG
DJELA SILOVANJE U KANTONU SARAJEVO**

Sažetak: *Postavljeni zadatak autora rada je prikazati da je krivično djelo silovanje u Federaciji Bosne i Hercegovine, prošlo kroz značajne sadržajne promjene tokom 2003. godine donošenjem Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017), u odnosu na sadržaj krivičnog djela silovanje kako je to ranije bilo propisano Krivičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02). Kroz rad će se prikazati empirijsko istraživanje procesuiranja krivičnog djela silovanje u Kantonu Sarajevo za vremenski period od 01.01.2017. godine do 18.10.2021. godine, uz prikaz statističkih podataka u odnosu na krivično djelo silovanje iz člana 203. KZ FBiH, s posebnim osvrtom na broj prijavljenih krivičnih djela, podignutih optužnica, donesenih naredbi da se istraga neće provoditi i naredbi o obustavi istrage od strane Kantonalnog tužilaštva Kantona Sarajevo. Također, u radu se obrađuje i šta to čini radnju izvršenja krivičnog djela silovanje, kvalifikovani oblici krivičnog djela silovanje, uz navođenje primjera iz sudske prakse Vrhovnog suda FBiH.*

Ključne riječi: *krivično djelo, silovanje, sila, prijetnja, spolni odnošaj, izvršilac, žrtva.*

1. Uvod

Krivično djelo silovanje postoji od davnina i kroz historiju, definisano je kako u teoriji, tako i Istanbulskom konvencijom koja članom 36. definiše seksualno nasilje. U Federaciji Bosne i Hercegovine propisano je članom 203. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.¹ Krivično djelo silovanje u teoriji se uglavnom definiše kao seksualni odnos ili druga vrsta seksualne penetracije počinjene od strane učinioca krivičnog djela prema žrtvi, bez njenog pristanka². Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) u članu 36. definiše seksualno nasilje, koje obuhvata i silovanje, kao:

- a) „vaginalnu, analnu ili oralnu penetraciju seksualne naravi bilo kojim dijelom tijela ili predmetom u tijelo druge osobe bez pristanka te osobe;
- b) druge radnje seksualne naravi s drugom osobom bez pristanka te osobe;
- c) utjecanje da druga osoba, bez svog pristanka, sudjeluje u radnjama seksualne naravi s trećom osobom.³

Država Bosna i Hercegovina postigla je veliki napredak kada je postala 6. zemlja članica Vijeća Evrope koja je 7. novembra 2013. godine ratificirala Istanbulsku konvenciju, čime je preuzela obavezu da u svoje zakonodavstvo ugradi veliki broj instrumenata predviđenih Konvencijom, koji za cilj imaju uspostavu što efikasnijeg sistema prevencije i borbe protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja.

Konvencijom se od država članica očekuje da sankcionišu sljedeće oblike ponašanja:

- nasilje u porodici (fizičko, seksualno, psihičko i ekonomsko);
- proganjanje;
- seksualno nasilje uključujući silovanje;

¹ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).

² Krivična djela silovanja i ostalog seksualnog nasilja u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2017., str. 11, (Smith, Merril D., ed.: *Encyclopedia of rape* (1. publ. ed.). Westport, Connecticut and London: Greenwood Press, 2004., str. 169–170).

³ Član 36. Konvencije: Štimac Radin, Helena, ed.: *Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici* (neslužbeni prijevod), Ured za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske, Zagreb, 2014.

- seksualno uznemiravanje;
- prinudni brak;
- genitalno sakaćenje žena;
- prinudni pobačaj i sterilizaciju⁴

Krivičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine silovanje je definisano kao spolni odnos i s njim izjednačena spolna radnja bez pristanka, ako je izvršena upotrebom sile ili prijetnjom⁵. Krivično djelo silovanje je svrstano u Glavu XIX - krivična djela protiv polne slobode i morala, jer se takvom radnjom ozbiljno ugrožava i povređuje polna sloboda osobe.

2. Zakonski opis

Krivično djelo silovanje propisano je članom 203. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine na sljedeći način:

- (1) Ko drugu osobu upotrebom sile ili prijetnje da će izravno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe prisili na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.
- (2) Ko krivično djelo iz stava 1. ovog člana učini na naročito okrutan ili naročito ponižavajući način, ili ako je istom prilikom prema istoj žrtvi učinjeno više spolnih odnošaja ili s njim izjednačenih spolnih radnji od više učinitelja, kaznit će se kaznom zatvora od tri do petnaest godina.
- (3) Ako je krivičnim djelom iz stava 1. ovog člana prouzrokovana smrt silovane osobe, ili je ona teško tjelesno ozlijeđena, ili joj je teško narušeno zdravlje, ili je silovana ženska osoba ostala trudna, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje tri godine.
- (4) Kaznom iz stava 2. ovog člana kaznit će se ko učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana zbog etničke, narodnosne, rasne, vjerske ili jezičke netrpeljivosti prema žrtvi.
- (5) Ko krivično djelo iz stava 1. ovog člana učini prema maloljetniku, kaznit će se kaznom zatvora najmanje tri godine.
- (6) Ko krivično djelo iz st. 2., 3. i 4. ovog člana učini prema

⁴ Preambula Istanbulske konvencije

⁵ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 36/2003, 21/2004 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).

maloljetniku, kaznit će se kaznom zatvora najmanje pet godina.

- (7) Ako su krivičnim djelom iz stava 2. ovog člana prouzrokovane posljedice iz stava 3. ovog člana, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje pet godina.⁶

Izvršilac krivičnog djela silovanja prema navedenoj zakonskoj odredbi može biti svaka osoba bez obzira na njen spol, koja prinudom izvrši spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju.

Iz analize zakonskog opisa krivičnog djela silovanje, izvodi se zaključak da je stupanjem na snagu novog Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine dana 01.08.2003. godine, izvršen veliki napredak u pogledu krivičnog djela silovanje, jer je došlo do značajnih sadržajnih promjena, propisivanjem kao radnje izvršenja krivičnog djela „sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju“, na koji način je zakonodavac proširio radnju izvršenja krivičnog djela. Osim navedenog, zakon je pretrpio i sadržajne promjene u pogledu kvalifikovanog oblika djela, na način da je novim zakonom propisan kvalifikovani oblik krivičnog djela, kada se kao žrtve tretiraju maloljetna lica, kao i ako je krivično djelo silovanje počinjeno na način da je prema istoj žrtvi učinjeno više spolnih odnošaja ili sa njim izjednačenih spolnih radnji od više učinilaca. Iz navedenog proizilazi da je zakonodavac iskazao poseban senzibilitet u pogledu zaštite maloljetnih lica, kada se pojavljuju kao žrtve.

3. Radnja izvršenja krivičnog djela silovanje

Radnja izvršenja krivičnog djela silovanje sastoji se od prinude i obljube, odnosno, to je spolni odnos ili s njim izjednačena spolna radnja na koju je pasivni subjekat prinuđen upotrebom sile ili prijetnje od strane učinioca. Prinuda i spolni odnos ili s njim izjednačena spolna radnja su funkcionalno povezane, u smislu da prinuda prethodi obljubi i služi kao sredstvo za izvršenje obljube. Prinuda kao radnja izvršenja krivičnog djela silovanje se sastoji u upotrebi sile ili prijetnje, da će se neposredno napasti na život ili tijelo tog ili njemu bliskog lica. Sila može biti apsolutna, kao što je npr. upotreba fizičke snage, ali to može biti i upotreba omamljujućih sredstava da bi se savladao otpor žrtve. Ta

⁶ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 36/2003, 21/2004 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).

sila mora biti neodoljiva u smislu da je pasivni subjekt lišen mogućnosti da pruži otpor. Sila može biti i kompulzivna, tj. odoljiva, kada pasivni subjekt nije lišen mogućnosti pružanja otpora, ali pod dejstvom te sile on je prinuđen da djeluje u određenom pravcu. Prijetnja mora biti neposredna u smislu da pasivni subjekt može očekivati neposredni napad na svoj život ili tijelo, ili na život ili tijelo njemu bliske osobe ukoliko pruža otpor, odnosno, ukoliko ne pristane na spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju. Prijetnja mora biti ozbiljna u smislu da učinitelj stvarno i namjerava pričiniti žrtvi zlo koje joj prijetnjom stavlja u izgled ili da je prijetnju, kao takvu, žrtva doživjela neovisno od toga da li učinitelj svoju prijetnju namjerava i ostvariti. Silovanje pretpostavlja istovremenost napada sa obljubom, što znači da silovanje neće postojati ako se prijeti napadom koji će kasnije uslijediti ili kad do obljube dođe nakon prestanka napada koji je ispoljen primjenom sile ili prijetnje. Krivično djelo se smatra dovršenim kada je upotrebom prinude došlo do spolnog odnosa ili s njim izjednačene spolne radnje. Obljuba se smatra dovršenom u trenutku kada je došlo do prodiranja muškog spolnog organa u ženski spolni organ.⁷

Radnja izjednačena sa spolnim odnosom u Zakonu nije definisana, pa će se tek sudskom praksom dogovoriti koje se radnje imaju smatrati takvim radnjama.

Pod drugom, sa spolnim odnosom izjednačenom spolnom radnjom smatra se svaki oblik zadovoljavanja spolnog nagona od strane učinioca koji je protivan volji pasivnog subjekta, kao što je npr. protuprirodni blud.⁸

Prema vladajućem shvatanju u novijoj teoriji krivičnog prava, pod ovim radnjama se podrazumijeva svaka penetracija polnog organa koja je usmjerena na zadovoljavanje polnog nagona (*immissio in anus*, *immissio in os*, *fellacio*), kao i penetracija drugim dijelovima tijela u polne organe lica istog ili različitog pola, ukoliko su preduzete u namjeri zadovoljavanja polnog nagona (npr. imisija jezika in *vaginam* ili *per anum*). Pri tome se upozorava da ne treba unaprijed isključiti i neke druge mogućnosti, koje se s obzirom na način i sredstva djelovanja radi seksualnog izživljavanja ili bez obzira na to izživljavanje i napad na

⁷ Zvonimir Tomić, *Krivično pravo II: Posebni dio* (Sarajevo: Pravni Fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007), str.113-114.

⁸ *Ibid.*, str. 114.

seksualne slobode u intimnim seksualnim odnosima mogu poistovjetiti sa polnim odnosom, kao što su npr. ejakulacija sperme u usta i bez imisije, guranje prstiju u žensko spolovilo ili anus bilo koje osobe i sl.⁹

Krivično djelo silovanje može se izvršiti samo sa umišljajem, koji pored ostalih bitnih obilježja, obuhvata i svijest da se spolni odnos ili s njim izjednačena spolna radnja vrši protiv volje žrtve upotrebom sile ili prijetnje.

Pokušaj krivičnog djela će postojati, kada je primijenjena prinuda u cilju spolnog odnosa ili s njim izjednačene spolne radnje, ali do nje nije došlo iz bilo kog razloga, da li zbog dobrovoljnog odustanka od spolnog odnosa, zbog nemogućnosti da savlada otpor žrtve, zbog nailaska drugih osoba itd.

U nastavku slijede izvodi iz obrazloženja jednog broja presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u kojima je navedeno šta se podrazumijeva pod silovanjem, šta čini radnju izvršenja krivičnog djela silovanja, šta se podrazumijeva pod silom, prijetnjom kao i umišljaj izvršioca.

U odnosu na radnju izvršenja krivičnog djela silovanja Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je u presudi broj: 10 0 K 002721 19 Kž 2 od 24.10.2019. godine, naveo šta čini radnju izvršenja krivičnog djela silovanja, kao i od kojih elemenata se sastoji (sila i prijetnja).

Izvodi iz obrazloženja: *„Radnja izvršenja krivičnog djela silovanja iz člana 203. stav 1. KZ FBiH sastoji se od prinude i obljuje, odnosno neke druge polne radnje, a prinuda se sastoji u upotrebi sile ili prijetnje da će se neposredno napasti na život ili tijelo tog ili njemu bliskog lica. U pitanju je funkcionalna prinuda, jer se radi o prinudi koja je ciljno usmjerena, s jedne strane osnovni cilj prinude je vršenje obljuje ili druge polne radnje, a s druge strane, cilj prinude je i slamanje otpora, odnosno demotivisanje žrtve da uopće pruža otpor, čime se takođe omogućava prinudna obljava ili druga polna radnja. Pod silom se, u krivično pravnom smislu, podrazumijeva upotreba fizičke, mehaničke ili neke druge snage koja je usmjerena prema licima ili stvarima. Pokušaj krivičnog djela silovanja postoji već u momentu kada je prema pasivnom subjektu upotrebljena sila ili prijetnja usmjerena na*

⁹ *Komentar Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Knjiga II* (Sarajevo: Vijeće Evrope i Evropska komisija, 2005), str. 1565

ostvarivanje obljuje ili druge polne radnje, a sam čin obljuje ili druge polne radnje nije realizovan. Prvostepeni sud je utvrdio da je optuženi kritične prilike prema oštećenom primjenio silu i prijetnju kako bi je prisilio na polni odnos, jer je preduzimao radnje protiv volje oštećene, istu lijevom rukom zagrlio, a ona mu je ruku skinula s ramena, rekavši da ima momka te da je ne dira, ali je optuženi ponovo pokušao zagrliti, ali ga je ona odgurnula od sebe, nakon čega je optuženi zagrlio oko vrata i dlanom ruke začepio usta i zaprijetio joj da će je udaviti, ponavljajući to više puta, a oštećena E. je svojim rukama pokušala skinuti njegovu ruku, a optuženi je drugom rukom dirao po grudima, trbuhu, bedrima, pokušavajući uvući ruku ispod suknje, a kako je oštećena jače fizičke konstitucije uspjela se odbraniti na način da se kontinuirano branila i pri tom glasno vrištala, pa je vrištanje i probudilo M.T. koji je došao do ulaznih vrata, pa je optuženi otvorio vrata, a M. ga udario otvorenom rukom, pri tom izrekavši psovku. Preduzete radnje optuženog upućuju da je optuženi bio svjestan činjenice da upotrebom sile i prijetnje prinuđava oštećenu na obljubu i da je na taj način postupao sa direktnim umišljajem“¹⁰

Prema obrazloženju presude Vrhovnog suda FBiH, broj: 03 0 K 014161 17 Kž 8 od 09.05.2018. godine proizilazi da upotreba sile u krivičnopravnom smislu ne podrazumijeva upotrebu samo fizičke, mehaničke ili druge snage koja je usmjerena prema određenoj osobi, nego i takvo djelovanje kojim je zbog psihičkog stanja u koje je ta osoba dovedena djelovanjem određene osobe, onemogućena da pruži otpor.

Izvodi iz obrazloženja: „U vezi sa ovim žalbenim navodima treba istaći da iz zakonske formulacije krivičnog djela silovanja proizilazi da se to krivično djelo može učiniti upotrebom sile ili prijetnje prema drugoj osobi. Upotreba sile u krivičnopravnom smislu ne podrazumijeva upotrebu samo fizičke, mehaničke ili druge snage koja je usmjerena prema određenoj osobi nego i takvo djelovanje kojim je zbog psihičkog stanja u koje je ta osoba dovedena djelovanjem određene osobe onemogućena da pruži otpor. Iz izreke pobijane presude je vidljivo da je, u konkretnom slučaju, optuženi iskorištavajući psihičko stanje oštećene, činjenicu da joj je on otac i da je oštećena u podređenom položaju a da je on fizički jači od nje, izvršio spolni odnošaj sa oštećenom. Stoga se neosnovano u žalbi branitelja optuženog navodi da iz izreke pobijane presude nije

¹⁰ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 10 0 K 002721 19 Kž 2 od 24.10.2019. godine

vidljivo koji oblik sile je upotrebljavao optuženi za izvršenje krivičnog djela Silovanje iz člana 203. stav 1. KZ FBiH. Nadalje, iz činjeničnog opisa krivičnog djela u tački 2. Izreke pobijane presude za koje je optuženi oglašen krivim jasno je vidljivo na koji način je oštećena uporno i bez prestanka do okončanja seksualnog čina iskazala svoje nedvosmisleno protivljenje (zahtijevajući povišenim i plačnim glasom da je optuženi ne dira i da idu kući, moleći ga, plačući i vrišteći, da je ne dira). Stoga, izreku pobijane presude ne čini nerazumljivim to što iz iste nije vidljivo na koji način je oštećena pružala aktivan otpor, kako se neosnovano tvrdi u žalbi branitelja optuženog, budući da su u činjeničnom opisu krivičnog djela jasno navedene činjenice iz kojih jasno slijedi da nema pristanka oštećene na spolni odnošaj sa optuženim, a što je relevantno pri utvrđivanju postojanja navedenog krivičnog djela.¹¹

Prema obrazloženju presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 02 0 K 000582 13 Kž 5 od 09.05.2013. godine, proizilazi da je prilikom izvršenja krivičnog djela pored sile upotrijebljena i prijetnja i to neizravna.

Izvodi iz obrazloženja: „Prije svega, tačno je da je oštećena izjavila da joj niko nije prijetio, nego da su je vrijeđali. Međutim, valja reći da se u konkretnom slučaju prvenstveno radilo o upotrebi sile, a tek potom i o neizravnoj prijetnji koja je, prema subjektivnom doživljaju oštećene, predstavlja ozbiljnu prijetnju. Naime, i pored toga što oštećenoj nisu upućene izričite prijetnje za njen život, nesporno je da je ona u momentu dolaska optuženog M.R. sa optuženim D.J. (a što potvrđuje i optuženi M.R.), molila da je ne ubiju, misleći da će ih od toga odvratiti ako kaže da joj rođak radi u policiji, iz čega očigledno proizilazi njen osjećaj straha za vlastiti život, pa je osjećaj životne ugroženosti oštećene u konkretnom slučaju proizašao ne iz izravnih verbalnih prijetnji, već iz činjenica da se usred noći nalazi na nepoznatom mjestu u šumi, sa trojicom odraslih muškaraca od kojih su dvojica prethodno prema njoj već primijenili silu. Kada se uzmu u obzir sve te okolnosti, slijedi da su neosnovani žalbeni prigovori da je oštećena imala priliku pobjeći, te da bi bilo logično da su joj optuženi oduzeli telefon, jer je očigledno da oštećena niti je znala gdje se nalazi (što potvrđuje njen poziv policiji kada je rekla da je u Drinovcu, a što je saznala od optuženih), niti je činjenica da ona ima telefon za optužene predstavlja kakvu bojazan da će biti otkriveni¹².”

¹¹ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 014161 17 Kž 8 od 09.05.2018. godine

¹² Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 02 0 K 000582 13 Kž 5 od 09.05.2013. godine

Prema obrazloženju presude Vrhovnog suda FBiH, broj 03 0 K 019288 20 Kž 7 od 23.09.2020. godine proizilazi šta se podrazumijeva pod pojmom silovanja.

Izvodi iz obrazloženja: *“U krivičnopravnom smislu, pojam silovanja obuhvata kako spolni odnošaj koji podrazumijeva prodiranje, ma koliko neznatno bilo, u vaginu žrtve penisom učinitelja, tako i sa njim izjednačenu spolnu radnju koja podrazumijeva prodiranje (ma koliko neznatno bilo), u anus ili usta žrtve penisom počinitelja, ili prodiranje u vaginu ili anus žrtve bilo kojim drugim predmetom kojim se učinitelj poslužio, kada do takvog prodiranja dođe bez pristanka žrtve. Slijedom toga, neosnovani su svi žalbeni navodi kojima se činjenično stanje osporava sa aspekta naprijed navedene medicinske definicije spolnog odnošaja.”*¹³

4. Kvalifikovani oblici krivičnog djela silovanje

Zakonodavac izdvaja kvalifikovane oblike krivičnog djela silovanje predviđajući radikalniju odgovornost u odnosu na osnovni oblik krivičnog djela, te strožije kažnjavanje.

Krivičnim zakonom Federacije BiH predviđeni su sljedeći kvalifikovani oblici krivičnog djela silovanja:

- silovanje kvalifikovano načinom učinjenja,
- silovanje kvalifikovano težom posljedicom,
- silovanje nad maloljetnikom
- silovanje kvalifikovano pobudama učinitelja.¹⁴

4.1. Silovanje kvalifikovano načinom učinjenja

Kvalifikovani oblik krivičnog djela postojat će ako je silovanje izvršeno na naročito okrutan ili naročito ponižavajući način, ili ako je prema istoj žrtvi učinjeno više spolnih odnošaja ili s njim izjednačenih spolnih radnji od više učinitelja. Propisana je kazna zatvora u trajanju od tri godine do 15 godina.

¹³ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 019288 20 Kž 7 od 23.09.2020. godine

¹⁴ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Amila Ferhatović, *Krivično pravo II* (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2016), str. 346-348

4.2. Silovanje kvalifikovano težom posljedicom

Kvalifikovani oblik krivičnog djela silovanja postojat će ako je prouzrokovana smrt silovane osobe, ili je teško tjelesno ozlijeđena, ili je teško narušeno njeno zdravlje ili je silovana osoba ostala trudna. Za navedeni oblik krivičnog djela propisana je kazna zatvora od najmanje tri godine.

4.3. Silovanje kvalifikovano pobudama učinitelja

Kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela postojat će ako je krivično djelo učinjeno zbog etničke rasne, vjerske ili jezičke netrpeljivosti prema žrtvi. Propisana je kazna zatvora u trajanju od tri godine do 15 godina.

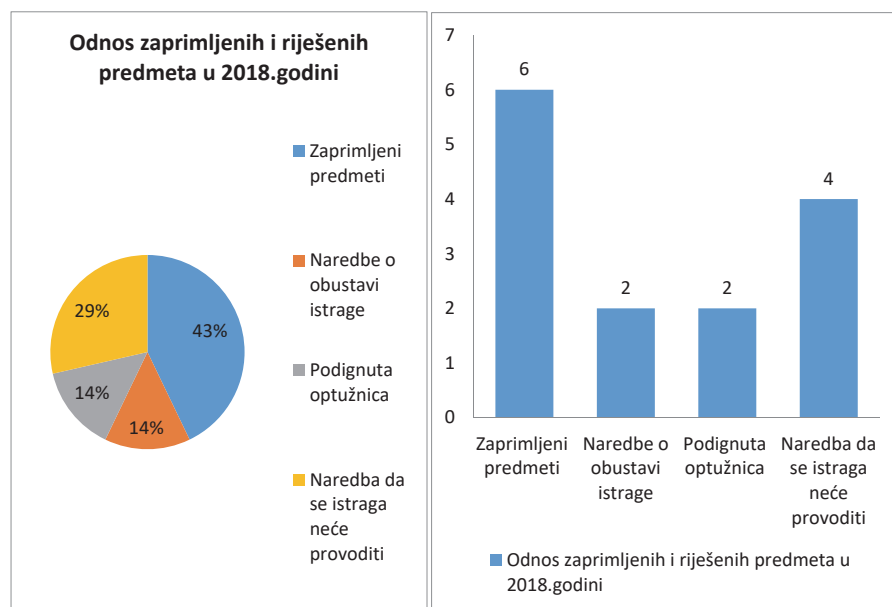
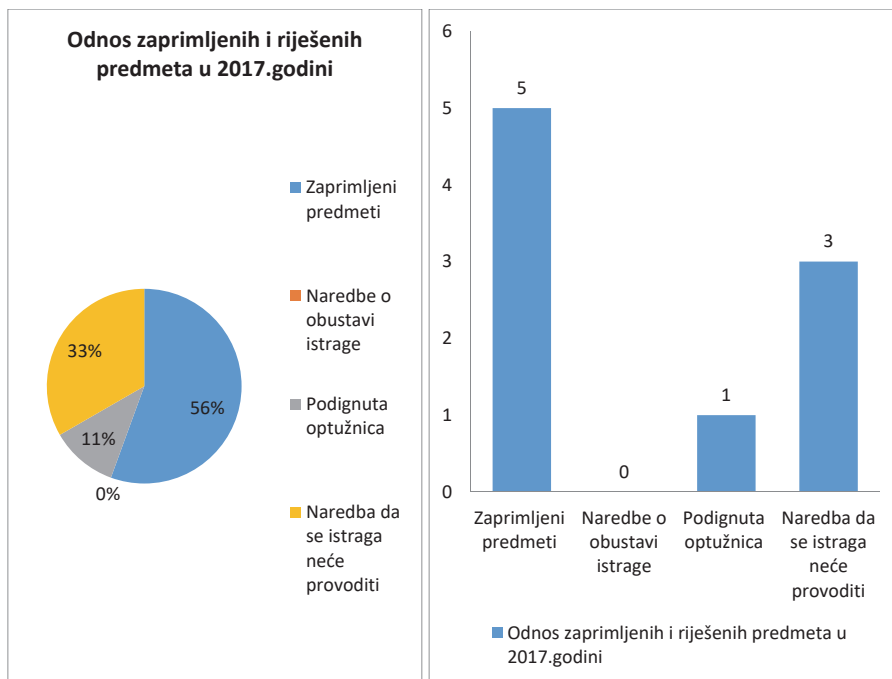
4.4. Silovanje nad maloljetnikom

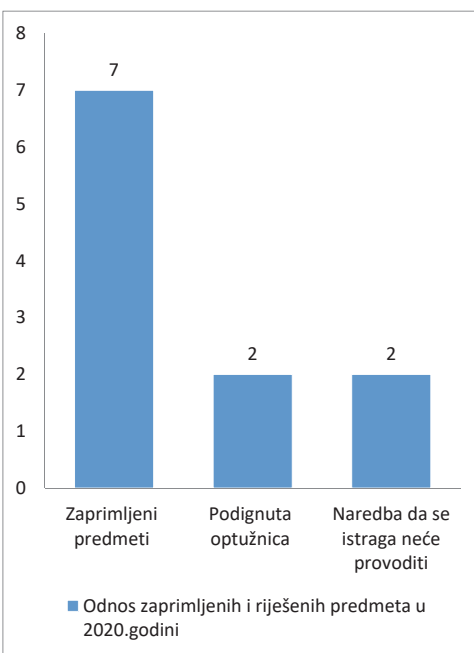
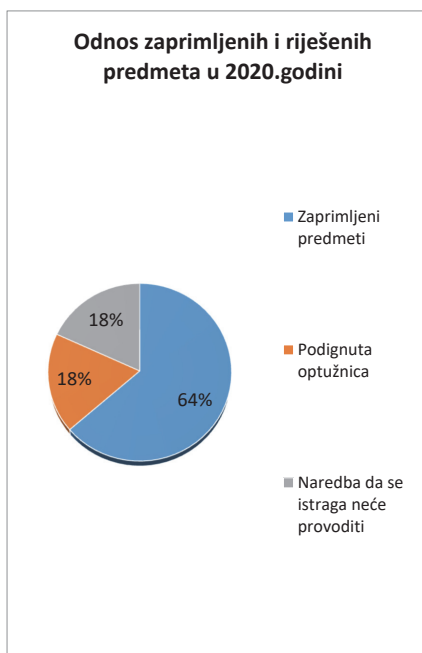
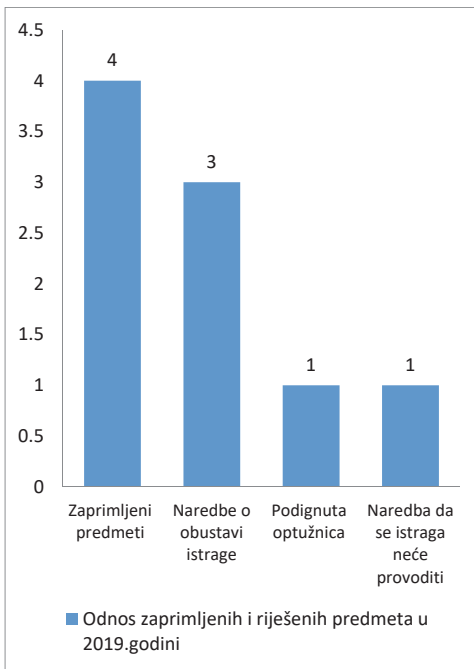
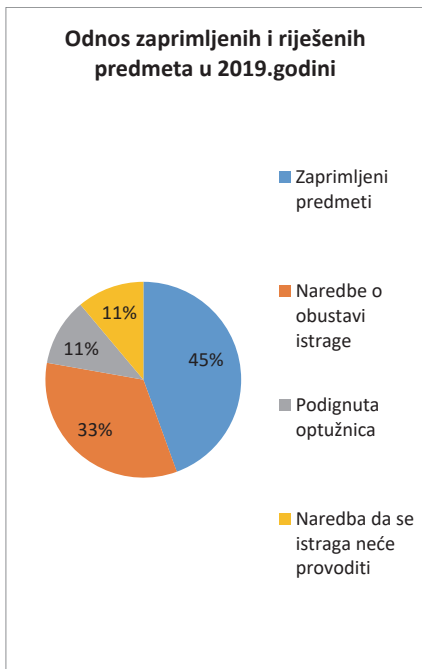
Zakonodavac je propisivanjem kao posebnog kvalifikovanog oblika krivičnog djela počinjenog na štetu maloljetnika naglasio težinu krivičnog djela imajući u vidu zaštitu maloljetnih lica kao žrtava krivičnog djela, njihov psihofizički razvoj, njihovu ranjivost, a i posljedice koje isto ostavlja, kako na fizičko, tako i na psihičko zdravlje maloljetnika. Navedeno krivično djelo može biti počinjeno sa kvalifikovanim obilježjem i sa dvostruko kvalifikovanim obilježjem. Kvalifikovano obilježje krivičnog djela postoji kada je počinjeno samo prema maloljetnoj osobi i za isto je propisana kazna zatvora u trajanju od najmanje tri godine, dok dvostruko kvalifikovano obilježje postoji kada je počinjeno prema maloljetniku na jedan od gore navedenih kvalifikovanih oblika, a za isto je propisana kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina.

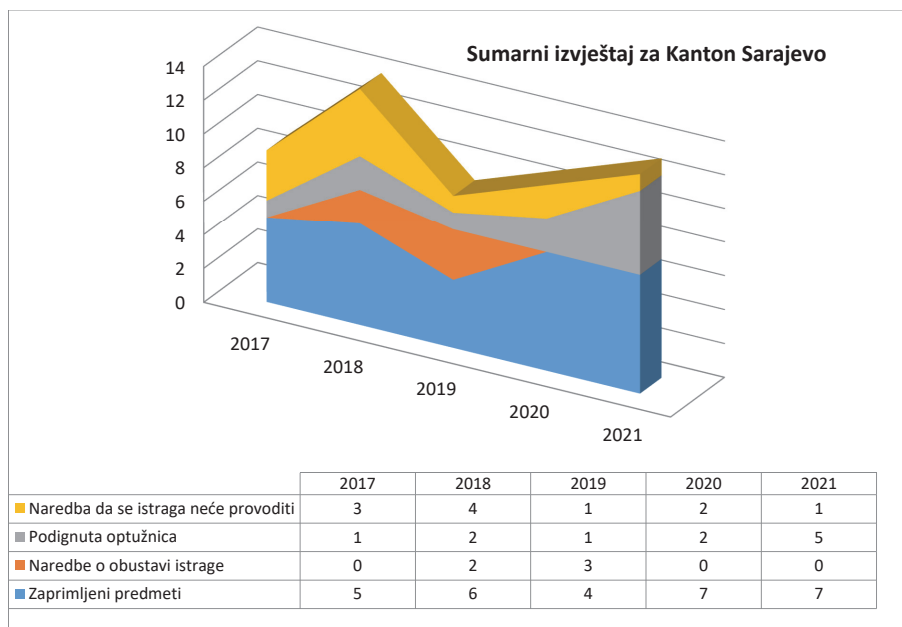
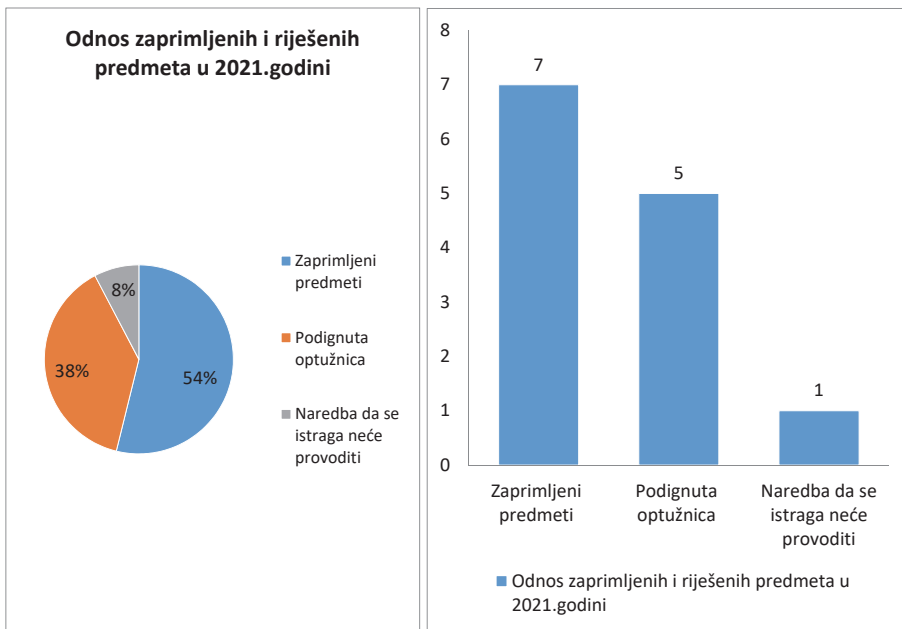
5. Statistički podaci za krivično djelo Silovanje iz člana 203. KZ FBiH u Kantonu Sarajevo za period od 2017. do 2021. godine

Rezultati istraživanja u narednim grafikonima prikazuju statističke podatke na području Kantona Sarajevo u periodu od 01.01.2017. godine do 18.10.2021.godine, u odnosu na krivično djelo Silovanje iz člana 203. KZ FBiH, kako u njegovom osnovnom obliku, tako i u odnosu na kvalifikovane oblike krivičnog djela i krivičnog djela silovanje počinjenog u pokušaju. Statistički podaci obuhvataju broj zaprimljenih prijava za navedeno krivično djelo od strane Kantonalnog

tužilaštva Kantona Sarajevo, broj podignutih optužnica, broj donesenih naredbi da se istraga neće provoditi, kao i naredbi o obustavi istrage za svaku godinu pojedinačno, kako po ukupnom broju predmeta, tako i u izraženom procentu.







6. Zaključak

Krivično djelo silovanje spada u najteža krivična djela protiv spolne slobode i morala. Silovanje predstavlja veliki problem ove društvene zajednice s obzirom na činjenicu, a koja je proistekla iz empirijskog istraživanja na Kantonu Sarajevo, da je veoma mali broj prijavljenih krivičnih djela silovanja, posebno uzimajući u obzir da prema Popisu stanovništva iz 2013. godine u Kantonu Sarajevo živi 413.593 stanovnika.¹⁵ Stvarni broj počinjenih krivičnih djela silovanja ostaje „tamna brojka“, a iz razloga što same žrtve zbog osude sredine u kojoj žive, straha od izvršioca, prijekora samog sebe, srama kojeg osjećaju, straha od neadekvatne sankcije prema učiniocu krivičnog djela, straha od ulaska u sudski postupak i time ponovo suočavanje i proživljavanje traumatičnog događaja, se odlučuju da ne prijave krivično djelo. Osobe koje se odluče prijaviti predmetno krivično djelo često su osuđene od okoline, osjećaju se nedovoljno zaštićenim od društvene zajednice, izložene su predrasudama, kao i retraumatizaciji. Istraživanje je pokazalo da se broj prijavljenih krivičnih djela silovanja u Kantonu Sarajevo povećao u 2020. i 2021. godini, ali da je povećanje neznatno ukoliko se uzme u obzir da je za period od skoro pet godina, ukupno podneseno 29 prijava. Istraživanje je pokazalo i da se u Kantonu Sarajevo desio pozitivan trend u procesuiranju krivičnog djela silovanja u 2021. godini, jer se dvostruko povećao broj podignutih optužnica, u odnosu na ranije godine posmatranog perioda. Također je istraživanjem utvrđeno i da su najčešći razlozi za donošenje većeg broja naredbi da se istraga neće provoditi i naredbi o obustavi istrage, nemogućnost pronalaska tragova izvršenja krivičnog djela. Smatramo da je radi smanjenja tamne brojke silovanja, te uspješnog procesuiranja ovog krivičnog djela potrebno da se putem sredstava javnog informisanja, radionica, održavanjem seminara, ili na neki drugi pogodan način od strane nadležnih institucija Federacije BiH, Kantona Sarajevo, međunarodnih organizacija i svih ostalih interesnih grupa, poveća svijest i sloboda žrtve kod podnošenja krivične prijave, te da se od strane nadležnih organa Službi socijalne zaštite i drugih službi i savjetovaništva obezbijede i drugi vidovi podrške, a sve u cilju kako bi se žrtve silovanja ohrabrile, te shvatile da postoji sistem koji štiti njih i njihov integritet, kao i da se isti upoznaju da postoje različiti vidovi zaštite žrtava u toku krivičnog postupka, a koja saradnja žrtve bi pomogla organima gonjenja u efikasnom prikupljanju materijalnih tragova krivičnog djela.

¹⁵ Agencija za statistiku BiH, popis stanovništva 2013.

Literatura

- Tomić, T. (2007). *Krivično pravo II: Posebni dio*. Sarajevo: Pravni Fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Borislav, P. Dragan, J., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo II*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- *Komentar Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Knjiga II*. Sarajevo: Vijeće Evrope i Evropska komisija, 2005.
- Čengić N. N. Vasić V. Kajević B. Kapetanović D. (2017). *Krivična djela silovanja i ostalog seksualnog nasilja u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar. (Smith, Merril D., ed.: *Encyclopedia of rape* (1. publ. ed.). Westport, Connecticut and London: Greenwood Press, 2004., str. 169–170).
- Štimac Radin, Helena, ed.: *Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (neslužbeni prijevod)*, Ured za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske, Zagreb, 2014.
- Preambula Istanbulske konvencije.
- Podaci Agencije za statistiku, popis stanovništva 2013. Dostupno na <https://www.popis.gov.ba/popis2013/mapa/?lang=bos>
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017).
- Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 10 0 K 002721 19 Kž 2 od 24.10.2019. godine.
- Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 014161 17 Kž 8 od 09.05.2018. godine.
- Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 02 0 K 000582 13 Kž 5 od 09.05.2013.godine.
- Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 019288 20 Kž 7 od 23.09.2020. godine.

Mirela Mujagić
Stručna savjetnica - Psihologinja
Kantonalni sud u Bihaću
mirela.mujagić@pravosudje.ba

BOL I PATNJA KAO POSLJEDICA ZLOČINA IZ MRŽNJE: PSIHOLOŠKI OSVRT

Sažetak: *Zločin iz mržnje predstavlja skup krivičnih djela motiviranih predrasudama prema određenom pojedincu ili grupama. Ovo je globalni problem, prisutan u svim zemljama, nacijama, u državama koje imaju različite kulturne tradicije, kolonijalne i postkolonijalne historije, različite vjerske, tradicijske i političke sisteme. Iako se posebni oblici nasilja iz mržnje mogu identificirati u grupama različitih zemalja, pa čak i precizno detektirati unutar pojedinih zemalja kao izražen i konstantan sociološki problem, ono što upada u oči je postojanost ovog univerzalnog fenomena, te dalekosežnost i ozbiljnost posljedica ovog oblika traumatskog iskustva. Sagledavajući, dakle, razorne posljedice ovog zločina, kako na pojedinca, tako i na zajednice i međugrupne odnose, ne iznenađuje podatak da isti u zadnje vrijeme pridobija sve veću pažnju pravosudne javnosti. Naime, u posljednjih nekoliko desetljeća, fizičko nasilje, pa čak i drugi oblici poput verbalnog i emocionalnog nasilja u gotovo svim zemljama su prepoznati kao krivična djela, dok je "nasilje iz mržnje" samo u nekolicini zemalja imalo krivičnopravni značaj.*

U krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, proces uvođenja pojma krivičnog djela učinjenog iz mržnje započeo je 2010. godine. Navedenim je ovo djelo, inicijalno samo kriminološki pojam, postalo i krivičnopravni pojam, najprije u KZ BD BiH, zatim u KZ RS, a potom, 2016. godine, i u KZ FBiH. Ovo je veoma značajno upravo zbog „neželjene poruke“ koja bi mogla biti poslana, kako počiniocima ovog krivičnog djela, tako i žrtvama i njihovim zajednicama. Propust države da adekvatno reaguje na zločin iz mržnje može, dakle, poslati poruku normalizacije netrpeljivosti i nasilja, te rezultirati eskaliranjem opasnih obrazaca ponašanja kao što su sukobi, osvete, samonametnute izolacije ili getoizacije, pa čak i preseljenja. Dakle, uvažavajući značaj i težinu

navedenog krivičnog djela, cilj ovog rada je sticanje uvida u intenzitet i dalekosežnost posljedica istog, kako na žrtvu, tako i na cijele zajednice koje imaju zajedničku određenu karakteristiku, a sve sa ciljem zaštite najboljeg interesa žrtve.

Ključne riječi: *zločin iz mržnje, govor mržnje, predrasude, stereotipi, diskriminacija, posljedice zločina iz mržnje, pristup usmjeren na potrebe žrtve*

1. Uvod

Oblici ponašanja koji se po definiciji mogu svrstati u zločine iz mržnje, uglavnom proizilaze iz ličnih ili stereotipnih osjećaja mržnje prema određenoj osobi ili grupi.¹ Iako oblici nasilja prema drugom i drugačijem postoje kao problem već dugi niz godina, tek se relativno nedavno ova ponašanja identificiraju kao “zločin iz mržnje” u krivičnopravnom smislu.² Zločin iz mržnje predstavlja krivično djelo motivirano predrasudom³, a što može biti zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog porijekla, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili rodnog identiteta.⁴ Ovakvi zločini uključuju djela nasilja i zastrašivanja koja su obično usmjerena prema već stigmatiziranim i marginaliziranim grupama.⁵ Kao takav, zločin iz mržnje, predstavlja mehanizam moći i ugnjetavanja čiji je cilj dodatno potvrditi nesigurni hijerarhijski socijalni poredak. Specifičnost ovakve vrste zločina jeste u tome što ovo nasilje ima širi, društveni kontekst. Naime, preko nasilja nad jednom osobom šalje se jasna poruka cijeloj grupi ili zajednici kojoj ti pojedinci pripadaju - „svi koji pripadaju ovoj grupi će doživjeti isto iskustvo“. Cilj je dati do znanja da su ovi pojedinci nepoželjni, neprihvaćeni i nesigurni u društvu.

¹ Više: Paul Iganski, „Hate crimes hurt more“. *American Behavioral Scientist*, 2001, 45, broj 4, str. 626–638.; Judith Lewis Herman, *Trauma and recovery: from domestic abuse to political terror*. (London: Pandora, 2015).; Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. (Malmö University, Health and Society, Doctoral Dissertation, 2018), str. 12.

² Više: OSCE/ODIHR, *Understanding the needs of hate crime victims*. (Warsaw, Poland, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2020); Krivični zakon Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 21/2010); Krivični zakonik Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br.73/2010, 67/2013); Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 46/2016).

³ Paul Iganski, „Hate crimes hurt more“, op cit, str.2.

⁴ Robert J. Cramer, Richard C. Fording, Phyllis Gerstenfeld, Andre Kehn, Jason Marsden, Dynthia Deitle, Angela King, Shelley Smart i Matt R. Nobles, „Hate-Motivated Behaviour: Impacts, Risk Factors, and Call for Solutions“. *Health Affairs*, 2020,9, str. 1-6.

⁵ Ibid., str. 2.

Implicitna je pretpostavka da se zločin iz mržnje ne razlikuje od sličnih krivičnih djela koja nisu motivirana predrasudama i stereotipima. Međutim, iako neki kritičari tvrde da je razlikovanje zločina iz mržnje od ostalih usporedivih zločina neutemeljeno, jer motivacija počinitelja krivičnog djela ne uzrokuje dodatni štetni uticaj na žrtvu, rezultati empirijskih istraživanja pokazuju upravo suprotno. Naime, brojna su istraživanja pokazala da ukoliko je zločin počinjen zbog rasnog, etničkog ili nekog drugog aspekta identiteta žrtve kao što je religija, seksualna orijentacija, invaliditet ili rodni identitet, uticaj i posljedice ovog zločina su veće u odnosu na slične oblike zločina koji su počinjeni iz drugih razloga.⁶

Navedeno pokazuje da je zločin iz mržnje prema bilo kojoj grupi ili pojedincu, bez obzira na način na koji se manifestira (verbalni, fizički ili u pisanom obliku), iznimno štetan za žrtvu. Dokazi o nepovoljnim i teškim efektima zločina iz mržnje inicijalno su skupljeni kroz brojne studije provedene u SAD na malom uzorku žrtava zločina iz mržnje.⁷ U novije vrijeme, ovi dokazi o negativnim efektima zločina iz mržnje su dodatno potkrijepljeni istraživanjima provedenim u UK i evropskim državama.⁸ Kako se nepovoljni efekti ovog zločina ne odražavaju

⁶ Paul Iganski i Spiridoula Lagou, „The personal injuries of ‘hate crime’.“ U Hall, N., Corb, A., Giannasi, P. i Grieve, J.G.D. (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, (Abingdon: Routledge, 2013), str. 34-46.

⁷ Više: Arnold Barnes i Paul H. Ephross, „The impact of hate violence on victims: Emotional and behavioral responses to attacks“. *Social Work*, 1994, 39, broj 3, str. 247-251.; Caroline Mellgren, Mika Andersson, Anna-Karin Ivert, „For Whom Does Hate Crime Hurt More? A Comparison of Consequences of Victimization Across Motives and Crime Types“. *Journal of Interpersonal Violence*, 2017, 36, broj 3-4, str. 1512-1536.; Gregory M. Herek, J. Roy Gillis, Jeanine C. Cogan, i Eric K. Glunt, „Hate crime victimization among lesbian, gay and bisexual adults: Prevalence, psychological correlates and methodological issues“. *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, 12, broj 2, str. 195 – 215.; JackMcDevitt, JackLevin i SusanBennett, „Hate crime perpetrators: An expanded typology“. *Journal of Social Issues*, 2002, 58, broj 2, str. 303 – 317.

⁸ Više: Paul Iganski, *Hate Crime and the City*. (Bristol, UK: Policy Press., 2008).; Paul Iganski i Spiridoula Lagou, „How hate crimes hurt more: Evidence from the British Crime Survey“. U P. Iganski (ed.) *The Consequences of Hate Crime*, (Westport CT: Praeger, 2009), str. 1-13.; Sue Botcherby, Fiona Iganski, Paul Jochelson, i Spiridoula Lagou, *Equality groups' perceptions and experience of crime. Analysis of the British Crime Survey 2007-08, 2008-09 and 2009-10*. (Manchester: Equality and Human Rights Commission, 2011).; Andrew Nocon, Paul Iganski, i Spiridoula Lagou, *Disabled people's experiences and concerns about crime*. (Manchester: Equality and Human Rights Commission, 2011).; Kevin Smith, K., Deborah Lader, Jacqueline Hoare, i Ivy Lau, *Hate crime, cyber security and the experience of crime among children: Findings from the 2010/11 British Crime Survey. Supplementary Volume 3 to Crime in England and Wales 2010/11*, (London, UK: Home Office, 2012).; Nick Coleman, Wendy Sykes, i Alison Walker, *Crime and Disabled People. Baseline statistical analysis of measures for the formal legal inquiry into disability-related harassment*. (Manchester, UK: Equality and Human Rights Commission, 2013).; Paul Iganski i Spiridoula Lagou, „The personal injuries of ‘hate crime’.“ U Hall, N., Corb, A., Giannasi, P. i Grieve, J.G.D. (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, (Abingdon: Routledge, 2013), str. 34-46.; Robert J. Cramer, Richard C. Fording, Phyllis Gerstenfeld, Andre Kehn, Jason Marsden, Dynthia Deitle, Angela King, Shelley Smart, i Matt R. Nobles, „Hate-Motivated Behaviour: Impacts, Risk Factors, and Call for Solutions“, op. cit., str. 2.

samo na pojedinca - žrtvu, nego i na cijelu grupu kojoj ta žrtva pripada, mnogi autori su zaključili da ovaj zločin "boli" mnogo više nego drugi oblici krivičnih djela, na druge načine motivirani.⁹

Sagledavajući dosadašnja empirijska istraživanja u Bosni i Hercegovini, uočava se da se ista nisu bavila ovom vrstom krivičnog djela, niti njegovim posljedicama. Cilj ovog rada je upravo da, pregledom svjetske literature, rasvijetli neke aspekte zločina iz mržnje i posljedice istog, te podstakne razumijevanje psiholoških i socioloških specifičnosti ovog djela. Nadalje, intencija ovog rada je da se dokumentuje jedan važan, a veoma često zanemaren oblik krivičnog djela, ali kroz prizmu pristupa orijentisanog na potrebe žrtve (eng. victim centred approach), te da praktičarima ponudi osnovna znanja i vještine potrebne za primjenu ovog pristupa u svom radu.

2. Problemi i primjeri u praksi

U zadnje vrijeme svjedoci smo sve većeg broja medijskih natpisa u BiH o napadima na pojedince ili grupe ljudi, a koji su motivirani mržnjom. Sa sigurnošću možemo konstatirati da ovakva dešavanja nisu mimoišla niti jedan veći grad u BiH, a uglavnom uključuju vjersku ili nacionalnu mržnju, te mržnju prema manjinskim grupama (LGBTQ populacija, Romi i sl.). Nažalost, većina ovih ili sličnih dešavanja ostaje na nivou medijskih vijesti ili zaprimljenih prijava u policijskim stanicama. Do sada je poznato samo nekoliko primjera sudske prakse u BiH gdje je optužnicom bilo obuhvaćeno i krivično djelo zločin iz mržnje. Shodno navedenom, možemo zaključiti da djela zločina iz mržnje u BiH nisu adekvatno prepoznata, da je stopa prijavljivanja relativno niska, te da nedostaju relevantni empirijski i iskustveni podaci.

Rezultati brojnih svjetskih istraživanja pokazuju da je širenje zločina iz mržnje prisutno u većini evropskih i američkih država. Istraživanje Ministarstva pravde Sjedinjenih Američkih Država¹⁰ pokazalo je da je, od ukupnog broja analiziranih predmeta zločina iz mržnje, 20.8% zasnovano na vjerskim predrasudama, 19.6% na seksualnoj orijentaciji/rodnom identitetu i 57% na rasnoj/etničkoj pripadnosti. Slični rezultati

⁹ Paul Iganski, „Hate crimes hurt more“, op cit, str. 5.

¹⁰ David B. Sugarman, Nickole P. Yuan, Lama Hassoun Ayoub, Mauri Nation, Gabriel P. Kuperminc i Sherry Hamby, „Hate and Violence: Addressing Discrimination Based on Race, Ethnicity, Religion, Sexual Orientation and Gender Identity“. *Psychology of Violence*, 2018, 8, broj 6, str. 649-656.

dobiveni su istraživanjima provedenim i u evropskim državama. Ovo su alarmantni rezultati koji zahtijevaju pažnju, ne samo pravosudnih institucija i agencija za provedbu zakona, nego i obrazovnih i drugih vladinih i nevladinih institucija koje se bave prevencijom socijalno neprihvatljivih ponašanja i pružanjem podrške žrtvama.

Usmjeravanje pažnje na ovakve oblike viktimizacije, još je značajnije ako imamo u vidu činjenicu da isto vrlo često prođe neidentificirano i neprijavljeno. Značajan je problem neprijavlivanja zločina iz mržnje zbog neinformiranosti žrtava da je uopće riječ o krivičnom djelu, straha od odmazde počinitelja, te nepovjerenja u učinkovitost sistema, odnosno, uvjerenja da zločin neće biti adekvatno procesuiran, počinitelj kažnjen, a žrtva zaštićena.¹¹ Nadalje, s porastom ovakve vrste viktimizacije u online prostoru, počiniocima ovih zločina je često teško identificirati uslijed anonimnosti koju im upravo pruža online prostor u kojem djeluju. Žrtve često ne prijavljuju nasilje zbog straha od daljnje osude i diskriminacije koja može doći kako od zvaničnih, vladinih institucija, tako i od porodice i prijatelja (npr. strah od reakcije okoline, strah od gubitka posla i sl.). Kod žrtava koje pripadaju rodnim i seksualnim manjinama uočava se dodatni strah od javnog otkrivanja seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, a što može dovesti do dodatne diskriminacije od strane porodice, prijatelja i društva.¹² Sniženo samopoštovanje, samopouzdanje i osjećaji sramote, također, doprinose neprijavlivanju.¹³ Doživljaj otežavajućih emocija zbog "nesreće" da su rođeni u "pogrešnim" socijalnim klasama, vjerskim, rasnim ili rodnim, umjesto osjećaja ponosa zbog vlastitog identiteta, osnažuje uvjerenje žrtava da viktimizaciju koju su doživjeli ne trebaju prijaviti.¹⁴ Upravo iz ovih razloga, često se događa da mnoge žrtve ovog oblika viktimizacije same prolaze kroz stresno i traumatsko iskustvo prouzrokovano doživljenim nasiljem.

Važno je naglasiti da bez obzira na ekspanziju rasta zločina iz mržnje i sve veći broj žrtava ovog oblika viktimizacije, posljedice na mentalno i tjelesno zdravlje nisu jednake za svakog pojedinca.¹⁵ Od

¹¹ OSCE/ODIHR, *Model Guidance on Sensitive and Respectful Treatment of Hate Crime Victims in the Criminal Justice System*. (Warsaw, Poland, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2021), str. 12.

¹² Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. op cit

¹³ Judith Lewis Herman, *Trauma and recovery: from domestic abuse to political terror*. op cit, str. 12.

¹⁴ Paul Iganski, „Hate crimes hurt more“, op cit.

¹⁵ Više: Paul Iganski, i Spiridoula Lagou, „The personal injuries of ‘hate crime’“, op cit.; KellinaCraig-

ranije je poznato da se većina osoba dobro suočava sa teškim stresnim situacijama, te isti prođu bez značajnih posljedica na mentalno i tjelesno zdravlje.¹⁶ Naime, direktni uticaj zločina iz mržnje može se razlikovati od žrtve do žrtve i ovisi o brojnim faktorima kao što su vrsta napada, prethodna iskustva pojedinca, postojanje i izostanak socijalne podrške, ekonomska i psihosocijalna rezilijentnost pojedinca.¹⁷ Žrtvina etnička pripadnost, seksualna orijentacija i religija mogu također uticati na efekte zločina iz mržnje. Dakle, dok se jedan dio populacije vrlo uspješno nosi s ovakvim oblikom viktimizacije, kod drugog djela populacije, onog manje rezilijentnog, očekujemo nepovoljne efekte.¹⁸

3. Efekti zločina iz mržnje na žrtve: fizički, emocionalni i ponašajni odgovor na napad

Većina stručnjaka se slaže da zločin iz mržnje predstavlja ekstremno stresno iskustvo, iskustvo koje uzrokuje takve posljedice koje često premašuju našu sposobnost da se s njima samostalno nosimo.¹⁹ Ovakva iskustva mogu izazvati vrlo snažne emocije i reakcije.²⁰ Najčešće identificirane reakcije su ljutnja, strah, stid i bespomoćnost. Međutim, efekat ovakvih doživljenih iskustava ne ispoljava se samo promjenama na emocionalnom nivou, već i na fizičkom i ponašajnom.²¹

Henderson i L. Ren Sloan, „After the hate: helping psychologists help victims of racist hate crime“. *Clinical Psychology: Science and Practice*, 2003, 10, broj 49, str. 481-490.

¹⁶ Više: Dejan Ajduković, Helen Bakić i Marina Ajduković, *Psihosocijalna podrška u kriznim situacijama velikih razmjera*. (Zagreb, Kerschoffset, 2016).; Sheldon Cohen. i Tracy B. Herbert, „Health psychology: psychological factors and physical disease from the perspective of human psychoneuroimmunology“. *Annual Review of Psychology*, 1996, 47, str. 113-142.

¹⁷ Paul Iganski, *Understanding the needs of persons who experience homophobic or transphobic violence or harassment: The impact of hate crime*. (Warsaw: Campaign Against Homophobia, 2016), str. 22.

¹⁸ OSCE/ODIHR (2020). *Understanding the needs of hate crime victims*. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Warsaw, Poland, str. 11.

¹⁹ Više: Caroline Mellgren, Mika Andersson, Anna-Karin Ivert, “For Whom Does Hate Crime Hurt More? A Comparison of Consequences of Victimization Across Motives and Crime Types”. op cit.; Paul Iganski, *Hate Crime and the City*. (Bristol, UK: Policy Press, 2008).

²⁰ Više: Sue Botcherby, Fiona Iganski, Paul Jochelson, i Spiridoula Lagou, *Equality groups' perceptions and experience of crime. Analysis of the British Crime Survey 2007-08, 2008-09 and 2009-10*. op cit.; Kevin Smith, Deborah Lader, Jacqueline Hoare, i Ivy Lau, *Hate crime, cyber security and the experience of crime among children: Findings from the 2010/11 British Crime Survey. Supplementary Volume 3 to Crime in England and Wales 2010/11*, op cit.

²¹ Jack Levin i Jack McDevitt, *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*. (New York: Plenum, 1993).

3.1. Fizičke promjene

Dakle, kad govorimo o neugodnim reakcijama uslijed doživljenog iskustva zločina iz mržnje, nije dovoljno analizirati samo psihološke reakcije nego i druge aspekte funkcionisanja, kao što su tjelesni i ponašajni. Povezanost psihološkog distresa i pojave tjelesnih simptoma identificirana je od davnina.²² Sasvim je očekivano da će veći broj žrtava doživjeti neke negativne kratkoročne tjelesne posljedice, dok će jedan manji broj doživjeti velike i dugoročne efekte viktimizacije.²³ Tako se u kratkoročne tjelesne reakcije ubrajaju slabost, drhtavica, znojenje, mučnina, povišen puls i tlak, ubrzano disanje, ekstremni umor ili iscrpljenost, te pretjerana pubuđenost.²⁴

Dugoročne tjelesne reakcije manifestuju se u vidu poremećaja spavanja, noćnih mora, intruzivnih sjećanja, konstantne napetosti i hroničnog umora, somatizacije (npr. povećan fokus na tijelo i briga oko bolova u tijelu), promjene apetita i problema s probavom, te u vidu pretjerane pobuđenosti. Sve navedeno, zajedno sa konstantnom evaluacijom ljudi i okruženja, rezultira prolongiranim fizičkim ograničenjima, nespecifičnim somatskim simptomima i pojavom psihosomatskih bolesti. Psihosomatske bolesti predstavljaju stanja u kojima je, uslijed psiholoških faktora, došlo do oštećenja organa ili tkiva. Viktimizacija se, također, povezuje sa štetnim ponašanjima kao što su zloupotreba alkohola i psihoaktivnih supstanci, te korištenje neprilagođenih mehanizama za suočavanje s visoko stresnim ili traumatskim iskustvom. Osjećaj fizičke iscrpljenosti i psihoemocionalne težine često se doživljava kao fizički teret.²⁵ Kako su zločini iz mržnje često praćeni fizičkim napadima, uključujući prekomjernu primjenu sile, nerijetko dolazi do ozbiljnih tjelesnih povreda u vidu gubitka svijesti, potresa mozga, posjekotina, ozljeda u predjelu lica i slično.²⁶

²² Ibid, str 291

²³ Deanna L. Wilkinson, „Violent Events and Social Identity: Specifying the Relationship Between Respect and Masculinity in Inner-City Youth Violence“. *Sociological Studies of Children and Youth*, 2001, 8, str. 235–69.; Barbara Lopes Cardozo, Reinhard Kaiser, Carol A. Gotway, i Ferid Agani, „Mental Health, Social Functioning, and Feelings of Hatred and Revenge of Kosovar Albanians One Year After the War in Kosovo“. *Journal of Traumatic Stress*, 2003, 16, str. 351–60.; Michele Stacey, Distinctive Characteristics of Sexual Orientation Bias Crimes, *Journal of Interpersonal Violence*, 2010, 26, str. 3013–32

²⁴ Urlih Orth, i Andreas Montada, „Feelings of Revenge, Retaliation Motive, and Posttraumatic Stress Reactions in Crime Victims“, *Journal of Interpersonal Violence*, 2006, 21, str. 229–43.

²⁵ Jack Levin i Jack McDevitt, *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, op cit, str. 29.

²⁶ Dušica M. Lečević-Toševski, Saveta Draganić-Gajić, Olivera Vuković i Jelena Stepanović, „Stres i telesne bolesti“. *Psihijatrija danas*, 2001, 33, str. 149–173.

3.2. Emocionalne promjene

Pored fizičkih posljedica i doživljenog šoka odmah nakon napada, žrtve često pate od socio-emocionalnog i psihološkog distresa²⁷. Veliki broj empirijskih dokaza ukazuje na činjenicu da je veća vjerovatnoća da žrtve zločina iz mržnje pate od postviktimizacijskog emocionalnog distresa, u poređenju sa žrtvama zločina koji su motivirani drugim razlozima. Istraživanja provedena u Evropi i SAD pokazala su da u smislu psiho-emocionalnih ozljeda zločin iz mržnje ‘više boli’²⁸. Dakle, zločin iz mržnje ima teže, intenzivnije i dugoročnije emocionalne reakcije. Najčešće prijavljene reakcije uključuju ljutnju, anksioznost, depresiju, napade panike, plačljivost, gubitak samopouzdanja, povlačenje, ekstremni osjećaj izoliranosti, produženi osjećaj straha i šok.²⁹ Osjećaj bespomoćnosti je često povezan sa doživljajem viktimizacije.³⁰

Jedna od osnovnih ljudskih potreba je potreba za pripadanjem i privrženošću. Zločini iz mržnje narušavaju ovu potrebu marginalizirajući žrtvu i šaljući poruku da su to osobe nepoželjne u svojoj sredini, zajednici, školi, gradu, državi. Odbacivanje i socijalna alijenacija može rezultirati psihičkom boli i distresom.³¹

Shvatajući da su ‘target’ zbog svog socijalnog identiteta i karakteristika koje ne mogu promijeniti, žrtve su u strahu da se napad može ponoviti u bilo koje vrijeme. Strah od ponovne viktimizacije je veoma čest kod žrtava zločina iz mržnje. S ciljem izbjegavanja ovog neugodnog doživljaja, žrtve pribjegavaju korištenju neefikasnih mehanizama odbrane u vidu normalizacije iskustva i prihvatanja diskriminacije i netolerancije kao ‘normalni’ oblik društvenog ponašanja.³²

Nadalje, žrtve pokušavaju da nađu smisao u napadu, konstantno premotavajući događaj u svojim mislima, izražavajući zbuđenost i nevjericu da bilo koji pojedinac može biti tretiran na ovaj način. Pokušavajući da razumiju okolnosti koje su dovele do napada, žrtve

²⁷ Paul Iganski i Spiridoula Lagou, „The personal injuries of ‘hate crime’.“ op cit., str. 38.

²⁸ Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. op. cit., str. 47.

²⁹ Gregory M. Herek, J. Roy Gillis, Jeanine C. Cogan, i Eric K. Glunt, “Hate crime victimization among lesbian, gay and bisexual adults: Prevalence, psychological correlates and methodological issues“, op cit, str. 198.

³⁰ Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. op. cit, str.49.

³¹ Više: Mika Andersson, *ibid*, str. 64.; OSCE/ODIHR, *Understanding the needs of hate crime victims*. op cit, str. 12.

³² *Ibid*, str. 26.

traže motive i razloge. Veoma često počinju da krive sebe zbog vlastite nepažnje i prividne nespremnosti. Navedeno rezultira povećanim oprezom, žrtve su na stalnom oprezu i na taj način pokušavaju osigurati da nikad više ne budu nepažljive, niti uhvaćene nespremnosti.

Doživljeno iskustvo viktimizacije također rezultira osjećajem ugroženosti i straha. Svaki osjećaj fizičke i psihičke sigurnosti, sigurnosti u okruženje i budućnost je narušen. U nastojanju da izbjegnu ponavljanje događaja, žrtve se fokusiraju na izgradnju vlastite sigurnosne mreže. Postaju krajnje sumnjičavi, preispituju svoje neposredno okruženje, analiziraju svoja ponašanja i poduzimaju stroge mjere predostrožnosti.³³

3.3. Ponašajne promjene

Pored fizičkih i emocionalnih promjena kod nekih od žrtava dolazi i do drastičnih promjena u uobičajenim ponašanjima.³⁴ Žrtve postaju mnogo pažljivije, opreznije, pokušavaju biti spremne za naredni napad. Doživljavajući odbijanje i neprijateljstvo, same žrtve i pripadnici njihovih socijalnih skupina se povlače, ljudima pristupaju s nepovjerenjem, zatvaraju se i oslanjaju na što je moguće manje, ali sigurnije ljudske veze. Između sebe stvaraju tzv. "ostrva sigurnosti".³⁵ Neke žrtve svoj život doslovno žive isključivo u ovim malim, ali za njih sigurnim krugovima, svodeći kontakt s "outsajderima" na minimum.³⁶

Kako su prijetnje, nasilje i stavovi mržnje najčešće doživljeni na mjestima gdje ima mnogo ljudi, situacije grupnih okupljanja, žrtve doživljavaju intimidirajuće. Nakon napada, bilo koje okruženje koje i najmanje liči na stvarno mjesto napada, percipira se kao opasno i neprijateljsko. Kako bi umanjili osjećaj nelagode i nesigurnosti, žrtve pribjegavaju izbjegavajućim obrascima ponašanja, mjesta koja ih asociraju na napad izbjegavaju ili im pristupaju s velikim oprezom. Ovakva ponašanja ponekad mogu ići toliko daleko da žrtve napuštaju svoje društvene krugove i premještaju se u druge životne sredine. Žrtve

³³ Mark A. Walters, Jenny Paterson, Liz McDonnell, Rupert Brown, „Group identity, empathy and shared suffering: Understanding the ‘community’ impacts of anti-LGBT and Islamophobic hate crimes”. *International Review of Victimology*, 2020, 26, broj 2, str. 143–162.

³⁴ Equality and Diversity Forum, *Hate Crime: Causes and Effects*. (AzizFoundation, 2018).

³⁵ OSCE/ODIHR, *Understanding the needs of hate crime victims*. op. cit, str. 16.

³⁶ Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. op. cit, str. 56.

zločina iz mržnje, također su podložne značajnim problemima na poslu ili školi, kao i velikim problemima u porodici i s prijateljima.³⁷

4. Reviktimizacija i sekundarna traumatizacija

Nerazumijevanje ozbiljnosti težine fenomena zločina iz mržnje od strane drugih profesionalaca, nerijetko može rezultirati retraumatizacijom žrtve.³⁸ Retraumatizacija se odnosi na viktimizaciju koja se javlja, ne kao direktni rezultat doživljenog zločina nego, kao reakcija institucija i pojedinaca prema žrtvi. Najčešće je rezultat neadekvatnog pristupa žrtvama, nepoštivanja njihovih potreba, neprofesionalnog postupanja ili diskriminacije bilo koje vrste. Dakle, reakcije profesionalaca mogu imati značajan efekat na žrtve. Ukoliko dođe do retraumatizacije, ista može voditi većem osjećaju poniženja, degradacije i socijalne izolacije, a što se u konačnici nepovoljno odražava kako na emocionalno, tako i na socijalno i ekonomsko blagostanje.³⁹

Svaki zločin iz mržnje šalje prijetnju budućoj viktimizaciji, ne samo primarnoj žrtvi, nego i drugim pojedincima koji dijele isti socijalni identitet i karakteristike, a zbog čega je žrtva meta napada. Naime, zločin iz mržnje, također, pokazuje kapacitet za sekundarnu viktimizaciju kod porodice i društvene zajednice kojoj žrtva pripada.⁴⁰ Kao rezultat, zajednica koja dijeli karakteristike sa žrtvom može doživjeti navedeni napad kao da su oni napadnuti i strahovati od ponovnog napada. Ovi efekti mogu biti multiplicirani ukoliko je ta zajednica historijski marginalizirana i ako je predmet diskriminacije i zlostavljanja.⁴¹

Ovi napadi mogu rezultirati odmazdom i protuodmazdom, te iz individualnih napada eskalirati u sukobe velikih razmjera. To je u naravi još jedan od razloga zbog kojih krivična djela motivirana diskriminacijom i predrasudama mogu nositi veću težinu nego drugi oblici krivičnih djela.

³⁷ *Ibid*, str. 63.

³⁸ OSCE/ODIHR, *Understanding the needs of hate crime victims*. op. cit., str. 13.

³⁹ *Ibid*, str. 15.

⁴⁰ Mika Andersson, *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. op. cit., str. 36.

⁴¹ OSCE/ODIHR, *Understanding the needs of hate crime victims*. op. cit., str. 14.

5. Potrebe žrtava zločina iz mržnje

Sagledavajući težinu posljedica zločina iz mržnje, može se uočiti da mnoge od njih proizilaze iz nezadovoljenih osnovnih potreba, kao što su potreba za osjećajem sigurnosti, osjećajem pripadnosti i osjećajem poštovanja. Kako bi zaštitili žrtvu od dodatne reviktimizacije i narušavanja psiho-socijalnog zdravlja, veoma je važno zadovoljiti kompleksne potrebe žrtava, a što zahtijeva saradnju između institucija za provođenje zakona, tužilaštva, suda, organizacija za podršku žrtvama i nevladinih organizacija.⁴² Svaka od ovih institucija ima značajnu ulogu u adresiranju fizičkih, psiholoških i drugih potreba žrtava ovog zločina. U literaturi je identificirano nekoliko ključnih potreba i korespondirajućih intervencija:⁴³

POTREBE	INTERVENCIJE
Lična sigurnost	Osjećaj nesigurnosti, izloženosti i opasnosti često se javlja u toku i odmah nakon doživljenog zločina iz mržnje. Većina žrtava se osjeća bespomoćno, vulnerabilno i preplašeno. U isto vrijeme imaju potrebu da se osjećaju sigurno i zaštićeno. Potrebna je podrška agencija za provođenje zakona u osiguranju njihove fizičke sigurnosti.
Praktična pomoć	Neke žrtve imaju potrebu za hitnim intervencijama kako bi se nosili s posljedicama doživljene viktimizacije. Neki od primjera su potreba za medicinskom pomoći ili nekom dugotrajnom pomoći vezanom za nadolazeće potrebe kao što su, možda, privremeno preseljenje ili popravka oštećene imovine, pravni savjeti ili stručna podrška u sudu.
Emocionalna ili psihološka podrška	Ovo je najčešća potreba žrtava zločina iz mržnje. Žrtve imaju potrebu da ih se sasluša i čuje, da im se ukaže povjerenje, da ih se shvati ozbiljno, da ih se razumije. Neke imaju potrebu za specijaliziranom i kontinuiranom psihološkom podrškom, kako bi se uspješnije nosile s posljedicama ove vrste zločina.

⁴² *Ibid*, str. 16.

⁴³ *Ibid*, str. 17-32.

Povjerenje i povjerljivost	Doživljeno iskustvo zločina iz mržnje može narušiti povjerenje žrtava u zajednicu i predstaviti izazov za njihov osjećaj pravde u svijetu. Uspostavljanje odnosa povjerenja i povjerljivosti gdje se žrtve osjećaju da se mogu otvoriti, razgovarati o svom iskustvu, tražiti pomoć i odlučiti koje korake da poduzmu, veoma je značajno. Posebno je važno da žrtve imaju povjerenje u inspektore, osobe koje su im dodijeljene za pružanje podrške i druge predstavnike pravosudnih institucija. Institucije treba da poduzmu prikladne mjere kako bi zaštitili privatnost žrtve, uključujući lične karakteristike kao što su religija, etnička pripadnost, imigracioni status, seksualna orijentacija ili rodni identitet.
Informiranje i savjeti	Žrtvama su potrebne informacije i savjeti o procedurama koje se mogu poduzeti u ovim slučajevima, o njihovim pravima i očekivanjima, kao i informacije o dostupnoj podršci. Informacije bi trebale biti dostupne u različitim oblicima, npr. online portali, društvene mreže, telefonske linije pomoći, brošure, pamfleti i poster. Informacije treba da budu dostupne osobama sa invaliditetom i prevedene na jezike manjina.
Smjernice za prolazak kroz pravosudni sistem	Žrtve trebaju pomoć kako bi potpuno razumjele pravosudni sistem, posebno krivične procedure povezane s procesuiranjem doživljenog zločina. Potrebne su im informacije i savjeti o njihovim pravima i šta mogu da očekuju ukoliko se odluče da prijave zločin.
Tretman s poštovanjem i dostojanstvom	Osjećaj kršenja privatnosti i nasilja može biti akutan kod žrtava zločina iz mržnje. Upravo zbog toga je važno da se profesionalci koji rade s ovim žrtvama u institucijama ponašaju profesionalno i senzibilno, te na taj način umanjuju dodatnu reviktimizaciju.

Razumijevanje specifičnih posljedica zločina iz mržnje, kao i težinu istih, te sticanje uvida u individualne potrebe žrtava, pokazalo se značajnim za unapređenje pristupa žrtvama koje treba biti senzibilno, profesionalno, s dužnim poštovanjem i bez bilo kojeg oblika diskriminacije. Od iznimne je važnosti da se žrtve ovog oblika viktimizacije osjećaju sigurno i zaštićeno kad prijavljuju svoje iskustvo i u toku davanja iskaza. Prema tome, neophodno je obezbijediti povoljno okruženje za navedene radnje, okruženje koje osigurava privatnost, udobnost i sigurnost. Razgovor sa žrtvama treba da obavljaju posebno obučene osobe, a kada je to moguće, žrtvi treba omogućiti da razgovor vodi osoba s kojom se ista osjeća najugodnije.

Usvajanje novih znanja o međunarodnim standardima iz oblasti zločina iz mržnje, psihosocijalnim aspektima ovog oblika nasilja i preporukama iz prakse za ophođenje prema žrtvama nasilja iz mržnje, profesionalcima koji rade na pružanju podrške ovim žrtvama omogućuje jačanje vlastitih kapaciteta za senzibilan pristup u radu. Senzibilan pristup profesionalaca će rezultirati većom stopom prijavljivanja ovog oblika nasilja, te prevencijom i sprečavanjem istog. Također će unaprijediti iskustva žrtava u procesno-pravnim procedurama što može rezultirati boljom saradnjom i na kraju, efikasnijom reakcijom cjelokupne zajednice na krivična djela zločina iz mržnje.

6. Zaključak

Krivična djela koja danas identificiramo kao zločine iz mržnje, imaju dalekosežnu historiju, međutim, briga društvene i profesionalne zajednice za ovaj relativno „novi“ oblik zločina je poprilično recentna. Prema tvrdnjama brojnih autora, psihičke, fizičke i socijalne posljedice ovog brutalnog zločina su dalekosežne i dugotrajne, neizbrisive iz ljudske memorije. S obzirom na to da su žrtve isključivo viktimizirane zbog opaženih i iskrivljeno percipiranih ličnih karakteristika, kao što su nacionalna i/ili etnička pripadnost, rasa, spol, vjera, seksualna orijentacija, status invalidnosti i slično, a koje karakteristike dijele i drugi članovi ovih grupa društvene zajednice, nepovoljni efekti zločina iz mržnje su mnogo rašireniji. Naime, navedene posljedice osjećaju i ostali članovi ovih grupa kojima žrtve pripadaju. Zbog toga ne iznenađuje opšteprihvaćena izreka „zločin iz mržnje boli više“. Za mnoge žrtve, patnja i bol prouzrokovana ovim zločinom ne

prestaje formalnim prekidom nasilja. Nauka je, naime, dokazala da je distresorni odgovor, u vidu psihičke patnje i boli, rezultat interaktivne veze pojedinca i njegove društvene zajednice. Dakle, obezbjeđenje adekvatnih socijalizacijskih uslova i podrške žrtvama neophodne za oporavak od zločina iz mržnje i ponovno preuzimanje kontrole nad vlastitim životom, od krucijalne je važnosti. Na tragu navedenog, pored porodice i prijatelja važno je da podršku pruže i nevladine i vladine institucije, kao što su centri za mentalno zdravlje, centri za socijalni rad, policija i pravosuđe, kroz jedan sveobuhvatan, multisektorski pristup.

Pravosuđe je, dakle, prepoznato kao jedan od segmenata društvene zajednice koji svojim pristupom može dodatno pogoršati ili umanjiti traumatizaciju žrtve, a samim tim i uticati na motivaciju žrtve da prijavi ovo krivično djelo. Dosadašnja praksa je pokazala učinkovitost senzibilnog pristupa i pristupa usmjerenog na potrebe žrtve, ne samo u smislu umanjivanja retraumatizacije žrtve, nego i u vidu povećanja efikasnosti istražnog i sudskog postupka. Upravo iz tih razloga, važno je unutar naših pravnih propisa identificirati prava žrtava ovih krivičnih djela, uključujući prepoznavanje žrtava zločina iz mržnje kao posebno osjetljive kategorije žrtava, koje trebaju dodatnu zaštitu i stručnu podršku. Podrška žrtvama zločina iz mržnje podrazumijeva potpuni pristup resursima koji bi im omogućili oporavak od ovog zločina, te informirano učestvovanje u krivičnom postupku, a sve u skladu s pristupom usmjerenim na potrebe žrtve. Iako se u našoj zemlji započelo s uspostavljanjem sveobuhvatnog sistema podrške žrtvama zločina iz mržnje, isti je potrebno dodatno unaprijediti kako bi se povećala zaštita ličnosti i integriteta žrtve, stopa prijavljivanja ovih djela, te postizanje adekvatnih pravnih sankcija.

Literatura

- Ajduković, D., Bakić, H. I Ajduković, M. (2016). *Psihosocijalna podrška u kriznim situacijama velikih razmjera*. Zagreb, Kerschoffset.
- Andersson, M. (2018). *Hate crime victimization: consequences and interpretations*. Malmo Universit Health and Society, Doctoral Dissertation.
- Coleman, N., Sykes, W. i Walker, A. (2013). *Crime and Disabled People. Baseline statistical analysis of measures for the formal legal inquiry into disability-related harassment*. Research report 90: Manchester, UK: Equality and Human Rights Commission.
- Equality and Diversity Forum (2018). *Hate Crime: Causes and Effects*. AzizFoundation.
- Herman, J.L. (2015). *Trauma and recovery: from domestic abuse to political terror*. London: Pandora.
- Iganski, P. (2008). *Hate Crime and the City*. Bristol, UK: Policy Press.
- Iganski, P. (2016). *Understanding the needs of persons who experience homophobic or transphobic violence or harassment: The impact of hate crime*. Warsaw: Campaign Against Homophobia.
- Iganski, P. i Lagou, S. (2013). The personal injuries of 'hate crime'. U Hall, N., Corb, A., Giannasi, P. i Grieve, J.G.D. (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Abingdon: Routledge, str. 34-46.
- Levin, J. i McDevitt, J. (1993). *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*. New York: Plenum.
- Nocon, A., Iganski, P. i Lagou, S. (2011). *Disabled people's experiences and concerns about crime*, Manchester: Equality and Human Rights Commission.
- OSCE/ODIHR (2020). *Understanding the needs of hate crime victims*. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Warsaw, Poland.

- OSCE/ODIHR (2021). *Model Guidance on Sensitive and Respectful Treatment of Hate Crime Victims in the Criminal Justice System*. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Warsaw, Poland.
- Smith, K., Lader, D., Hoare, J. i Lau, I. (2012). *Hate crime, cyber security and the experience of crime among children: Findings from the 2010/11 British Crime Survey. Supplementary Volume 3 to Crime in England and Wales 2010/11*, London, UK: Home Office.
- Antebi-Gruszka, N., Mor, Z. i Shilo, G. (2019). Mental Distress, Well-Being, and Stress-Related Growth following an Anti-LGBQ Hate Crime among LGBQ Young Adults in Israel: The Effect of Familiarity with the Victims and the Mediating Role of Emotional Support. *Journal of Homosexuality*, DOI: 10.1080/00918369.2019.1607682.
- Barnes, A. i Ephross, P. H. (1994). The impact of hate violence on victims: Emotional and behavioral responses to attacks. *Social Work*, 39 (3), 247-251.
- Botcherby, S. G., Iganski, F., Jochelson, P. i Lagou, S. (2011). *Equality groups' perceptions and experience of crime. Analysis of the British Crime Survey 2007-08, 2008-09 and 2009-10*. Briefing Paper 4, Manchester: Equality and Human Rights Commission.
- Brand, S. and Price, R. (2000), *The Economic and Social Costs of Crime*, Home Office Research Study No. 217. Home Office.
- Cardozo, B. L., Kaiser, R., Gotway, C. A. and Agani, F. (2003), 'Mental Health, Social Functioning, and Feelings of Hatred and Revenge of Kosovar Albanians One Year After the War in Kosovo', *Journal of Traumatic Stress*, 16, 351-60.
- Cohen, S. i Herbert, T.B. (1996). Health psychology: psychological factors and physical disease from the perspective of human psychoneuroimmunology. *Annu Rev Psychol*, 47:113-142.
- Corcoran, C., Lader, D., & Smith, K. (2015). *Hate crime, England and Wales, 2014/2015*. Home Office.
- Craig-Henderson i Sloan, L.R. (2003). After the hate: helping psychologists help victims of racist hate crime. *Clinical Psychology: Science and Practice*, 10 (49), 481-490.

- Cramer, R.J., Fording, R.C., Gerstenfeld, P.B., Kehn, A., Marsden, J., Deitle, C., King, A., Smart, S., i Nobles, M.R. (2020). Hate-Motivated Behaviour: Impacts, Risk Factors, and Call for Solutions. *Health Affairs*, 1-6.
- Garofalo, J. (1997). Hate crime victimization in the United States. U R.C. Davis, A.J. Lurigio i W.G. Skogan (Eds.), *Victims of crime* (str. 134 – 145). Sage Publications, Inc.
- Green, D. P., McFalls, L.H. i Smith, J. K. (2001). Hate Crime. *Annual Review of Sociology*, 27, 479-504.
- Hall, N. (2013). *Hate Crime* (2nd Ed.). Routledge, New York.
- Herek, G.M., Gillis, J.R., Cogan, J.C. i Glunt, E.K. (1997). Hate crime victimization among lesbian, gay and bisexual adults: Prevalence, psychological correlates and methodological issues. *Journal of Interpersonal Violence*, 12, 195 – 215.
- Iganski, P. (2001). Hate crimes hurt more. *American Behavioral Scientist*, 45(4), 626–638.
- Iganski, P. i Lagou, S. (2009). How hate crimes hurt more: Evidence from the British Crime Survey. U P. Iganski (ed.) *The Consequences of Hate Crime*, Westport CT: Praeger, pp. 1-13.
- Iganski, P. i Levin, J. (2015). *Hate crime: A global perspective*. Routledge, New York.
- Lečević-Toševski, D., Draganić-Gajić, S., Vuković, O. i Stepanović, J. (2001). Stresitelesnebolesti. *Psihijatrija danas*, 33, 149-173.
- McDevitt, J., Levin, J. i Bennett, S. (2002). Hate crime perpetrators: An expanded typology. *Journal of Social Issues*, 58 (2), 303 – 317.
- Mellgren, C., Andersson, M. i Ivert, A.K., (2017). For Whom Does Hate Crime Hurt More? A Comparison of Consequences of Victimization Across Motives and Crime Types. *Journal of Interpersonal Violence*, 36 (3-4), 1512-1536.
- Orth, U. and Montada, A. (2006) ‘Feelings of Revenge, Retaliation Motive, and Posttraumatic Stress Reactions in Crime Victims’, *Journal of Interpersonal Violence*, 21: 229–43.

- Ronczkowski, M. R. (2018). *Terrorism and organized hate crime: Intelligence gathering, analysis and investigations*. Taylor & Francis Group, New York.
- Stacey, M. (2010). Distinctive Characteristics of Sexual Orientation Bias Crimes, *Journal of Interpersonal Violence*, 26: 3013–32.
- Sugarman, D.B., Yuan, N.P., Ayoub, L.H., Nation, M. Kuperminc, G.P. i Hamby, S. (2018). Hate and Violence: Addressing Discrimination Based on Race, Ethnicity, Religion, Sexual Orientation and Gender Identity. *Psychology of Violence*, 8(6), 649-656.
- Sullaway, M. (2004). Psychological perspectives on hate crime laws. *Psychology, Public Policy and Law*, 10 (3), 250-292.
- Walters, M. A., Paterson, J. L., McDonnell, L., Brown, R. (2020). Group identity, empathy and shared suffering: Understanding the ‘community’ impacts of anti-LGBT and Islamophobic hate crimes. *International Review of Victimology*, 26(2), 143–162.
- Williams, M.L. i Tregidga, J. (2014). Hate crime victimization in Wales: Psychological and physical impacts across seven hate crime victim types. *British Journal of Criminology*, 54, 646-967.
- Wilkinson, D. L. (2001). Violent Events and Social Identity: Specifying the Relationship Between Respect and Masculinity in Inner-City Youth Violence. *Sociological Studies of Children and Youth*, 8, 235–69.
- Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 21/2010).
- Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 73/2010).
- Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 67/2013).
- Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“), br. 46/2016).



**PROJEKT PRAVOSUĐE PROTIV KORUPCIJE
U BOSNI I HERCEGOVINI**

**ANALIZA SUDSKE PRAKSE U PRIMJENI
ODABRANIH KRIVIČNO-PRAVNIH INSTITUTA OD
ZNAČAJA ZA RAD NA PREDMETIMA KORUPCIJE,
PRIVREDNOG I ORGANIZOVANOG KRIMINALA
VISOKOG NIVOVA**

IZJAVA O OGRANIČENJU ODGOVORNOSTI

Stavovi izneseni u ovom dokumentu ne odražavaju nužno stavove USAID-a ili Vlade Sjedinjenih Američkih Država

1. Uvod

USAID-ov projekt Pravosuđe protiv korupcije (Projekt) pruža podršku sudovima i tužilaštvima u Bosni i Hercegovini (BiH) u unapređenju kapaciteta za rad na predmetima korupcije, privrednog i organizovanog kriminala visokog nivoa¹.

U okviru svojih aktivnosti Projekt, između ostalog, podržava analizu identifikovanih izazova koji otežavaju efikasno i učinkovito procesuiranje ovih vrsta predmeta koji, uzimajući u obzir način izvršenja, status i broj lica uključenih u izvršenje ovih krivičnih djela, spadaju u najkompleksnije tužilačke i sudske predmete.

Obaveza država potpisnica Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda (EKLJP) iz člana 1. jeste da svakome na području svoje nadležnosti osiguraju prava i slobode definisane EKLJP. Tako je u Ustavu Bosne i Hercegovine u članu II.2. propisano: „U Bosni i Hercegovini direktno se primjenjuju prava i slobode garantovani EKLJP, kao i njezinim protoklima. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima“. S druge strane, neosporan je javni interes i opredjeljenost za obezbjeđenje efikasne prevencije i borbe protiv organizovanog kriminala i korupcije, koji se u međunarodnim i regionalnim instrumentima označavaju kao transnacionalni fenomeni koji pogađaju sva društva i ekonomije, a predstavljaju ozbiljnu prijetnju stabilnosti i sigurnosti društva, podrivaju institucije i vrijednosti demokratije, urušavaju etičke vrijednosti i pravičnost, te ugrožavaju održiv razvoj i vladavinu prava.²

¹ Pod pojmom „visokog nivoa korupcije i organizovanog kriminala“ (VN KOK), za potrebe implementacije projektnih aktivnosti, uključujući i izradu ovog dokumenta, smatraju se svi predmeti koji prema svojoj prirodi zadovoljavaju kriterije ustanovljene Definicijama za kategorizaciju predmeta visokog nivoa korupcije i organizovanog kriminala u tužilaštvima i sudovima u BiH Visokog sudske i tužilačkog vijeća BiH (VSTV) iz 2018., i Izmjenama i dopunama Definicija iz 2021. godine (Definicije), a koji često uključuju i privredni kriminal.

² Bosna i Hercegovina je potpisnica više dokumenata iz ovih oblasti, od kojih su najznačajniji: Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminala od 15.11.2000. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 03/2002, stupila na snagu 29.09.2003. godine; Protokol o sprječavanju, zaustavljanju i kažnjavanju trgovine ljudima, naročito ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala, objavljen u „Službenom glasniku BiH“ broj 03/2002, stupio na snagu 25.12.2003. godine; Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije od 31.10.2003. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ – Međunarodni ugovori broj 05/2006, stupila na snagu 26.10.2006. godine; Krivičnopravna konvencija protiv korupcije od 27.01.1999. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 36/2001, stupila na snagu 01.07.2002. godine; Gradanskopravna konvencija protiv korupcije od 04.11.1999. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 36/2001, stupila na snagu 01.11.2003. godine; Dodatni protokol na krivičnopravnu konvenciju Vijeća Evrope protiv korupcije od 15.05.2003. godine, stupio na snagu 01.01.2012. godine; Konvencija Vijeća Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom i finansiranjem terorizma od 16.05.2005. godine,

Sudska praksa nije neposredan izvor krivičnog prava u BiH. Međutim, kako sud primjenjuje pozitivno pravo i sudske odluke sadrže uputstva za primjenu prava, to se posebno sudska praksa viših sudova javlja kao bitan element u tumačenju i primjeni zakona i drugih propisa.

Neujednačena sudska praksa u primjeni krivičnih zakona³ i zakona o krivičnom postupku u BiH⁴ u istim ili sličnim pitanjima je najčešći problem sa kojim se suočava sudski sistem u kontekstu principa pravne sigurnosti. U nemalom broju slučajeva različita postupanja sudova u identičnim ili vrlo sličnim činjeničnim i pravnim situacijama su povod i, iz perspektive apelanata, osnov za pokretanje postupaka za zaštitu, odnosno, utvrđivanje kršenja ljudskih prava pojedinaca. Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud BiH su u više svojih odluka, ispitujući navode apelanata o kršenju ljudskih prava, u kontekstu principa pravne sigurnosti koji je neodvojiv element prava na pravično suđenje iz člana II/3.e Ustava Bosne i Hercegovine (BiH) i člana 6. stav 1. EKLJP, ukazali na opšte pravne principe na kojima se temelji ocjena o povredi prava na pravično suđenje (člana 6. EKLJP) u slučajevima kada se utvrdi postojanje neujednačene sudske prakse među različitim sudovima ili različitim jurisdikcijama, odnosno, postojanje suprotnih odluka koje je donio isti sud u uporedivim postupcima.⁵

Dokument *Analiza sudske prakse u primjeni odabranih krivičnopravnih instituta od značaja za rad na predmetima korupcije, privrednog*

objavljena u Službenom glasniku BiH br. 14/2007, stupila na snagu 01.05.2008. godine.

³ Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003-isp., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021), Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik FBiH“, br. 36/2003, 21/20014-isp., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017), raniji Krivični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010, 1/2012 i 37/13), novi Krivični zakonik RS („Službeni glasnik RS“, br. 64/2017, 104/2018-odluka US i 15/2021) i Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ 19/2020-prečišćeni tekst).

⁴ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 3/2003, 32/2003-isp., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009-dr.zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018), Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021), Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/2003, 56/2003-isp., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020), Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 34/2013-prečišćeni tekst, 27/2014, 3/2019 i 16/2020).

⁵ Vidi, naprimjer, presude ESLJP u predmetima *Nejdat Šahin i Perihan Šahin protiv Turske* (presuda [VV], 20. oktobra 2011. godine, zahtjev broj 13279/05, §§ 49 - 59) i *Vučković i drugi protiv Srbije* (presuda, 28. avgusta 2012. godine, zahtjevi br. 17153/11 i dr., § 54), te Odluku o dopustivosti i meritumu broj AP 3233/18, Ustavni sud BiH.

i organizovanog kriminala visokog nivoa (Analiza) je rezultat identifikovane potrebe da se otvore određena pitanja u ovoj oblasti i podrži konstruktivan dijalog unutar profesionalne pravosudne zajednice, sve sa ciljem iznalaženja budućih (zakonskih i/ili praktičnih) rješenja kojima bi se unaprijedilo ujednačavanje sudske i tužilačke prakse, a time i efikasnost u procesuiranju i dokazivanju krivičnih djela korupcije i organizovanog kriminala, sa fokusom na predmete visokog nivoa.

Analiza sadrži prikaz odabrane sudske prakse Suda BiH i sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine (FBiH) i Republici Srpskoj (RS), kao i odabranih stavova iz prakse Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) i Ustavnog suda BiH. U fokusu Procjene je primjena određenih krivičnopravnih instituta i to: zakonitost dokaza, vještačenje i indirektni dokazi, dokazivanje umišljaja u predmetima korupcije i organizovanog kriminala, identitet presude i optužnice i oduzimanje imovinske koristi.

Značajnu stručnu podršku u izradi analize pojedinačnih oblasti obuhvaćenih Procjenom pružili su Aleksandra Martinović, sutkinja Ustavnog suda FBiH, Sanela Rondić i Melika Murtezić, sutkinje Kantonalnog suda u Sarajevu, Goran Glamočanin, tužilac Posebnog odjeljenja Republičkog tužilaštva RS za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala i Amra Mehmedić, tužiteljica Kantonalnog tužilaštva u Sarajevu. Nalazi i preporuke analize pojedinačnih oblasti i Analize u cjelini su razmotreni od strane sudija i tužilaca, učesnika Panela posvećenog harmonizaciji i unapređenju sudske i tužilačke prakse, čiju organizaciju je podržao Projekt 2020. godine u saradnji sa Udruženjem tužilaca u FBiH i Centrima za edukaciju sudija i tužilaca FBiH i RS, te 2021. godine u saradnji i sa drugim donatorskim organizacijama. Tekst Procjene je izrađen uz stručnu podršku Sanele Rondić, sutkinje Kantonalnog suda u Sarajevu i predstavlja integrisanu cjelinu pregleda sudske prakse obuhvaćene stručnim radovima. Projekt se ovom prilikom zahvaljuje svim sudijama i tužiocima na izuzetnoj stručnoj i profesionalnoj podršci u izradi stručnih radova i ovog dokumenta, kao i učesnicima Panela posvećenih harmonizaciji sudske i tužilačke prakse.

2. Zakonitost dokaza

2.1. Uopšteno o pravilima za ocjenu zakonitosti dokaza

Upotreba dokaza pribavljenih povredom nacionalnih pravila nije, sama po sebi, suprotna konvencijskom pojmu „pravičnosti“. U situacijama kada se redovni sudovi oslanjaju na nezakonito pribavljene dokaze, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) će provjeriti da li se „nezakonitost“ kao termin nacionalnog prava podudara sa „nepravičnošću“ u konvencijskom smislu i da li je podnosilac zahtjeva imao priliku prigovoriti pouzdanosti i upotrebi dokaza u nacionalnom sudskom postupku. Prema zakonima o krivičnom postupku (ZKP) na nivoima BiH, entiteta i Brčko Distrikta (BD)⁶, ocjena dokaza u krivičnom postupku se zasniva na principu slobodne procjene dokaza koji nisu zakonom zabranjeni.

Pitanje zakonitosti dokaza, već u ranoj fazi postupka razmatra tužilac prilikom prikupljanja svakog dokaza, a posebno prilikom donošenja odluke o podizanju optužnice. Već u toj fazi, iz dalje upotrebe bi trebali biti izdvojeni svi nevaljani dokazi, a prevashodno oni čija je prihvatljivost zakonom izričito zabranjena. Kako bi se minimalizirali propusti u pribavljanju dokaza i time broj dokaza čija bi zakonitost mogla biti dovedena u pitanje, tužilac bi morao imati proaktivnu ulogu u toku cijele istrage, u kontekstu efektivnog rukovođenja i nadzora nad njenim provođenjem, odnosno, aktivnostima ovlaštenih službenih lica usmjerenih na prikupljanje izjava i dokaza.⁷

Sudska praksa karakteriše kao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka ukoliko se sudska odluka zasniva na dokazu na kojem je zakonom izričito propisano da se ne može zasnivati. U slučaju kada to zakonom nije izričito propisano, sâm dokaz može biti nezakonit, ali zasnivanje presude na takvom dokazu ne mora nužno voditi njenom

⁶ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH” br. 3/2003, 32/2003- ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018), Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, br. 35/2003, 56/2003- ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020), Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021), Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, br. 34/2013- prečišćeni tekst, 27/2014, 3/2019 i 16/2020).

⁷ Ovo su ujedno prava i dužnosti tužioca propisani zakonima o krivičnom postupku – član 45. ZKP FBiH, član 35. ZKP FBiH.

ukidanju.⁸ U takvoj situaciji će se preispitati da li je zasnivanje presude na tom dokazu bilo od uticaja na njeno zakonito i pravilno donošenje, pa će, samo ukoliko se utvrdi da jeste, zasnivanje presude na takvom dokazu voditi njenom ukidanju⁹. U prvom slučaju radi se o *ex lege* nezakonitim dokazima koji su pojedinačno propisani zakonima o krivičnom postupku, tako što se kod svakoga izričito navodi da se na njemu ne može temeljiti presuda¹⁰. Sudovi nisu ovlašteni ocjenjivati učinak tako pribavljenog dokaza nego su ga dužni izdvojiti (tzv. pravilo isključivanja), odnosno, ukinuti presudu koja se temeljila na takvom dokazu. Drugi slučaj odnosi se na *ex iudicio* nezakonite dokaze koji su pribavljeni kršenjem određenih osnovnih prava, tj. dokazima pribavljenim povredom prava odbrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, te prava na nepovredivost ličnog i porodičnog života kod kojih se dokazna (ne)zakonitost utvrđuje sudskom procjenom. Ukoliko se ne radi o dokazu čije je korištenje zakonom izričito zabranjeno, sud je dužan navesti potpune i određene razloge za ocjenu neprihvatljivosti tog dokaza.¹¹

⁸ Rješenje Vrhovnog suda FBiH, br. 06 0 K 005470 14 Kž od 03.09.2014. godine. Vrhovni sud FBiH daje i jasne upute na koji način se takva ocjena vrši: "...U slučaju kada ZKP FBiH ne propisuje izričito da kršenje određene zakonske odredbe ima za posljedicu nemogućnost zasnivanja sudske odluke na dokazu pribavljenom kršenjem te odredbe, zaključak da je tako pribavljeni dokaz nezakonit i da se na njemu ne može zasnivati sudska odluka, ne može se temeljiti isključivo na samoj činjenici kršenja odnosno zakonske odredbe, nego je potrebno imati u vidu cilj te odredbe, značaj propusta da se postupi u skladu sa njom za osnovna prava i slobode optuženog i drugih učesnika u postupku, kao i utjecaj tog propusta na osnovna načela krivičnog postupka".

⁹ Presuda Suda BiH br. X-KŽ-07/436 od 16.12.2010.godine.

¹⁰ Iskaz osumnjičenog ispitanog uz upotrebu sile, prijetnje, prevare, narkotika ili drugih sredstava koja mogu uticati na slobodu odlučivanja i izražavanja volje (član 91. stav 3. ZKP FBiH / član 77. stav 3. ZKP BiH), iskaz osumnjičenog ispitanog protivno odredbama člana 92. ZKP FBiH / 78 ZKP BiH (član 92. stav 6. ZKP FBiH / član 78. stav 6. ZKP BiH), iskaz lica koje ne može biti saslušano kao svjedok (član 96. stav 2. ZKP FBiH / član 82. stav 2. ZKP BiH), iskaz lica koje može odbiti svjedočenje, a nije na to upozoreno ili se nije izričito odreklo tog prava ili to upozorenje i odricanje nije uneseno u zapisnik (član 97. stav 4. ZKP FBiH / član 83. stav 4. ZKP BiH), iskaz oštećenog o njegovom seksualnom životu prije izvršenja krivičnog djela (član 100. stav 5. ZKP FBiH / član 86. stav 5. ZKP BiH), nalaz i mišljenje vještaka kad je za vještaka određeno lice koje ne može biti saslušano kao svjedok ili lice koje je oslobođeno dužnosti svjedočenja ili lice prema kojem je krivično djelo učinjeno (član 112. stav 1. ZKP FBiH / član 98. stav 1. ZKP BiH), dokaz pribavljen postupanjem koje je protivno odredbama člana koji određuje tjelesni pregled i druge radnje nad osumnjičenim, odnosno optuženim i drugim osobama (član 123. stav 5. ZKP FBiH / član 109. stav 5. ZKP BiH), podaci i dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama koje su preduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom (član 135. ZKP FBiH / član 121. ZKP BiH).

¹¹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 009103 14 Kž od 04.06.2015. godine, Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026508 16 Kž od 15.12.2016. godine, u kojem se navodi: "...potrebno je i da sudska odluka sadrži prikaz te ocjene, odnosno, konkretne razloge zbog kojih sud smatra da je povreda određene zakonske odredbe pri pribavljanju ili izvođenju određenog dokaza rezultirala nezakonitošću dokaza u smislu člana 11. stav 2. ZKP FBiH. Drugim riječima, potrebno je određeno navesti koju povredu osnovnih ljudskih prava i zbog čega predstavlja kršenje određene zakonske odredbe pri preduzimanju pojedinih radnji dokazivanja, odnosno, zašto sud smatra da je određeni dokaz pribavljen bitnim, odnosno, suštinskim povredama odredaba ZKP FBiH usljed čega se na tako pribavljenom dokazu ne može zasnivati sudska odluka...".

Prilikom ocjene da li su određeni drugi dokazi „plod otrovne voćke, „...moralo bi se utvrditi da li se zaista radi o derivativima nezakonitih dokaza (i to u cjelini ili djelimično), ili su to samostalni dokazi, do kojih su istražni organi mogli doći i na drugi način, a ne isključivo temeljem rezultata onih dokaza koje sud cijeni nezakonitim.”¹² Pri tome, nužno je pronaći ravnotežu između ovih suprotstavljenih zahtjeva i obaveza, kao i da sudovi, kroz čiju praksu se ovaj institut razvija, pažljivo odvagaju težinu učinjene povrede i njen značaj u kontekstu konkretnog krivičnog djela o kojem se raspravlja.

U sudskoj praksi se pojavilo pitanje da li sud može i treba odlučivati o zakonitosti dokaza u fazi koja prethodi potvrđivanju optužnice, ukoliko je podnesen prigovor od strane odbrane na zakonitost dokaza u fazi istrage. Ustavni sud BiH je u kontekstu razmatranja navoda aplikanata da imaju saznanja o nedostacima vezanim za provođenje posebnih istražnih radnji zauzeo stav da, sami po sebi, to nisu argumenti koji bi ukazivali na to da su povrijeđena prava apelanata garantovana članom 5. stav 4. EKLJP¹³, te da su pitanja koja se odnose na zakonitost dokaza predmet ocjene sudova u odluci prilikom rješavanja eventualnih prigovora na optužnicu i odluke o meritumu stvari¹⁴. S druge strane, Vrhovni sud FBiH je stanovišta da se pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih provođenjem posebnih istražnih radnji može i treba cijiniti i u ranijim fazama, s obzirom na to da je takva mogućnost izričito predviđena zakonom¹⁵.

¹² Presuda Suda BiH br. S1 2 K 015384 14 K 14.09.2016. godine

¹³ Član 5. stav 4. EKLJP glasi: “Svako kome je uskraćena sloboda hapšenjem ili lišavanjem slobode ima pravo uložiti žalbu sudu kako bi sud, u kratkom roku, razmotrio zakonitost lišavanja slobode i ukoliko ono nije bilo zakonito, naložio oslobađanje.”

¹⁴ Odluka Ustavnog suda BiH broj AP-591/11 od 7.04.2011. godine („Službeni glasnik BiH“, br. 41/2011), navodi: “...U pogledu navoda apelanata da imaju saznanja o nedostacima vezanim za provođenje posebnih istražnih radnji, zbog čega traže da im se dostave naredbe Suda BiH, Ustavni sud smatra da sami po sebi to nisu argumenti koji bi ukazivali na to da su povrijeđena prava apelanata garantovana članom 5. stav 4. EKLJP. Naime, pitanja koja se odnose na zakonitost dokaza su pitanja koja će biti predmet ocjene sudova u odluci prilikom rješavanja eventualnih prigovora na optužnicu i odluke o meritumu stvari.”

¹⁵ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 024765 16 Kž 6 od 10.08.2016. godine u kojem je navedeno: „Pogrešno je pozivanje prvostupanjskog suda na pravno stajalište iz odluke Ustavnog suda BiH u predmetu AP 5542/15 od 17. 02. 2016. godine, po kojem pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja, nije pitanje koje potpada pod ranije navedenu odredbu EKLJP i da isto može biti predmet eventualnog ispitivanja u daljnjem toku predmetnog kaznenog postupka... U svojoj odluci Ustavni sud se određuje u odnosu na minimalne garancije koje osobi koja je lišena slobode pruža EKLJP i tu odluku treba promatrati sa tog aspekta. Kroz raniju analizu važećeg procesnog zakona (domaći zakon) je jasno naglašeno da se, u skladu sa odredbom člana 133. stav 3. ZKP FBiH, zakonitost pribavljenih dokaza može cijiniti u fazi istrage, odnosno, u vrijeme njihovog pribavljanja.”

2.2. Primjeri različite sudske prakse

2.2.1. Prihvatljivost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u drugoj državi

Cijeneći da način izvršenja krivičnih djela korupcije i organizovanog kriminala sve češće uključuju transnacionalni element, realno je očekivati da će se pitanje validnosti, odnosno, razmatranja zakonitosti i korištenja dokaza pribavljenih od strane druge države, sve češće pojavljivati pred sudovima u BiH. Ovo se posebno odnosi na dokaze prikupljene o istom ili vezanim činjeničnim događajima u periodu koji prethodi pokretanju istrage pred nadležnim tužilaštvima u BiH.

Tako, u predmetu organizovanog kriminala, prilikom ocjene prigovora odbrane na zakonitost određenih dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama druge države u odnosu na organizatora grupe, Sud BiH je prihvatio ove dokaze primjenom testa srazmjernosti ciljeva, procjenjujući da je, u konkretnom slučaju, prevagnuo javni interes da država osigura efikasan krivični progon u odnosu na interes pojedinca u kontekstu zaštite njegovih ljudskih prava¹⁶. Sud BiH je zauzeo sličan stav i u drugim predmetima¹⁷.

U drugom slučaju, u postupku pokrenutom protiv dva lica zbog krivičnog djela pranja novca¹⁸, Okružni sud u Banjaluci prihvatio je i cijenio zakonitim dokaze pribavljene posebnim istražnim radnjama od strane organa Republike Srbije, u okviru krivične istrage protiv više lica, pri čemu su na osnovu prijedloga nadležnog tužilaštva i naredbe suda u toj državi prikupljeni dokazi i u odnosu na lica za koja je pokrenut krivični postupak u BiH. Prikupljeni dokazi su predati na osnovu molbe

¹⁶ Presuda Suda BiH br. S1 2 K 015384 14 K 14.09.2016. godine. U presudi se navodi: „...kao test za prihvatljivost ovih dokaza vijeće je uzelo princip srazmjernosti ciljeva. Sud smatra da u konkretnom slučaju više okolnosti podržava težnju društva da se zaštiti od organizovanog kriminala, nego težnju da se zaštite pojedinačna prava građana. Odluka o tome na kojim se dokazima ne može temeljiti presuda uvijek se zasniva na vaganju dvaju interesa koji imaju rang ustavnih načela. S jedne je strane zaštita temeljnih ljudskih prava i prava odbrane, koja državni organi kao i građani moraju poštovati prilikom prikupljanja dokaza, a koja imaju međunarodnopravni i ustavnopravni karakter. S druge je strane obaveza države na djelotvoran progon, odnosno, na prevenciju krivičnih djela i kažnjavanje učinilaca. Treba podsjetiti da je obaveza države na efikasan krivični progon u okviru Vijeća Evrope razvijena kao međunarodna pravna obaveza.

¹⁷ Naprimjer, presuda Suda BiH br. X-Kž-07/329 od 10.07.2008. godine.

¹⁸ Lica su optužena zbog krivičnog djela Pranje novca iz člana 280. stav 4. u vezi sa stavom 1. i 3. Krivičnog zakona Republike Srpske, odnosno, u odnosu na drugooptuženog zbog krivičnog djela Pranja novca iz člana 280. stav 5. u vezi sa stavom 1. i 3. tadašnjeg Krivičnog zakona Republike Srpske.

za pružanje međunarodne pravne pomoći upućene putem Ministarstva pravde BiH nadležnim pravosudnim institucijama Republike Srbije¹⁹ i korišteni u krivičnom postupku. Odlučujući po žalbi u ovom predmetu, Vrhovni sud RS ukinuo je presudu cijeneći da je prvostepena presuda donesena na osnovu ovih dokaza koji se, prema stajalištu tog Suda, ne mogu smatrati zakonitim s obzirom na to da posebne istražne radnje nisu bile provedene na osnovu prethodne zamolnice nadležnih organa u BiH za međunarodnu pravnu pomoć²⁰. U konkretnom predmetu, u ponovljenom postupku Okružni sud je ostao kod svog stava da su dokazi pribavljeni na ovaj način zakoniti i cijenio ih u odnosu na druge provedene dokaze, te donio osuđujuću presudu. U ponovnom žalbenom postupku, Vrhovni sud RS je odbio žalbe odbrane, odnosno, djelimično uvažio žalbu u odnosu na jedno lice, na način da je preinačio visinu kazne. Sud ovom prilikom nije ponovo cijenio zakonitost navedenih dokaza, smatrajući to pitanje riješenim, te je zauzeo stav da je činjenica udruživanja optuženih utvrđena na osnovu drugih provedenih dokaza.

Za razliku od prethodnog slučaja, u predmetu protiv jednog lica zbog krivičnog djela Otmica u sticaju sa krivičnim djelom Teško ubistvo²¹, nije dovedena u pitanje zakonitost dokaza prikupljenih od strane nadležnih organa druge države u postupku koji je vođen pred tim organima, te pribavljenih za potrebe krivičnog postupka u BiH putem međunarodne pravne pomoći. Okružni sud u Banjaluci ocijenio je takve dokaze zakonitim, izvedeni su dokazi Naredba o preduzimanju posebnih istražnih radnji Okružnog suda u Beogradu, kao i preslušavanjem CD medija sa pratećim transkriptima tonkih zapisa i SMS poruka.²² Ovom presudom optuženi je oglašen krivim i osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 27 godina. Odlučujući po žalbama

¹⁹ “Službeni list Bosne i Hercegovine“ br. 11/2005 i 8/2020 – Međunarodni ugovori.

²⁰ Rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske br. 11 0 K 006949 12 Kž 8 od 11.12.2012. godine. Sud zaključuje da za valjanost procesne radnje izvršene u Republici Srbiji, dakle u drugoj državi, mora biti ispunjen uslov da je provođenje takve radnje zatraženo zamolnicom organa države moliteljice, u ovom slučaju zamolnicom Specijalnog tužilaštva Banjaluka, upućene Tužilaštvu Republike Srbije, s molbom da to tužilaštvo predloži sudu pred kojim postupa izdavanje naredbe za provođenje posebne istražne radnje Tajni nadzor komunikacije, u ovom slučaju telefonskih razgovora i SMS poruka koje je lice prema kojem se izdavanje takve naredbe traži ostvarivalo sa drugim licima, a za potrebe krivičnog postupka koji se vodi u Republici Srpskoj. U rješenju se navodi da je Specijalno tužilaštvo Banjaluka zatražilo transkripte presretnutih telefonskih razgovora od Tužilaštva za organizovani kriminal Republike Srbije, a da nije zatraženo zamolnicom da nadležno tužilaštvo u Republici Srbiji zatraži od suda pred kojim postupa izdavanje naredbe za praćenje telefonskih razgovora optuženog i drugih lica protiv kojih se vodi krivični postupak u Republici Srbiji.

²¹ Član 165. stav 2. u vezi sa stavom 1. i član 149. stav 1. tačka 2) tadašnjeg KZ RS.

²² Presuda Okružnog suda u Banjaluci br. 11 0 K 003556 10 K od 23.07.2010. godine

optuženog i njegovog branioca izjavljenim na predmetnu presudu, Vrhovni sud Republike Srpske Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala donio je presudu²³ kojom se, kao neosnovane, odbijaju predmetne žalbe i potvrđuje prvostepena presuda.

U kontekstu ujednačavanja sudske prakse, pitanje koje je potrebno postaviti jeste: Da li sud i pod kojim uslovima sud može prihvatiti kao zakonite dokaze prikupljene posebnim istražnim radnjama od strane organa druge države, u skladu sa zakonom te države, pribavljene od strane tužilaštava u BiH putem međunarodne pravne pomoći u slučaju kada nije moguće provesti iste dokaze ponovo? Ovo je naročito značajno u slučaju kada je postupanje organa druge države prethodilo pokretanju krivičnog postupka pred organima u BiH.

2.2.2. Dobrovoljna predaja dokaza

Dobrovoljna predaja, kao jedan od načina prikupljanja dokaza nije prepoznata u ZKP FBiH i ZKP BiH, ali, također, zakoni ne zabranjuju takav način pribavljanja dokaza. Novi ZKP RS propisuje dobrovoljnu predaju kao jedan od načina pribavljanja dokaza²⁴. U praksi se javljaju situacije u kojima lica, najčešće oštećeni, odnosno, njegov zastupnik, ili podnosilac krivične prijave, uz prijavu ili u vezi s njom, direktnom predajom na protokol, putem pošte ili slično, dostavljaju određene dokaze tužiocu ili agenciji za provođenje zakona, ili se određeni dokazi prilažu prilikom davanja izjave (bilo u svojstvu svjedoka ili osumnjičenog).

U slučajevima kada je dobrovoljna predaja dokaza spontana, samoinicijativna i dobrovoljna, u sudskoj praksi preovlađuje stav da nedostatak naredbe suda, *per se*, ne predstavlja osnov za ocjenu takvih dokaza nezakonitim. Naprimjer, Vrhovni sud FBiH u jednoj od svojih odluka navodi:

„U konkretnom slučaju su u pitanju dokazi koje je predsjednica Općinskog suda u ___ dostavila uz izvještaj o počinjenju predmetnih

²³ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 003556 11 Kž od 10.02.2011. godine.

²⁴ Član 130a) ZKP RS („Službeni glasnik RS“, br. 15/2021) glasi:” Lice koje drži predmete iz člana 129. stav 1. ovog zakona može dobrovoljno predati predmete, o čemu će mu se izdati potvrda o dobrovoljnoj predaji, a predmeti će se deponovati u sud ili će sud na drugi način na osnovu sudske odluke obezbijediti njihovo čuvanje.”

kaznenih djela. Upravo ova okolnost da je sporna dokumentacija dostavljena dobrovoljno, bez prethodnog traženja istražnih organa, pri čemu je Općinski sud u __ spornu financijsku dokumentaciju na odgovarajući način popisao, ni po nalaženju ovog suda ne opravdava žalbeni prigovor braniteljice da se radi o dokazima koji su pribavljeni na nezakonit način i da se kao takvi u provedenom postupku nisu mogli koristiti. Samo u slučaju da je sud odbio dostavljanje financijske dokumentacije koja ima značaj za predmetni kazneni postupak istu bi po zahtjevu nadležnog tužiteljstva trebalo oduzeti uz izdavanje odgovarajuće naredbe.“²⁵

Sličan stav izražen je u presudi Okružnog suda u Banjaluci Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala²⁶ donesenoj u krivičnom predmetu koji je kategoriziran kao predmet visokog nivoa korupcije, u postupku protiv više optuženih lica zbog krivičnog djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja i krivičnog djela Nesavjestan rad u službi. U ovom predmetu, odbrana je isticala da su svi materijalni dokazi optužbe nezakoniti jer je, između ostalog, sve materijalne dokaze tužilaštvo izuzelo iz akcionarskog društva bez naredbe sudije za prethodni postupak. U obrazloženju presude sud zauzima stav da su prigovori odbrane neosnovani, jer u konkretnom slučaju nije ni postojala potreba za izdavanjem naredbe sudije za prethodni postupak za privremeno oduzimanje predmeta. Sud zaključuje da je izdavanje takve naredbe neophodno samo u situacijama kada se trebaju primijeniti sredstva prinude, odnosno, kada se lica protive oduzimanju predmeta ili se osnovano očekuje da lica neće dobrovoljno predati predmete, da će ih sakriti ili uništiti, što u ovom predmetu nije bio slučaj... Vrhovni sud RS potvrdio je ovaj stav prvostepenog suda.²⁷

S druge strane, postoje određene razlike u sudskoj praksi u pogledu ocjene zakonitosti/nezakonitosti dokaza ukoliko je isti dobrovoljno predat na zahtjev tužilaštva, bez naredbe suda. Primjer ocjene takvog dokaza zakonitim je prethodno opisana presuda Okružnog suda u

²⁵ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 07 0 K 005678 12 Kž od 16.04.2014. godine.

²⁶ Presuda Okružnog suda u Banjaluci Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 0 11 0 K 08000007 P od 01.07.2010. godine. Vrhovni sud RS u Posebnom vijeću za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala donio je presudu br. 11 0 K 000679 10 Kž od 28.04.2011. godine kojom su kao neosnovane odbijene žalbe tužioca, optuženih i njihovih branilaca i potvrđena prvostepena presuda.

²⁷ Ibid. fusnota 40.

Banjaluci²⁸ u kojoj su odbijeni prigovori odbrane da su materijalni dolazi nezakoniti, između ostalog, zbog činjenice da su dokazi optužbe dobrovoljno predati od strane akcionarskog društva na zahtjev tužilaštva kao i drugih organa i ustanova, te da je na isti način i odbrana pribavila svoje dokaze. U drugom predmetu, Općinski sud u Sarajevu odbio je potvrditi optužnicu, ocjenjujući dokaze dobrovoljno predate na zahtjev tužioca nezakonitim. U svojoj odluci Sud navodi:

„...Sudija za prethodno saslušanje smatra da su svi dokazi koji su navedeni u okviru materijalne dokumentacije nezakonito pribavljeni od strane Kantonalnog tužilaštva Sarajevo iz razloga jer predmetna dokumentacija nije izuzeta od Opštine ...na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak, niti je uopšte vršena sudska kontrola i nadzor nad zakonitošću izuzimanja dokaza, već je dokumentacija pribavljena na način da je tužilaštvo samoinicijativno tražilo od Opštine...da dostavi dokaze.... Član 45. ZKP-a F BiH stav 2. tačka d) daje ovlast tužiocu da samo zahtjeva dostavljanje informacija od državnih tijela, preduzeća, pravnih i fizičkih osoba u Federaciji, što ne uključuje pravo tužioca da može da izuzme određenu dokumentaciju od nekog pravnog lica bez nadzora i odobrenja sudije za prethodni postupak....“²⁹

Okružni sud u Banjaluci³⁰ je, odbijajući kao neosnovan prigovor odbrane o nezakonitosti materijalnih dokaza pribavljenih dobrovoljno bez naredbe suda, ocijenio neosnovanim i navode prigovora da su dokazi nezakoniti i zbog činjenice da nakon izuzimanja materijalnih dokaza isti nisu predati sudiji za prethodni postupak i da nisu čuvani u depozitu suda, te da nije održano ročište radi otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije. U presudi, koja je potvrđena od strane Vrhovnog suda RS, sud zaključuje da, pošto predmeti nisu oduzeti po naredbi sudije za prethodni postupak, ne postoji obaveza da se isti predaju i čuvaju u sudu niti je obavezno održavanje ročišta za otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije.

Sa druge strane, Vrhovni sud FBiH u jednoj od svojih odluka navodi:

“... nesporno je, da je, ...sačinjen zapisnik o dobrovoljnoj predaji predmeta. Oduzimanje navedenog predmeta učinjeno je nakon

²⁸ Ibid. fusnota 40.

²⁹ Rješenje Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 K 743058 18 Kps od 31.01.2019. godine

³⁰ Ibid. fusnota 40.

završenog očevida na licu mjesta, pa s obzirom na to, po ocjeni ovog suda zapisnik o privremenom oduzimanju ne sadrži sve ono što propisuje odredba člana 79. stav 8. ZKP F BiH. Naime, po navedenoj zakonskoj odredbi procesnog zakona bez obzira na način privremenog oduzimanja predmeta (dobrovoljnom predajom ili prinudnim oduzimanjem), o privremenom oduzimanju mora se sačiniti zapisnik, te izdati potvrdu o privremenom oduzimanju. Zapisnik mora sadržavati podatke o tome gdje je predmet pronađen, tačan opis oduzetog predmeta, po potrebi i druge podatke koji će osigurati utvrđivanje njegove istovjetnosti. Opis predmeta unosi se i u potvrdu o privremenom oduzimanju. I u ovoj situaciji, osobi od koje je predmet privremeno oduzet mora se izdati potvrda o tome... u spisu predmeta ne nalazi se zapisnik niti bilo kakav drugi dokumenat, koji bi ukazivao da je, nakon privremenog oduzimanja navedenog predmeta od vlasnika od strane ovlaštenih službenih osoba, postupljeno u skladu sa članovima 84. i 85. ZKP F BiH, kojim je propisano da se privremeno oduzeti predmeti pohranjuju u sudu ili sud na drugi način osigurava njihovo čuvanje, te da otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije vrši tužitelj, koji je po otvaranju privremeno oduzetih predmeta i dokumenata dužan obavijestiti osobu od koje su predmeti oduzeti, suca za prethodni postupak i branitelja. Kako u konkretnom slučaju nije postupljeno na taj način, odnosno, kako su nakon privremenog oduzimanja predmeta prekršene navedene zakonske odredbe koje se odnose na postupanje sa privremeno oduzetim predmetima, to je, i po ocjeni ovog suda pravilan zaključak nižestepenog suda da je navedeni dokaz nezakonit i da se na njemu ne može zasnivati odluka suda.”³¹

Iz navedenih primjera sudske prakse, u situaciji kada se primjenjuju istovrsne i gotovo identične zakonske odredbe, proizilazi potreba usaglašavanja sudske prakse, naročito u pogledu sljedećih pitanja: 1) Ocjena zakonitosti dokaza dostavljenog na zahtjev tužioca, bez sudske naredbe; 2) Usaglašavanje prakse izrade zapisnika i potvrde o privremenom oduzimanju predmeta, 3) Obaveza obavješćavanja osobe od koje su oduzeti predmeti o otvaranju predmeta, kao i suca za prethodni postupak i branitelja, te 4) Predaja dokaza sudu.

³¹ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 010760 13 Kž 2 od 03.10.2013. godine.

2.2.3. Nedostatak zabilješke o usmenom zahtjevu za donošenje naredbe o pretresu prostorija, osoba i stvari

Nacionalno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, konkretno, krivično i krivično-procesno zakonodavstvo, pruža u značajnoj mjeri zaštitu fizičkog integriteta osoba. Naime, ZKP na svim nivoima³² kojima su normirane radnje pretresa osoba, predviđaju da se pretres osobe može preduzeti kada je vjerovatno da je ta osoba počinila krivično djelo, odnosno, da će se pretresanjem pronaći predmeti ili tragovi važni za krivični postupak, te je predviđeno da pretresanje osoba obavlja osoba istog spola³³. Odredbama navedenih zakona propisan je postupak pretresa za koji je predviđeno izdavanje naredbe za pretresanje, u pravilu pismene naredbe, te usmene kao izuzetak, sadržaj naredbe, vrijeme izvršenja, postupak izvršenja naredbe za pretresanje, obaveze ovlaštenih lica³⁴. ZKP na svim nivoima na približno jednak način propisuju pitanje pretresa bez naredbe i bez prisustva svjedoka i ograničavaju ga na situacije kada se radi o izvršenju naredbe za dovođenje, prilikom lišavanja slobode, ako postoji sumnja da osoba posjeduje vatreno ili hladno oružje i ako postoji sumnja da će sakriti, uništiti ili riješiti se predmeta koje treba od njega oduzeti i upotrijebiti kao dokaz u krivičnom postupku. Također, propisuju i obavezu ovlaštenih službenih lica, kao i tužitelja, tj. da ovlaštena službena osoba mora, poslije izvršenog pretresanja bez naredbe, odmah tužiocu podnijeti izvještaj u kojem će navesti razloge zbog kojih je obavljeno pretresanje bez naredbe. Tužilac će o tome odmah obavijestiti sudiju za prethodni postupak³⁵.

Primjena ove mjere, pokreće određena pitanja u vezi sa miješanjem u pravo na privatni život osoba prema kojima se ova mjera primjenjuje. Prema mišljenju Evropskog suda, privatni život predstavlja široki koncept, kojem je nemoguće dati konačnu definiciju³⁶. Evropski sud za ljudska prava je, u predmetu X i Y protiv Holandije (X i Y protiv Holandije, presude od 26. marta 1985. godine, stav 22) zaključio da je

³² Zakon o krivičnom postupku BiH, Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, Zakon o krivičnom postupku RS i Zakon o krivičnom postupku DBiH.

³³ Član 52. stav 1. i 2. ZKP BiH, član 116. stav 1. i 2. ZKP RS, član 66. stav 1. i 2. ZKP FBiH i član 52. stav 1. i 2. ZKP Brčko Distrikta BiH.

³⁴ Članovi 53-64 ZKP BiH, članovi 117-128 ZKP RS, članovi 67-78 ZKP FBiH, članovi 53-64 ZKP BD.

³⁵ Član 64. stav 1., 2. (tačke a, b, c i d) i 3. ZKP BiH, član 128. stav 1., 2. (tačke a, b, v i g) i 3. ZKP RS, član 78. stav 1., 2. (tačke a, b, c i d) i 3. ZKP FBiH i član stav 1., 2. (tačke a, b, c i d) i 3. ZKP Brčko Distrikta BiH.

³⁶ Costello-Robets protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 25. marta 1993. godine, stav 36.

privatni život koncept koji obuhvata fizički i moralni integritet osobe, uključujući i njen seksualni život.

Općinski sud u Sarajevu je, na osnovu člana 299. tačka c) ZKP FBiH, oslobodio od optužbe optuženog K.N. da je počinio krivično djelo Neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga³⁷, nakon što je ocijenio nezakonitim dokaze prikupljene na osnovu usmeno podnesenog zahtjeva tužioca i naredbe koju je podnosilac zahtjeva izradio u skladu sa članom 72. ZKP FBiH, a zatim informisao sudiju za prethodni postupak³⁸, jer sudija za prethodni postupak nije zabilježio tok usmenog razgovora sa nadležnim tužiocem, iako je bio dužan to učiniti u skladu sa članom 70. ZKP FBiH³⁹. Sud je zaključio:

“... S tim u vezi sud ukazuje na odredbu člana 11. stav 3. ZKPFBiH kojom je propisano da sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima koji su dobijeni na osnovu dokaza iz stava 2. istog člana. Dakle, pravno nevaljan je i onaj dokaz koji je pribavljen na dozvoljen način, odnosno na zakonit način, ali se za taj dokaz saznalo iz dokaza koji je izvorno pribavljen na nezakonit način. Navedeno se prvenstveno odnosi na Nalaz i mišljenje vještačenja FUP Sarajevo, broj: 09-18/2-04-5-1176 od 13.03.2018. godine, sačinjeno po vještaku K.N. (hemijsko vještačenje materije).“

Kantonalni sud u Sarajevu, odlučujući u žalbenom postupku u istom predmetu, djelimično je uvažio žalbu kantonalne tužiteljice, te ukinuo presudu Općinskog suda u Sarajevu i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje⁴⁰.

Iz obrazloženja:

„U pobijanoj presudi se navodi da „tužilaštvo nije dostavilo dokaz o postupanju suda u skladu sa odredbom člana 70. stav 2. ZKP FBiH, a iz dopisa Kantonalnog suda u Sarajevu od 17.05.2019. godine i od 14.05.2019. godine proističe da službena zabilješka u skladu sa odredbom člana 70. stav 2. ZKP FBiH nije sačinjena kao materijalni dokument“. Nakon toga, prvostepeni sud zaključuje da oduzeti predmeti od optuženog predstavljaju nezakonite dokaze, kao i

³⁷ Član 238. stav 1. KZ FBiH.

³⁸ U skladu sa članom 71. stav 2. ZKP FBiH.

³⁹ Presuda br. 65 0 K 725670 18 K od 27.05.2019. godine.

⁴⁰ Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 K 725670 19 Kž od 24.09.2020. godine.

ostali dokazi koji proizilaze iz navedenog dokaza i to samo zato što prvostepeni sud zaključuje da službena zabilješka sudije za prethodni postupak istog suda, ne predstavlja materijalni dokument u smislu člana 70. stav 2. ZKP FBiH. Dovodeći u vezu citiranu odredbu člana 70. stav 2. ZKP FBiH sa zaključkom prvostepenog suda, ovaj sud smatra da prvostepeni sud u konkretnom slučaju navedenu odredbu Zakona tumači usko, formalno i bez suštinske analize. Prije svega, važno je naglasiti da kontrolu provođenja radnji dokazivanja tokom istrage od strane tužioca, u zakonom propisanim uvjetima vrši nadležni sud, što se i desilo u konkretnom slučaju. To znači da je od ključne važnosti da je kontrola od strane suda vršena te da tužilaštvo, odnosno, drugi ovlašteni organi koji su uključeni u istragu u prikupljanju dokaza, ne zaobilaze sud kada je neophodno da se uključi nadležni sud putem naredbi ili rješenja. Primjena člana 70. ZKP FBiH predstavlja izuzetak kada postoji opasnost od odlaganja, te je nužan usmeni zahtjev za izdavanje naredbe za pretresanje, koji se može usmeno saopćiti sudu. Dalji tok razgovora se bilježi od strane suda, ali na način kako to odredi sudija za prethodni postupak koji je ovlašten da postupa ispred suda i nema propisanu formu u smislu člana 70. stav 2. ZKP FBiH “u slučaju kada se koristi zvučni ili stenografski zapisnik, zapisnik se u roku od 24 sata mora dati na prijepis...”, što znači da nije obaveza suda da u svakom slučaju radi na taj način, te je očigledno, a što proizilazi iz spisa, da je sudija za prethodni postupak potvrdio da je blagovremeno obaviješten o usmenoj naredbi za pretres i kasnije o izvještaju o pretresu. Iz zaključka prvostepenog suda, zapravo, proizilazi da je sudija koji je vodio glavni pretres prema navedenom optuženom, proglasio kao nezakonitu radnju sudije za prethodni postupak istog suda, tj. da je postupljeno u suprotnosti sa članom 70. stav 2. ZKP FBiH, što predstavlja po ocjeni ovog suda, pretjerano usko tumačenje citirane odredbe zakona, kao što je već navedeno. Pored toga, prvostepeni sud potkrepljujući svoj zaključak o nedokazanosti izvršenja krivičnog djela od strane optuženog, citira odluku Vrhovnog suda FBiH broj: 07 0 K 003793 11 Kžk od 03.11.2011. godine, ali bez dovođenja u vezu konkretnog slučaja sa citiranom odlukom suda, tako da je u tom pravcu ostalo nejasno iz kojih razloga se citirana odluka Vrhovnog suda dovodi u vezu sa pobijanom presudom“.

Ovakav stav nije podržan od strane Vrhovnog suda FBiH. Prema stajalištu tog suda nije sporno da je odredbom člana 70. i 71. ZKP FBiH

predviđena mogućnost da se naredba o pretresanju može donijeti i na osnovu usmenog zahtjeva, međutim, navedeni postupak predstavlja izuzetak od redovne procedure izdavanja naredbe za pretres i to u određenim vanrednim situacijama kada postoji opasnost od odlaganja i upravo u takvoj situaciji, zbog redukcije uloge suda pri izvođenju navedene radnje je zakonom propisana vrlo formalna procedura postupanja prilikom izdavanja naredbe za pretres na osnovu usmenog zahtjeva. Stoga je, u takvoj situaciji kada je ovlaštena službena osoba podnijela usmeni zahtjev za pretresanje, sudija za prethodni postupak shodno odredbi člana 70. stav 2. ZKP FBiH bio u obavezi da daljnji tok razgovora zabilježi, kao i da je podnositelj usmenog zahtjeva za pretres bio u obavezi da sam sastavi naredbu i sadržaj iste u cijelosti pročita sudiji za prethodni postupak, koja procedura nije ispoštovana, što istu čini manjkavom. Drugačije postupanje bi zasigurno dovelo do povrede prava zagwarantovanih članom 8. EKLJP⁴¹.

U kontekstu EKLJP, ovaj stav je potvrđen u nizu odluka Ustavnog suda BiH⁴². Postupajući po apelacijama usmjerenim na povredu člana 6. EKLJP (apelacije nakon donošenja presuda), Ustavni sud BiH je našao da istovjetan propust (propust sudije za prethodni postupak, da pri izdavanju usmene naredbe za pretresanje zabilježi dalji tok razgovora) predstavlja kršenje prava na pravično suđenje, ocjenivši da iako su apelanti imali mogućnosti pobijati tako prikupljene dokaze i protiviti se njihovoj upotrebi, tako prikupljeni dokazi nemaju potrebnu kvalitetu da se na njima mogu zasnivati sudske odluke.

2.2.4. Sadržajni kvalitet naredbe

Praksa sudova pokazuje da naredbe za izvršenje određene radnje dokazivanja, osim postojanja osnova sumnje za počinjenje nekog krivičnog djela i formalnog izdavanja takve naredbe od strane suda, zahtjeva i njen određeni sadržajni kvalitet, kao i kvalitet radnji provedenih povodom njene realizacije. Sadržaj kvaliteta naredbe se provjerava kako od strane redovnih sudova, tako i pred Ustavnim sudom BiH, u kontekstu ispitivanja eventualnih povreda ljudskih prava zaštićenih EKLJP, u postupku pokrenutom od strane apelanta.

⁴¹ Rješenje Vrhovnog suda Federacije br. 64 0 K 034106 18 Kžž od 26.02.2019. godine.

⁴² Naprimjer, vidjeti odluke Ustavnog suda BiH u predmetima AP-291/08, AP-3364/10, AP-4382/12.

U sudskoj praksi uglavnom preovladava stav da nedostatak obrazloženja u naredbi, povlači nezakonitost pribavljenog dokaza. Ipak, ni sve sudske odluke ne povode se isključivo aktuelnim preovladavajućim stavom. Tako je Kantonalni sud u Sarajevu, odlučujući o žalbenom prigovoru u odnosu na odluku Općinskog suda u Sarajevu u kojem se poziva na analognu praksu Vrhovnog suda FBiH i Suda BiH⁴³, odbio žalbene prigovore da su nezakoniti dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama na osnovu naredbe koja nije obrazložena, navodeći:

“... Prije svega, važno je naglasiti da odluke sudova u BiH, uključujući i Vrhovni sud FBiH, ne predstavljaju izvor prava u skladu sa Ustavom BiH, osim u slučaju kada se radi o odlukama Ustavnog suda BiH koji prati praksu Evropskog suda za ljudska prava u primjeni Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Što se tiče prigovora branioca u vezi pomenutog nezakonitog dokaza, u žalbi se ne obrazlaže u čemu se sastoji nezakonitost citirane naredbe Općinskog suda u Sarajevu i na koji način je ista naredba utjecala na sve provedene dokaze pred prvostepenim sudom tj. kako je ista naredba povezana sa dokazima da bi se dovelo u pitanje zakonitost dokaza i to samo zato što u naredbi, po tvrdnji branioca optuženih, nisu navedeni razlozi o potrebi provođenja posebnih istražnih radnji. Odredbom člana 135. ZKP FBiH propisano je da ako su radnje iz člana 130. tog zakona preduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može zasnivati svoju odluku. Dakle, kada je riječ o posebnim istražnim radnjama, ZKP FBiH propisuje izričito da su nezakoniti dokazi oni koji su pribavljeni posebnim istražnim radnjama koje su preduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom. Iz tog razloga, samo na činjenici da naredba suda po tvrdnji branioca ne sadrži sve što je bilo potrebno u smislu člana 130. stav 1. i 132. stav 1. ZKP FBiH, ne može biti osnovana tvrdnja branioca da su rezultati posebnih istražnih radnji nezakonit dokaz. U protivnom, to bi značilo da povreda bilo koje odredbe ZKP FBiH prilikom pribavljanja ili izvođenja bilo kojeg dokaza ima za posljedicu nezakonitost tog dokaza, odnosno, nemogućnost zasnivanja sudske odluke na tom dokazu. Za donošenje zaključka da li je povreda neke odredbe ZKP FBiH pri pribavljanju ili izvođenju nekog dokaza rezultirala nezakonitošću takvog dokaza u smislu člana 11. stav 2. ZKP

⁴³ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 024765 16 Kž 11 od 11.11.2016. godine i Suda BiH br. S1 2 K 017854 15 K od 07.04.2016. godine.

FBiH, kako to tvrdi branilac u žalbi, potrebno je cijeliti smisao i cilj te odredbe, značaj propusta da se postupi u skladu sa tom odredbom, što je eventualno imalo za rezultat povredu osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i uticaj tog propusta na osnovna načela krivičnog postupka, što je branilac optuženih propustio obrazložiti u žalbi⁴⁴.

U kontekstu procjene da li nedostatak odgovarajućeg obrazloženja u naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji dovodi do povrede ljudskih prava, a time i situacije u kojoj se presuda ne može zasnivati na dokazima provedenim u skladu sa takvom naredbom, ESLJP je dao jasan stav u predmetu Dragojević protiv Hrvatske od 15. januara 2015. godine. ESLJP je utvrdio da nalozi za korištenje mjera tajnog nadzora nisu bili odgovarajuće obrazloženi, nego „paušalno“ i „sadržavalo samo uopštene formulacije bez konkretizacije činjenica koje opravdavaju korištenje mjera“. ESLJP je nesporno utvrdio da su prisluškivanje telefonskih razgovora i tajni nadzor predstavljali zadiranje u prava iz člana 8. Da bi zadiranje u ta prava bilo „u skladu sa zakonom“, isti mora zadovoljiti određene kvalitete u vidu dostupnosti i dovoljne preciznosti/jasnosti i predvidljivosti, što u ovom predmetu nije bio slučaj, te je utvrđena povreda člana 8. EKLJP. Nedovoljna obrazloženost rješenja o tajnom nadzoru ne može se nadomjestiti retroaktivnim navođenjem konkretnih razloga u kasnijoj fazi postupka. Posebno je istaknuta činjenica da nalog istražnog sudije nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a posebno razloga zbog kojih se dokazi nisu mogli prikupiti na druge manje nametljive načine.

Prema praksi EKLJP, pojam „razumne jasnoće“ u naredbama za primjenu mjera, podrazumijeva pozivanje na (i analizu) domaćeg pravnog osnova za primjenu mjere i obrazlaganje činjenica i razloga zbog čega ju je nužno primijeniti u odnosu na konkretnog osumnjičenika, i zbog čega se legitiman cilj (prikupljanje dokaza u svrhu otkrivanja teškog krivičnog djela) ne može ostvariti primjenom manje invazibilnih policijskih (dokaznih) metoda (radnji). Razumna jasnoća pretpostavlja “takav skup prezentiranih i obrazloženih činjenica koje objektivno upućuju na nužnost primjene konkretne posebne istražne radnje u konkretnoj situaciji u odnosu na konkretnog okrivljenog”. Zahtjev predvidljivosti u kontekstu kvaliteta zakona kojim se propisuju posebne

⁴⁴ Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 K 652273 18 Kž od 15.05.2019. godine.

istražne radnje, ne može značiti da bi pojedincu trebalo omogućiti da predvidi kad će vlasti vjerovatno pratiti njegove komunikacije kako bi mogao prilagoditi svoje ponašanje. No, zakon mora biti dovoljno jasan da građaninu da adekvatnu naznaku o okolnostima i uslovima pod kojim su javne vlasti ovlaštene da pribjegnju tajnom i potencijalno opasnom miješanju u prava na poštivanje privatnog života i korespondencije⁴⁵.

Također, Ustavni sud BiH je utvrdio povredu prava iz člana 8. EKLJP, jer je naredba za pretresanje sadržavala samo osnove sumnje da je učinjeno krivično djelo, ne i osnove za sumnju da će se prilikom pretresa pronaći određene stvari, tragovi krivičnog djela ili lica. Ustavni sud je smatrao da Naredba za pretresanje mora sadržavati minimum konkretizacije u smislu postojanja razloga koji ukazuju na vjerovatnost da će se prilikom pretresanja pronaći neko (učinitelj ili saučesnik) ili nešto (tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za krivični postupak)⁴⁶.

U drugom predmetu, razmatrajući navode apelanata, carinskih službenika, da su nadzirani i snimani u prostorijama Carinske ispostave kako bi se uopšte utvrdilo postojanje osnova sumnje u odnosu na njih, te da je u naredbama redovnog suda za provođenje posebnih istražnih radnji izostala takva procjena osnova sumnje da su počinili krivično djelo, Ustavni sud BiH je utvrdio da nije povrijeđen član 8. EKLJP. S obzirom na to da su, u konkretnom slučaju, apelanti osuđeni za koruptivna krivična djela i organizovani kriminal, Ustavni sud je razmatrao navode apelanata prema okolnostima slučaja, odnosno težine krivičnog djela u kontekstu borbe protiv najtežih oblika kriminaliteta, uz primjenu i analizu Krivičnopravne konvencije o borbi protiv korupcije od 27. januara 1999. godine i Konvencije UN o borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala koje imaju status dijela domaćeg pravnog sistema. Ustavni sud je naglasio da sprečavanje i otkrivanje korupcije i organizovanog kriminala neosporno predstavlja važan javni interes. Stoga, prema stanovištu tog Suda, određivanje posebnih istražnih radnji radi sprečavanja i otkrivanja tih djela potpada pod zahtjev „nužno u demokratskom društvu“ i ne dovodi u pitanje pravičnu ravnotežu između prava na privatnost i legitimni cilj. U konkretnom slučaju, apelanti su mogli predvidjeti da s obzirom na prirodu krivičnih djela,

⁴⁵ Malone protiv Velike Britanije od 02. avgusta 1984. godine („predvidljivost“ u kontekstu „kvaliteta“ domicilnog zakona).

⁴⁶ Odluka Ustavnog suda BiH o meritumu br. AP-2120/09 od 25. 05. 2012. godine.

za njihovo istraživanje mogu biti određene posebne istražne radnje⁴⁷.

Propust suda da bez odlaganja obavijesti apelante da su protiv njih poduzimane posebne istražne radnje, odmah nakon što su i okončane, u okolnostima konkretnog slučaja nije, prema ocjeni Ustavnog suda BiH, doveo u pitanje zakonitost miješanja u pravo na privatnost apelanata. Radnje su preduzete u kontekstu krivičnog postupka u službi ostvarivanja legitimnog cilja - otkrivanje krivičnog djela i javne vlasti u njihovom preduzimanju nisu prekršile ovlaštenja dodijeljena krivičnim procesnim zakonom. Apelanti su bili upoznati sa materijalom, nije im bila uskraćena mogućnost da ga osporavaju, te su redovni sudovi detaljno ispitali sve tvrdnje o eventualnoj nezakonitosti. Shodno navedenom, Sud je zaključio da, u konkretnom predmetu, nema kršenja prava iz člana 8. EKLJP⁴⁸.

3. Vještačenje

Analiza sudske prakse pokazuje da je vještačenje postalo gotovo redovni dio krivičnog postupka, često dominantan dokaz od kojeg se uvijek mnogo očekuje, ali istovremeno i jedan od razloga dugotrajnosti i neefikasnosti krivičnog postupka. Naredba za vještačenje mora da sadrži predmet vještačenja, obim vještačenja i pitanja na koja treba dati odgovor. U naredbi će se navesti činjenice o kojima se vrši vještačenje. Nerijetko se na glavnom pretresu, kao dokaz odbrane, provode vještačenja bez naredbe suda, koje sud prihvata i na istom zasniva svoju presudu.

⁴⁷ Odluka Ustavnog suda BiH o meritumu br. AP-3236/18 od 11. oktobra 2018. godine. Ova odluka je bitna za sudije i tužioce, kada se ima u vidu da je Izmjenama i dopunama ZKP BiH u oblasti posebnih istražnih radnji, koje su stupile na snagu u periodu koji je prethodio donošenju Odluke Ustavnog suda, učinjen pomak u skladu sa obavezom izvršavanja odluke Ustavnog suda BiH U-5/16, ali je ipak ostao prilično širok krug djela za koje se mogu primijeniti posebne istražne radnje. Dakle, upućuje da, iako postoji zakonski osnov za primjenu mjere, u svakom konkretnom slučaju bilo bi nužno obrazložiti i dati razloge zbog čega konkretno djelo spada u krug teških krivičnih djela uz, naravno, obrazlaganje razloga zbog čega se manje invazivnim mjerama ne može postići cilj.

⁴⁸ Odluka AP-2980/16 od 06. novembra 2018. godine (primjena standarda iz predmeta Dragojević protiv Hrvatske nije kompatibilna u ovom slučaju, te nema kršenja člana 6. i 8. Evropske konvencije)

3.1. Vještačenje bez naredbe suda

Vrhovni sud FBiH u svojim odlukama u više navrata je razmatrao žalbene prigovore u pogledu zakonitosti provedenog vještačenja na prijedlog odbrane u toku glavnog pretresa bez naredbe suda i u svim tim odlukama zauzeo stav da zasnivanje presude na nalazu i mišljenju vještaka koji je svoj nalaz i mišljenje, protivno odredbi člana 110. stav 1. ZKP FBiH, dao bez pisane naredbe za vještačenje tužioca ili suda kojom bi bio određen za vještaka, te kojom bi bile određene činjenice o kojima se vrši vještačenje, a vještak upozoren u skladu sa članom 113. ZKP FBiH predstavlja zasnivanje presude na dokazu koji je, u smislu člana 11. stav 2. ZKP FBiH, pribavljen bitnim povredama tog zakona, te je time prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH, jer je presudu zasnovao na dokazu na kome se po odredbama tog zakona ne može zasnivati presuda. Iz prakse Vrhovnog suda FBiH:

“...Na osnovu uvida u predmetni spis utvrđeno je da je vještačenje provedeno tako što je vještaku finansijske struke M.Č. dostavljen Zahtjev Kantonalnog tužiteljstva Kantona S. za sprovođenje istrage broj KT-242/98 od 20.12.1999. godine, u kojem je, između ostalog, od istražnog sudije zatraženo provođenje finansijskog vještačanja, pa je vještak sačinio Nalaz i mišljenje dana 16.05.2000. godine, a zatim na isti način i Dopunu Nalaza i mišljenja od 05.08.2000. godine i dostavio iste u istražni spis, pri čemu očito nisu bile izdavane pismene naredbe za vještačenje, niti su takve naredbe dostavljane strankama, s obzirom da istih nema u istražnom spisu, nisu predložene, niti izvedene kao dokaz na glavnom pretresu (...). Kako su Nalaz i mišljenje, kao i Dopuna nalaza i mišljenja vještaka finansijske struke M.Č. pribavljeni bez pismene naredbe ovlaštenog organa, dakle, uz povredu odredbe člana 237. stav 1. ranijeg ZKP, ti dokazi su nezakoniti, pa se na tim dokazima, kao i na iskazu kojeg je u vezi sa pomenutim vještačenjima vještak dao na glavnom pretresu dana 21.03.2002. godine, u skladu sa odredbom člana 8. stav 2. ranijeg ZKP, sudska odluka ne može zasnivati”⁴⁹.

⁴⁹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 001645 17 Kž 2 od 14.05.2019. godine. Ovaj predmet predstavlja ujedno i primjer flagrantne dužine krivičnog postupka s obzirom na to da je Rješenje Vrhovnog suda doneseno u maju 2019. godine, a događaj, odnosno, vještačenje provedeno 2000. godine, prije donošenja ZKP kojim je ukinut institut istražnog sudije.

Isto se odnosi i na situaciju u kojoj vještak prekorači obim vještačenja zadatag naredbom suda koja je donesena u skladu sa zakonom, odnosno, na dio vještačenja koje prevazilazi naredbom utvrđeni obim vještačenja.

Vrhovni sud FBiH zaključuje: “... *Vežano za konkretan slučaj naredbom Kantonalnog tužiteljstva u Mostaru je određeno grafološko vještačenje spornog rukopisa na bankarskoj dokumentaciji koja je izuzeta iz U.B d.d. K., pa je vještaku u cilju provođenja povjerenog vještačenja dostavljen nesporni rukopis blagajnice Općinskog suda u Konjicu J.R. (tada osumnjičena), te dokumentacija izuzeta iz Općinskog suda u Konjicu i to dnevni izvještaji od banke sa platnim nalogima, kao i isplate iz blagajne koje se odnose na finansijsku dokumentaciju za sudskog izvršitelja N.K. Očigledno je da vještaku predmetnom naredbom doista nije povjerenje i vještačenje finansijske dokumentacije sačinjene prilikom isplata odgovarajućih naknada za sudsku izvršiteljicu A.M. Vještačenjem i ove dokumentacije vještak grafolog je izašao izvan okvira zadataka koji mu je određen naredbom Kantonalnog tužiteljstva u Mostaru zbog čega se žalbeni prigovori braniteljice optužene kojim je ukazano na ovaj propust prvostupanjskog suda također ocjenjuju osnovanim. U konkretnom slučaju je korištenje zaključaka iz dijela nalaza koji je sačinjen bez odgovarajuće naredbe nadležnog tužiteljstva ili suda za posljedicu imalo bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz člana 312. stav 1. točka i) ZKP F BiH jer je presuda zasnovana na nezakonitom dokazu*”⁵⁰.

Najčešći propust koji se u praksi uočava u sadržaju naredbi za vještačenje jeste postavljanje vještaku zadatka na način da se parafrazira zakonska odredba, odnosno, bitna obilježja krivičnog djela koje se stavlja na teret, uz zadatak da vještak utvrdi opisano postupanje.

“*Polazeći od žalbenog navoda da je vještakinja imala zadatak da nešto „utvrdi“, već je jasno da žalitelj ne razlučuje ulogu vještaka od uloge suda. Nadalje, imajući u vidu da se vještakinji nalaže i to da „utvrdi“ način na koji je u navedenom periodu optužena (tada osumnjičena) radeći u banci prisvajala novac od klijenata banke, jasno je da tužiteljstvo, i prije provedenog sudskog postupka, nalazi utvrđenim da je optužena učinila krivično djelo, a da vještak samo treba izjasniti se o načinu njegovog učinjenja, pa je onda i vještakinja, prihvatajući postupanje u skladu sa takvom naredbom, izašla iz okvira*

⁵⁰ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 07 0 K 005678 12 Kž od 16.04.2014. godine

struke i preuzela ovlaštenje za koje je isključivo nadležan sud. Samim time, takvo je vještačenje neobjektivno, kako je to pravilno zaključio i prvostepeni sud”⁵¹.

Zadatak vještaka ne smije biti definisan na način da se od njega traži da izvrši ocjenu dokaza:

“(...) nalaz i mišljenje ne samo da je nezakonit dokaz zbog toga što je pribavljen kršenjem odredbi procesnog zakona, nego je neprihvatljiv i zbog toga što on u svojoj suštini predstavlja analizu i ocjenu dokaza optužbe, uključujući i analizu i ocjenu nalaza i mišljenja vještaka optužbe, na način kojim se ulazi u domen sudskog odlučivanja, što ni u kom slučaju ne može biti zadatak niti ovlaštenje vještaka, već isključivo nadležnog suda.”⁵²

Zakonom su propisane dužnosti vještaka kojeg je odredio tužilac, odnosno, sud. Osoba koju tužilac, odnosno, sud odredi za vještaka dužna je tužiocu, odnosno, sudu dostaviti svoj izvještaj koji sadrži sljedeće: dokaze koje je pregledao, obavljene testove, nalaz i mišljenje do kojeg je došao i sve druge relevantne podatke koje vještak smatra potrebnim za pravednu i objektivnu analizu. Vještak će detaljno obrazložiti kako je došao do određenog mišljenja. Primjećeno je da vještaci u svojim nalazima i mišljenjima nerijetko izostave popis dokaza koje su pregledali, navodeći da su izvršili uvid u dostavljenu dokumentaciju ili u tužilački/sudski spis, što u slučaju da zakonitost tih dokaza bude osporena na glavnom pretresu, onemogućava sud da u konačnici suštinski cijeni nalaz i mišljenje vještaka.

„Predmetna dokumentacija, a za koju ne postoji bilo kakav akt o oduzimanju, odnosno pribavljanju iste, iz kojeg bi bilo vidljivo, na koji način, od strane koga i na osnovu čijeg ovlaštenja je pribavljena predmetna dokumentacija, a što je bilo neophodno radi ocjene zakonitosti pribavljanja iste, bila je predmetom kasnijih vještačenja, najprije po vještaku ekonomske struke E.B. koje je provedeno na osnovu Naredbe Kantonalnog tužiteljstva Zeničko - Dobojskog kantona broj TO4 O KTPO 0001196 07 od 31.01.2011. godine, tj. prije nego što je izvršeno oduzimanje predmeta (poslovne dokumentacije) po potvrdama o privremenom oduzimanju MUP Zenica broj 08-03/3-2-51/11 (91)

⁵¹ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 06 0 K 007855 16 Kž od 05.03.2018. godine.

⁵² Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 04 0 K 001258 12 Kžk od 11.03.2013. godine.

od 14.03.2011. godine, broj 08-03/3-2-52/11 (92) od 21.03.2011. godine, broj 08-03/3-2-118/11 (226) od 23.11.2011. godine i broj 08-03/3-2-56/11 (98) od 22.03.2011. godine (ova dokumentacija je bila predmetom dopune nalaza vještaka ekonomske struke struke E.B.), pri čemu je neophodno naglasiti da ni u samom nalogu za vještačenje, a niti u nalazu vještaka ista nije precizirana (navodi se pet plavih fascikli i više bijelih omota, bez navođenja poslovne dokumentacije koja se nalazi u istim).“⁵³

3.2. Određivanje vještačenja po službenoj dužnosti

U sudskoj praksi, identifikovani su slučajevi gdje sud u određenoj mjeri na drugačiji način poima obaveze suda u pogledu određivanja vještačenja kao dokazne inicijative samog suda. Tako je u predmetu Osnovnog suda u Derventi, primjenom principa *in dubio pro reo*, sud oslobodio dva lica optužena zbog krivičnih djela Stvaranje monopolističkog položaja na tržištu i Zloupotreba službenog položaja i ovlaštenja zbog nedostatka dokaza. Sud je cijenio da se, u konkretnom slučaju, visina pribavljene imovinske koristi kao element bića prvog, odnosno kvalifikatorna okolnost drugog navedenog krivičnog djela, ne može dokazati pojednostavljenjem i simplicifiranjem na kojem se zadržava tužilaštvo navodeći iznos ukupne dobiti firme, nego zahtijeva zaista složeno, kompleksno i slojevito cijenje mnoštva faktora koji su od važnosti da bi se ustinu moglo reći da je riječ o čistoj dobiti, odnosno, o višku imovine pribavljene krivičnim djelom, da je bilo potrebno provesti vještačenje na visinu čiste dobiti, što je tužilaštvo propustilo da učini.

Razmatrajući mogućnost provođenja ovog dokaznog prijedloga i od strane suda, kako se isti opredjeljuje u obrazloženju presude, sud se rukovodio osnovnim principima krivičnog postupka, te ocijenio da određena manje invazivna uplitanja suda u dokaznu građu radi razjašnjavanja određenih manje spornih pitanja (zakonitosti dokaza, kontradiktornih izjava svjedoka i sl), prvenstveno kada ona idu u korist optuženog, u pravilu ne potežu pitanja ravnopravnosti stranaka. Aktivnost suda, u vidu određivanja vještačenja na okolnost pribavljene imovinske koristi bi, u konkretnom slučaju, predstavljala složenu i kompleksnu intervenciju u dokaznu građu u postupku i faktičko

⁵³ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 04 0 K 005885 20 Kž 2 od 21.01.2021. godine.

stavljanje suda u položaj tužilaštva, koja bi rezultirala ozbiljnim narušavanjem proklamovanog raspravnog načela gdje je dokazna inicijativa na strankama u postupku, a samim tim i narušavanjem načela jednakosti stranaka. Presuda je potvrđena odlukom Okružnog suda u Doboju. Objе presude su podvrgnute analizi u postupku po zahtjevu za zaštitu zakonitosti branilaca optuženih u kojem je Vrhovni sud RS donio presudu, kojom se kao neosnovani odbijaju zahtjevi za zaštitu zakonitosti podnesenih protiv navedene pravosnažne presude Okružnog suda u Doboju.

Za razliku od ovog stava, u drugom primjeru, presudom Osnovnog suda u Bijeljini optuženi je oglašen krivim zbog učinjenog produženog krivičnog djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od tri godine. Takva presuda, između ostalog, zasnovana je na nalazu i mišljenju vještaka finansijsko-ekonomske struke koji je izveo zaključak u pogledu imovinske koristi koju je optuženi pribavio krivičnim djelom. Odlučujući po žalbama optuženog i njegovog branioca, Okružni sud u Bijeljini je donio rješenje kojim se uvažavaju žalbe optuženog i branioca i ukida prvostepena presuda, te se predmet vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje. U odnosu na nalaz finansijskog vještaka, drugostepeni sud zaključuje da je isti nepotpun i da taj nalaz nije odgovorio na ključna pitanja koja se odnose na način utvrđivanja carine i poreza na promet, niti je vještak odgovorio na pitanje koje se odnosi na pravilnost obavljenih finansijskih transakcija. Sud zaključuje da je u ovom dijelu prvostepena presuda zasnovana na dosta šturoom nalazu vještaka, na osnovu kojeg je prvostepeni sud izveo zaključak u pogledu bitnih obilježja bića krivičnog djela, odnosno, imovinske koristi koju je optuženi stekao. Drugostepeni sud je stava da postojeći nalaz finansijskog vještačenja nije odgovorio na većinu veoma važnih pitanja koja su zapravo vezana za odlučne činjenice koje ukazuju na postojanje obilježja krivičnog djela za koje se optuženi tereti, te da je u ponovnom postupku potrebno ponovno izvesti sve dokaze i otkloniti nedostatke, pri čemu će prvostepeni sud obavezno izvršiti novo finansijsko vještačenje koje će dati odgovor u finansijskom pogledu na činjenice koje se odnose na radnje za koje se optuženi tereti da je tim radnjama pribavio za sebe imovinsku korist.

Sličan primjer je i predmet Osnovnog suda u Banjaluci u kojem je taj sud donio presudu kojom je optuženi oglašen krivim zbog krivičnog djela

Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja i osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Odlučujući po žalbama tužilaštva, optuženog i njegovog branioca, Okružni sud u Banjaluci je donio rješenje kojim se uvažavaju žalbe optuženog i njegovog branioca, ukida prvostepena presuda i predmet vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Prema zaključku tog suda, iz obrazloženja pobijane presude uopšte se ne vidi i ne navodi da li je prihvaćen ili odbačen nalaz finansijskog vještaka, koji se u pismenom nalazu, dopuni i na glavnom pretresu izjasnio o okolnostima slučaja. Sud je naveo da, imajući u vidu značaj finansijskog vještačenja kod krivičnih djela protiv službene dužnosti, izostavljanje ocjene nalaza i mišljenja vještaka predstavlja nedostatak razloga o odlučnim činjenicama. Ukoliko prvostepeni sud ne prihvata nalaz vještaka zbog protivrječnosti ili nedostataka ili sumnje u tačnost datog nalaza, bio je u obavezi, u smislu člana 251. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, zatražiti mišljenje drugog vještaka. Kako prvostepeni sud nije tako postupio niti je izvršio analizu i ocjenu nalaza navedenog vještaka, a ni drugih dokaza, nije ni mogao dati valjanu ocjenu dokazanosti, odnosno, nedokazanosti odlučnih činjenica za pravilno presuđenje, a izlaganje ličnog ubjeđenja, bez oslanjanja na izvedene dokaze, svodi se na suđenje po opštem utisku i uvjerenju, što nije zakonito, a ni svojstveno ovdašnjoj sudskoj praksi.

3.3. Ocjena nalaza i mišljenja vještaka

Zaključak, odnosno mišljenje vještaka zavisi od pouzdanosti činjenica koje su bile polazna osnova za vještačenje, a u čiju provjeru i dokazanost u krivičnom postupku se ne upušta vještak. Činjenice koje su sastavni dio nalaza vještaka, često su u praksi sporne između stranaka i branilaca, te od dokazanosti istih u krivičnom postupku zavisit će i odluka o prihvatanju u cijelosti ili djelimično nalaza i mišljenja vještaka. U principu, nema smetnji da vještak koristi i iskaze svjedoka za izradu svoga nalaza u situaciji kada nema neposrednih opažanja, odnosno materijalnih dokaza, s obzirom da ga odredba člana 113. stav 3. ZKP FBiH ovlašćuje da razmotri cjelokupni spis, kao i da predloži izvođenje određenih dokaza i postavi pitanja saslušavanim osobama u istrazi. Međutim, u takvoj situaciji optužba i odbrana preuzimaju rizik neprihvatanja takvog iskaza svjedoka od strane suda, kao osnove za zasnivanje presude na njemu, u kom slučaju neće biti privaćen ni nalaz i mišljenje

vještaka, ako se zasniva isključivo ili u pretežitom dijelu na takvom iskazu. Ukoliko sud ocijeni da su nalaz i mišljenje vještaka zasnovani na pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, neće biti u mogućnosti prihvatiti takav nalaz i mišljenje vještaka. Ukoliko raspolaže protivrječnim polaznim podacima, u čijoj ocjeni vjerodostojnosti ne učestvuje, vještak je primoran da iznese alternativni zaključak. U tom slučaju vještak svoj nalaz i mišljenje treba da opredjeli u odnosu na svaku od datih okolnosti. U praksi vještaci vrlo rijetko iznose alternativne zaključke, ali su s druge strane skloniji iznošenju kategoričnog zaključka. Kategorično mišljenje vještaka izražava vještakovu subjektivnu uvjerenost u zaključak koji proističe iz stručno provedenog ekspertnog istraživanja i logičnog, svestrano i jasno argumentovanog nalaza i mišljenja. Međutim, kategorični zaključci vještaka sami po sebi ne određuju i njegovu dokaznu snagu i vrijednost.

Kao i svi drugi dokazi, i nalaz i mišljenje vještaka podliježe sudskoj ocjeni dokaza, te sud ne mora prihvatiti kategorične tvrdnje i zaključke vještaka, ukoliko su zasnovani na pogrešnom ili nepotpunom činjeničnom stanju.

Naprimjer, u predmetu Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala, protiv više optuženih lica zbog produženog krivičnog djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja, odnosno produženog krivičnog djela Nesavjestan rad u službi⁵⁴, sud je donio presudu kojom su optuženi oslobođeni od optužbe da su učinili krivična djela za koja se terete. U obrazloženju presude sud, s jedne strane, konstatuje da je odbio prigovore odbrane na zakonitost izvršenog vještačenja, ali je, s druge strane, zaključio da nalaz i mišljenje vještaka nije mogao prihvatiti kao valjan i utemeljen na pravilima struke, ekonomske logike i dokaza na koje se vještak poziva. Sud zaključuje da se čitava koncepcija nalaza vještaka temelji na mišljenju vještaka da su učesnici na licitacijama u postupku privatizacije bili upoznati sa standardima sniženja i minimalnom cijenom pa su čekali sniženja i da je time nanesena šteta za državu, ali da ovakva prezumpcija i zaključak vještaka nema utemeljenja u izvedenim dokazima. U obrazloženju presude, sud zaključuje da se ne može prihvatiti nalaz i mišljenje vještaka i zbog toga što je vještak na pretresu bio nesiguran u svojim objašnjenjima, a na pitanja predsjednika vijeća nije mogao dati

⁵⁴ Iz člana 337. stav 4. u vezi sa stavom 3. KZ RS, iz člana 344. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ RS.

odgovor da li sa sigurnošću može da tvrdi da su učesnici na licitacijama znali minimalnu cijenu. Stoga, sud konačno ovakav nalaz koji se temelji na pretpostavkama i zaključivanju bez temeljnih i nepobitnih dokaza, ne prihvata, pri čemu sud izvodi zaključak da se vještak trudio da udovolji zahtjevu tužilaštva, a da nalaz i mišljenje nije utemeljen na pravilima struke niti čistoj logici, već na pretpostavkama⁵⁵. Odlučujući po žalbi tužilaštva na ovu presudu, Vrhovni sud RS je potvrdio prvostepenu presudu i odbio žalbu tužilaštva kao neosnovanu⁵⁶.

U praksi, sudovi najčešće propuštaju da ocjene nalaz i mišljenje vještaka pojedinačno i u vezi s ostalim izvedenim dokazima. Analizom prakse primijećeno je da u predmetima u kojima sud prihvati nalaz i mišljenje, te na istom temelji svoju odluku, u obrazloženju presuda često izostane ocjena ostalih izvedenih dokaza, kao i da izostane ocjena nalaza i mišljenja u vezi sa izvedenim dokazima i istaknutim prigovorima odbrane. Primjer:

„...Ovaj sud nalazi da se navedenim žalbenim prigovorom ukazuje na postupanje protivno odredbi člana 296. stav 2. ZKP FBiH, kojom odredbom je propisano da je sud dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana. S tim u vezi, tačnim se ukazuje žalbeni navod da je prvostepeni sud naveo da je između ostalih, proveden dokaz uvidom u PDV prijave za period od 01.01. do 31.10.2006.godine i u PDV prijave za period od 01.01. do 31.12.2010. godine, dok se u vezi navedenih dokaza uopće nije očitovao u daljem slijedu obrazloženja pobijane presude, niti je iste cijenio. Stoga je po nalaženju ovog suda, učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH, jer prvostepeni sud nije pravilno primijenio odredbu člana 296. stav 2. ZKP FBiH, a što je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude. Što se tiče iskaza optuženog, sud je isti cijenio i iznio svoj stav u pobijanoj presudi zbog čega taj iskaz smatra neprihvatljivim, pa je neosnovan suprotan žalbeni prigovor branitelja optuženog.⁵⁷

⁵⁵ Presuda Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 011-0-K-08-000010-p od 26.06.2009. godine.

⁵⁶ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 118-0-Kž-09-000198 od 23.03.2010. godine.

⁵⁷ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 04 0 K 005804 15 Kž od 14.04.2019. godine.

U drugom predmetu „*Sud nije prihvatio nalaz i mišljenje vještaka dr. H.A., obzirom da je, nalaz i mišljenje vještaka zasnovano na pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju, a koje bitno dovodi u sumnju pravilnost i tačnost nalaza i mišljenja vještaka (...). Razlog nastanka manjka, prema mišljenju vještaka je nepolaganje pazara u obuhvaćenom vremenskom periodu u iznosima kako je i ostvarivana realizacija, tako da je vršeno prisvajanje novca, što je za posljedicu imalo umanjjenje stvarnog prihoda za društvo K. d.d. S. u identičnom iznosu, a koji iznos u isto vrijeme predstavlja i visinu štete za društvo K. d.d. S., u kom iznosu je sadržan i iznos PDV, jer se radi o maloprodaji, gdje je u maloprodajnu cijenu uključen alikvotni iznos izlaznog PDV, koji PDV je društvo kroz podnesene PDV prijave prijavilo i platilo kao poresku obavezu. (...) Vještak je dajući svoje pojašnjenje kategorično tvrdio da su u inkriminisano vrijeme bile instalirane fiskalne kase, te da se prodaja morala evidentirati, te da ono što je kroz kasu prošlo, to je i evidentirano i to i postoji, obzirom da poslovođa prijavljuje samim kucanjem računa, jer je kasa povezana sa sistemom. Nakon što je ocijenio nalaz i mišljenje vještaka dr. H.A. pojedinačno i u vezi sa ostalim izvedenim dokazima, sud je utvrdio da odlučne činjenice na kojima se nalaz i mišljenje temelji nisu utvrđene niti tačne, te stoga dovode u sumnju i nalaze vještaka, kao i dato mišljenje. Naime, optuženi u svom iskazu, kao i saslušana svjedokinja B.A. iznijeli su tvrdnju da u prodavnici br 226, pravnog lica „K.“ d.d. S. nije bila instalirana fiskalna kasa. Sud je u skladu sa odredbom člana 276. stav 2. tačka e) ZKFBiH izveo dokaz uvidom i čitanjem u potvrdu izdatu od strane Službe pravnih, kadrovskih i opštih poslova K. d.d. S. od 11.04.2016. godine u kojoj je navedeno da u prodavnici br. 226, pravnog lica „K.“ d.d. S. nije instalirana fiskalna kasa, obzirom da je maloprodajni objekat bio u fazi zatvaranja (...). Slijedom navedenog, prema ocjeni suda postoji vjerovatnoća da fiskalna kasa nije instalirana u prodavnici br. 226, pravnog lica „K.“ d.d. S., a koja činjenica dovodi u sumnju nalaz i mišljenje vještaka dr. H.A., koji je kategoričan u svojoj tvrdnji da su fiskalne kase bile u to vrijeme instalirane, te da se putem istih prodaja morala evidentirati, obzirom da poslovođa prijavljuje samim kucanjem računa, jer je kasa povezana sa sistemom (...)”⁵⁸.*

Kao primjer različite ocjene nalaza i mišljenja vještaka odbrane i optužbe od strane istog suda, može se navesti predmet Okružnog

⁵⁸ Presuda Općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 K 461200 14 K od 18.05.2016. godine.

suda u Banjaluci, Posebnog odjeljenja za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala. U ovom predmetu, u kojem je ponovljen postupak, optužba se odnosila na krivična djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlaštenja, u sticaju sa krivičnim djelom Manipulacija cijenama i širenje lažnih informacija u vezi sa Zakonom o tržištu hartija od vrijednosti⁵⁹. U obrazloženju oslobađajuće prvostepene presude, sud je prihvatio nalaz i mišljenje vještaka odbrane izvođeci zaključak da se na osnovu nalaza i mišljenja vještaka utvrđuje da sporne transakcije na berzi, ustvari, nisu išle u prilog jednom od optuženih, jer su uticale na povećanje prosječne cijene po kojoj je morao objaviti ponudu za preuzimanje, što je dokaz da trgovanje u osporenom periodu nije imalo za cilj sticanje imovinske koristi⁶⁰. Sud zaključuje da optužba nije izvela dokaze kojim bi uspješno osporila nalaz i mišljenje ovog vještaka, pa ga je sud u cijelosti prihvatio i ocijenio stručnim i datim u skladu sa pravilima struke i vještine. Nakon što je u navedenom predmetu tužilaštvo izjavilo žalbu na ovu presudu, Vrhovni sud RS je donio rješenje kojim se uvažava žalba tužilaštva i ukida prvostepena presuda, te se predmet vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje⁶¹, zaključujući da dokazi izvedeni na glavnom pretresu nisu adekvatno ocijenjeni, odnosno da prvostepeni sud nije savjesno ocijenio svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima, pogotovo kada je riječ o dokazima optužbe, usljed čega su učinjene povrede bile od uticaja na zakonito i pravilno presuđenje. U ponovljenom postupku, prvostepeni sud je donio osuđujuću presudu. Prilikom ocjene nalaza i mišljenja vještaka odbrane, sud je, dovodeći iste u vezu sa ostalim izvedenim dokazima, zaključio da je nalaz manjkav i iskonstruisan radi olakšavanja položaja optuženih i da se vještak ni na glavnom pretresu ni u nalazu i mišljenju nije izjasnila o dvije ključne činjenice, a to su, po mišljenju suda, povezanost optuženih u trgovini akcijama emitenta na berzi i činjenicu da su mali akcionari, prodajući svoje akcije na berzi, pod uticajem i na nagovor optuženih, po cijeni od 0,05 KM, primili mimo berze od optuženih razliku od 0,40 KM, što je izričito zabranjeno. Pri tom, sud je poklonio punu vjeru nalazu i mišljenju vještaka optužbe zaključujući da u inkriminisanim slučajima sve ukazuje da je cilj privida

⁵⁹ Iz člana 347. stav 4. u vezi sa stavom 3. KZ RS, odnosno člana iz člana 292. stav 2. u vezi sa stavom 1. tačka b).

⁶⁰ Presuda Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 004381 10 K2 od 08.11.2013. godine.

⁶¹ Rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske, Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 004381 12 Kž od 18.09.2012. godine.

aktivnog trgovanja bio da se steknu uslovi da se napravi dovoljno prometa, da depozitar vrednuje hartije po tim cijenama, odnosno, da se može reći da se prodaja vrši po fer cijenama. Sve transakcije koje su se dešavale na berzi u navedenom periodu, u pogledu trgovanja akcijama emitenta, od strane lica koja su aktivno učestvovala u sniženju cijena akcija, te isplata razlike u cijeni koja je isplaćivana pojedinim akcionarima na ruke, u gotovini, mimo berze, išle su na ruke optuženom kao ponudiocu, i realizaciji javne ponude za preuzimanje i namjeri optuženog da po što nižoj cijeni stekne akcije emitenta. Pri tom sud zaključuje da vještak optužbe ima neophodna stručna znanja iz oblasti finansijskih vještačenja i bogato radno iskustvo u struci, pa je u cijelosti poklonio vjeru tom nalazu i mišljenju, smatrajući da je isti dat u skladu sa pravilima struke i vještine, te da odbrana kredibilitet istog vještaka ničim nije dovela u pitanje. Ova presuda je potvrđena od strane Vrhovnog suda RS, koji je zaključio da su činjenična i pravna utvrđenja pobijane presude u potpunosti pravilna, pa i u pogledu ocjene nalaza i mišljenja izvršenih vještačenja⁶².

4. Dokazivanje umišljaja

Obaveza je tužioca da dokazuje subjektivni element krivičnih djela, a prije svega, da jasno definiše i odredi krivično djelo, navede činjenice i okolnosti iz kojih proizilaze sva obilježja bića krivičnog djela. S druge strane, obaveza je suda da kritički pristupi i sagleda činjenice i okolnosti predmeta optuženja, te u odnosu na ovu odlučnu činjenicu (pitanje postojanja ili nepostojanja umišljaja) da razloge, odnosno, navedene činjenice i okolnosti koje opravdavaju zaključak suda. Dokazivanje umišljaja usložnjava različita praksa po pitanju subjektivne komponente određenih krivičnih djela. Uočena razlika po pitanju subjektivne komponente određenih krivičnih djela odnosi se na krivična djela podmićivanja, protiv službene i druge odgovorne funkcije. U pravnoj teoriji i sudskoj praksi postoje različita stanovišta u pogledu subjektivne komponente ovih krivičnih djela, odnosno, da li se određena krivična djela mogu počinuti samo direktnim umišljajem, kao oblikom vinosti.

Zaključak o subjektivnoj komponenti konkretnog krivičnog djela, kao

⁶² Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 00438114 Kž 2 od 22.05.2014. godine.

odlučnoj činjenici o kojoj u presudi moraju biti navedeni razlozi, sud temelji slobodnom ocjenom dokaza izvedenim na glavnom pretresu, krećući se u granicama činjenica i okolnosti, kako se stavljaju na teret optuženom. Sud i drugi organi nisu vezani ni ograničeni posebnim formalnim dokaznim pravilima, već po načelu slobodne ocjene dokaza ocjenjuju postojanje ili nepostojanje neke činjenice. Međutim, ova slobodna ocjena dokaza zahtijeva obrazloženje, kako svakog dokaza pojedinačno, tako i svih dokaza zajedno, te dovođenje svih provedenih dokaza u uzajamnu logičnu vezu. Načelo slobodne ocjene dokaza ne predstavlja apsolutnu slobodu. Ta sloboda je ograničena općim pravilima i zakonitostima ljudskog mišljenja i iskustva. Zbog toga je obaveza redovnog suda da u obrazloženju presude opiše proces pojedinačne ocjene dokaza, dovođenja svakog ocijenjenog dokaza u vezu sa drugim dokazima i izvođenja zaključka o dokazanosti određene činjenice⁶³.

Jedno od najčešćih krivičnih djela koja se javljaju u praksi je krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja⁶⁴, Zloupotreba položaja ili ovlasti⁶⁵, te u RS je novim KZ propisano i krivično djelo Zloupotreba položaja odgovornog lica⁶⁶. Postojeće zakonske definicije ovih krivičnih djela (izmjene su uslijedile i u KZ RS, izostavljena je namjera iz zakonskog opisa) ne propisuje namjeru ili cilj kao element bića krivičnog djela. Bez obzira što zakonski opis krivičnog djela Zloupotreba položaja ili ovlaštenja ne obuhvata posebnu namjeru ili cilj, neki autori smatraju da je pored umišljaja potrebna i namjera kod izvršioca u odnosu na određenu posljedicu koja čini objektivno biće djela (da sebi ili drugom pribavi imovinsku korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog)⁶⁷. Ovaj stav slijede i pojedini sudovi.

Vrhovni sud Federacije BiH je u više svojih odluka⁶⁸ naveo da se, uzimajući u obzir zakonsku definiciju ovog krivičnog djela, ne isključuje mogućnost počinjenja ovog djela i sa eventualnim umišljajem, što ovisi od činjeničnog opisa krivičnog djela u optužnici, odnosno, izreci presude kojom se preuzima činjenični supstrat iz optužnice. Da bi optuženi bio

⁶³ Vidjeti odluku Ustavnog suda u BiH u predmetu br. Ap-6713/18 od 04.06.2020. godine.

⁶⁴ Član 383. KZ FBiH, član 315 KZ RS, član 220 KZ BiH

⁶⁵ Član 377 KZ BD

⁶⁶ Član 249 KZ RS

⁶⁷ Babić M., Marković I. (2005) strana 326; J. Tahović (1957) strana 605; Lj. Lazarević i dr. *Komentar KZ SFRJ* (1978), str. 571.

⁶⁸ Naprimjer, Rješenje Vrhovnog suda FBiH, br. 04 0 K 005377 14 Kž, od 27.06.2017. godine.

oglašen krivim za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja⁶⁹ potrebno je utvrditi da je krivično djelo učinjeno s umišljajem koji obuhvata svijest o radnji i posljedici, uzročnoj vezi između njih i da se radnja preduzima u svojstvu službene ili odgovorne osobe.

Sud BiH je zauzeo drugačiji stav, navodeći da se predmetno krivično djelo može počiniti samo sa direktnim umišljajem. U obrazloženju presude Suda BiH je navedeno:

“...ispravno se navodi u pobijanoj presudi da pogrešna primjena Zakona o PDV-u i Pravilnika o primjeni Zakona o PDV-u ne može predstavljati pretpostavku za postojanje subjektivnog elementa na strani optuženog H., naročito imajući u vidu da ni sam optužni akt ne sadrži opis psihološkog odnosa optuženog prema krivičnom djelu. Umišljaj i namjera optuženika da pribavi protivpravnu imovinsku korist mora se dokazati, a ne pretpostaviti. Kako je namjera pribavljanja imovinske koristi zloupotrebom položaja ili prekoračenjem granica svog službenog ovlaštenja bitno obilježje bez kojeg nema krivičnog djela iz člana 220. stav 3. KZ FBiH, te kako ona kao subjektivni element krivičnog djela mora biti nesumnjivo utvrđena, jer se inkriminisano djelo može izvršiti samo direktnim umišljajem, kao oblikom vinosti, po ocjeni ovog vijeća nema čvrstih ni pouzdanih dokaza da je optuženi bio svjestan svog djela i da je htio njegovo izvršenje, odnosno, da je postupao sa umišljajem da drugom pribavi imovinsku korist. Umišljaj mora biti nesumnjivo utvrđen, i ne može se pretpostaviti, a ovo vijeće smatra da navodi tužilaštva izneseni u žalbi predstavljaju pretpostavke da je optuženi postupao sa umišljajem da drugom pribavi imovinsku korist⁷⁰.

Ustavni sud BiH je, razmatrajući pitanje kvaliteta sudske odluke u vezi sa umišljajem, utvrdio povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1. i 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U obrazloženju odluke, a vezano za pitanje umišljaja, navedeno je da prvostepeni sud o tome u obrazloženju nije dao razloge što znači da nema razloga o odlučnim činjenicama, te da je *“ova povreda tim izražajnije kada se ima u vidu da se kod predmetnog krivičnog djela (Zloupotreba položaja i ovlasti) traži direktni umišljaj”*. Ustavni sud primjećuje da su redovni sudovi u

⁶⁹ Iz člana 383. stav 1. KZ FBiH.

⁷⁰ Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH br. S1 2 K 012690 15 Kž od 10.09.2015. godine (krivično djelo iz člana 220. stav 3. KZ BiH).

pobijanim presudama postupali protivno obavezama koje predstavljaju garanciju pravičnog suđenja⁷¹.

Slična situacija je i kada je u pitanju krivično djelo Nesavjestan rad u službi. KZ FBiH, KZ BiH i KZ BD BiH ne propisuju nehat kao mogući subjektivni elemenat ovog krivičnog djela⁷². Vrhovni sud FBiH slijedi zakonsku definiciju ovog krivičnog djela koje se može počiniti samo sa umišljajem, te u jednoj od svojih odluka navodi:

“...U smislu člana 35. stav 1. KZ FBiH, krivica za predmetno krivično djelo može postojati ako je učinitelj, koji je uračunljiv (što u konkretnom slučaju nije sporno), postupao sa umišljajem pri izvršenju istog. Međutim, iako su optužena i njen branitelj u završnoj riječi iznijeli tvrdnje iz kojih proizilazi negiranje optužene da je u vezi predmetnog događaja svjesno i voljno postupala očito nesavjesno u vršenju dužnosti, drugostepeni sud u obrazloženju pobijanog rješenja ne daje nikakve razloge za izvođenje suprotnog zaključka da je optužena predmetno krivično djelo počinila sa umišljajem. Kako umišljaj kao sastavni dio subjektivne komponente krivičnog djela predstavlja odlučnu činjenicu, to potpuni izostanak razloga u pogledu tog elementa krivičnog djela u pobijanoj presudi, na što je opravdano ukazano žalbom branitelja optužene, ima za posljedicu da pobijana presuda nema razloga o odlučnim činjenicama, čime je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH”⁷³.

Sa druge strane Sud BiH je zauzeo stav da, u odnosu na težu posljedicu, pored umišljaja može postojati i nehat:

“...Imajući u vidu zakonski opis bića ovog krivičnog djela u odredbi člana 224. KZ BiH i njegovu dosta specifičnu krivičnopravnu prirodu, te odnose između osnovnih i kvalifikovanih oblika krivičnih djela, ovo vijeće nalazi da žalba nije do kraja korektno, odnosno pravilno interpretirala ovaj element bića krivičnog djela, jer previđa da se

⁷¹ Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu br. AP 2313/05.

⁷² Kada je u pitanju RS, novi KZ RS u članu 322. stav 1. izričito propisuje da ovo krivično djelo čini službeno lice koje svjesnim kršenjem zakona ili drugih propisa, propuštanjem dužnosti nadzora ili na drugi način očigledno nesavjesno postupa u vršenju službe, iako je bilo svjesno ili je bilo dužno i moglo biti svjesno da usljed toga može nastupiti teža povreda prava drugog ili veća imovinska šteta, pa takva povreda ili šteta i nastupi. Propisivanjem da se psihički odnos učinitelja prema posljedicu može sastojati i u odsustvu svijesti o mogućnosti njenog nastajanja uz obavezu učinitelja i mogućnost da ima pravilnu svijest o tome, jasno je da se ovo krivično djelo iz KZ RS može učiniti i iz nehata.

⁷³ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 68 0 K 036847 19 Kžž od 29.10.2019. godine.

razlika između i ova dva oblika djela sastoji jedino u težini povrede prava drugog ili imovinske štete. Stoga i kod jednog i kod drugog oblika ovog djela službeno lice koje nesavjesno postupa treba da je svjesno svoje nesavjesnosti, tj. da svojim postupkom krši zakon ili neki drugi propis i to hoće ili se sa takvim svojim postupkom saglašava (umišljajna komponenta subjektivne strane djela – u konkretnom slučaju treba da postoji na strani optuženog u odnosu na okolnost da potpisuje rješenje koje nije u skladu sa propisima), dok u odnosu na mogućnost nastupanja povrede prava drugog ili imovinske štete može da postoji kako umišljaj tako i nehat. To znači da je subjektivna strana bića ovog krivičnog djela u oba njegova oblika složena (može da je čini kako umišljaj, tako i nehat), a kako između njih ne postoji razlika (osim u težini posljedice), to znači da je oblik vinosti-krivice kod oba oblika isti. Prema tome, kršenje propisa od strane službenog lica je u svakom slučaju umišljajno postupanje, dok je u odnosu na okolnost da usljed toga može da nastupi povreda prava drugog ili imovinska šteta, dovoljan i nehat. To znači da nije osnovana žalbena teza da je za postojanje težeg oblika djela iz stava 2. dovoljan samo nehat⁷⁴.

U narednom primjeru, presudom Općinskog suda u Visokom⁷⁵, koja je potvrđena od strane Kantonalnog suda u Zenici⁷⁶, optuženi su oglašeni krivim za produženo krivično djelo Nesavjestan rad u službi⁷⁷. Kada je riječ o subjektivnom elementu ovog krivičnog djela, Općinski sud je zaključio da, iz utvrđenih činjenica i okolnosti značajnih i bitnih za utvrđenje krivičnog djela i krivične odgovornosti, nedvojbeno proizilazi da su optuženi svojim radnjama i postupanjem ostvarili sva bitna obilježja krivičnih djela koja su im stavljena na teret, svjesni svojih radnji, pri čemu su navedena djela počinili sa svjesnim nehatom što podrazumijeva znanje o zabranjenoj posljedici koja može nastupiti, ali olako držeći da ona neće nastupiti. U vezi neosnovanosti teze odbrane da optuženi nisu imali umišljaj za počinjenje krivičnog djela, Općinski sud je istakao da ovo krivično djelo može biti počinjeno i iz nehata, i da su u okolnostima konkretnog slučaja optuženi bili svjesni svoje nesavjesnosti na što ukazuju izvedeni dokazi, a naročito iskazi svjedoka optužbe⁷⁸.

⁷⁴ Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH br. S1 2 K 018397 16 Kž od 07.07.2016. godine.

⁷⁵ Presuda Općinskog suda u Visokom br. 41 0 K 043488 14 K od 18.07.2017. godine.

⁷⁶ Presuda Kantonalnog suda u Zenici br. 41 0 K 043488 18 Kž od 03.09.2018. godine.

⁷⁷ Iz člana 387. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH.

⁷⁸ Navedene presude su bile predmetom apelacije pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (predmet broj AP-6471/18 od 15. jula 2020. godine), između ostalog, da nedostaju razlozi umišljaja u pogledu

U vrijeme primjene ranijeg KZ RS, pojedini sudovi u RS su također zauzeli stav da postoji mogućnost učinjenja ovog krivičnog djela nehatom iako tadašnji zakon nije propisivao nehat kao oblik vinosti. Tako je Okružni sud u Bijeljini⁷⁹ odbio žalbu okružnog javnog tužioca u Bijeljini kao neosnovanu i potvrdio presudu Osnovnog suda u Bijeljini⁸⁰ kojom se optužena osloboda od optužbe da je učinila krivično djelo, zbog činjenice da je tužilaštvo propustilo da u činjeničnom opisu izmjenjene optužnice opiše subjektivni elemenat izvršenja krivičnog djela. Stav suda je da je prvostepeni sud pravilno ocijenio da u činjeničnoj strukturi djela koje je optuženoj stavljeno na teret, nedostaju subjektivna obilježja ovog krivičnog djela koji odražavaju radnju svjesnog kršenja zakona ili drugih propisa, odnosno, subjektivni odnos optužene prema učinjenim radnjama, te činjenice i okolnosti koje odražavaju psihički odnos optužene prema posljedici, odnosno, da li je bila svjesna ili je bila dužna i mogla biti svjesna da zbog nesavjesnog postupanja može nastupiti teža povreda prava drugog.

5. Indirektni dokazi

Imajući u vidu brojne poteškoće u dokazivanju odlučnih činjenica u koruptivnim i predmetima organizovanog i privrednog kriminala, te percepciju nekažnjivosti istih, ne treba zanemariti mogućnost da se objektivna obilježja krivičnog djela dokažu indirektnim dokazima u skladu sa pravilom o slobodnoj ocjeni dokaza. U obrazloženjima presuda kojima se optuženi oslobađaju od optužbe, primjetno je da su sudovi prilikom odlučivanja imali u vidu da se određene činjenice mogu dokazivati i na osnovu posrednih dokaza. Faktičko je pitanje svakog pojedinačnog predmeta, koja vrsta i obim posrednih dokaza će se smatrati dovoljnim za osuđujuću presudu.

očiglednog nesavjesnog postupanja, pa u vezi sa navedenim, apelanti tvrde da je prekršeno načelo in dubio pro reo jer u osporenoj presudi nedostaju razlozi o odlučnim činjenicama u pogledu njihovog umišljaja u vezi s izvedenim dokazima iz kojih je proistekao pogrešan zaključak o njihovoj krivici. Ustavni sud smatra da u predmetnom krivičnom postupku sagledanom u cjelini, prilikom utvrđivanja krivične odgovornosti, apellantima nisu bile uskraćene bilo kakve procesne garancije, niti je proizvoljno utvrđeno činjenično stanje ili proizvoljno primjenjeno materijalno pravo, niti je ocjenom dokaza dovedeno u pitanje poštivanje garancija iz člana 6. stav 1. EKLJP (43). U konačnom, Ustavni sud zaključuje da ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. EKLJP.

⁷⁹ Presuda Okružnog suda u Bijeljini br. 80 0 K 072793 17 Kž od 20.03.2017. godine.

⁸⁰ Presuda Osnovnog suda u Bijeljini br. 80 0 K 072793 16 K od 12.12.2016. godine.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 5/05 od 14. marta 2006. godine usvojio stav: “(...) da dokazivanje putem indicija nije, samo po sebi, protivno principima pravičnog suđenja iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Međutim, za dokazivanje indicijama vrijedi pravilo da indicije moraju djelovati kao čvrst zatvoren krug koji dozvoljava samo jedan zaključak u odnosu na relevantnu činjenicu, te da objektivno potpuno isključe mogućnost donošenja drugačijeg zaključka u odnosu na istu činjenicu. Dakle, činjenice utvrđene posrednim dokazima moraju da budu nesumnjivo utvrđene i međusobno čvrsto i logički povezane, tako da upućuju na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.”⁸¹

Provedeni posredni dokazi moraju biti u potpunom skladu i predstavljati ne zbir dokaza, već sistem indicija koji će u svom sklopu i povezanosti isključiti svaku drugu verziju mogućnosti od one koju je utvrdio sud da proističe iz izvedenih dokaza. Ustavni sud BiH je suštinski analizirao pravilnost ocjene dokaza, između ostalog i posrednih dokaza i indicija „prihvatljivog stepena vjerovatnoće“.

„Ustavni sud zapaža da ni navedene izjave svjedoka na kojima Sud BiH temelji svoj zaključak da postoji osnovana sumnja da je apelant počinio krivična djela ne predstavljaju „činjenice iz kojih bi objektivni posmatrač mogao zaključiti da je [apelant] mogao počiniti krivična djela za koja se sumnjiči“. Ustavni sud zapaža da su izjave na koje se Sud BiH pozvao uopćene i da spadaju u kategoriju „rekla-kazala“ dokaza. Takve izjave svjedoka nisu potkrijepljene drugim, objektivnim dokazima, kako to traže standardi u odnosu na postojanje osnovane sumnje, što je Ustavni sud već objasnio. Dalje, iz takvih izjava se ni na koji način ne vidi zbog čega je Sud BiH zaključio, kako je to navedeno u drugostepenom rješenju, da ove izjave zajedno sa drugim dokazima „ukazuju da se vršenje krivičnog djela odvijalo na način da su osumnjičeni uspostavili mrežu posrednika, koji su stupali u kontakt sa osuđivanim osobama ili članovima njihovih porodica, koje su podnijele molbe za pomilovanje“, kao i da su „uloge pojedinih članova organizovane kriminalne grupe bile jasno razgraničene sa definisanim i podijeljenim ulogama u dogovaranju oko podjele dobiti, a što je sve jasno vidljivo iz iskaza saslušanih svjedoka, kao

⁸¹ Odluka Ustavnog suda AP-661/04 od 22.04.2005. godine, paragraf 31.

i transkripta presretnutih telefonskih razgovora“. Ustavni sud smatra da je ovakva tvrdnja Suda BiH proizvoljna, jer se ovako nešto ne može zaključiti iz činjenica na kojima je Sud BiH zasnovao svoj zaključak da postoji osnovana sumnja. Osim toga, ako su navedene činjenice i indicije mogli predstavljati „osnov sumnje“ koji je bio dovoljan da se pokrene krivična istraga, Ustavni sud smatra da u fazi odlučivanja o apelantovom pritvoru te one nisu mogle zadovoljiti nivo „osnovane sumnje“ bez koje se pritvor ne može odrediti prema članu 132. stav 1. ZKP BiH i članu 5. stav 1.c. Evropske konvencije.⁸²

U koruptivnim i predmetima privrednog kriminala, tužioci se rijetko opredjeljuju da optužbu, odnosno, činjenice koje čine objektivna obilježja krivičnog djela, temelje na posrednim dokazima. Subjektivna obilježja ovih krivičnog djela, odnosno, subjektivni odnos počinioca prema počinjenom djelu najčešće se dokazuje upravo posrednim dokazima. Postojanje namjere, znanja o nekoj činjenici ili zajedničkog dogovora, najčešće je moguće dokazati isključivo na osnovu posrednih dokaza, izuzev u predmetima u kojima o tome postoji dokaz pribavljen posebnim istražnim radnjama.

Naprimjer, u jednoj od svojih presuda Vrhovni sud FBiH navodi: „... *Budući da za utvrđenje određene činjenice, pa i čina prisvajanja novca povjerenog na radu, nije neophodan direktan dokaz i da se u skladu sa pravilom o slobodnoj ocjeni dokaza ta činjenica može utvrđivati i drugim posrednim dokazima, prvostepeni sud je dao u svojoj presudi sasvim jasne razloge zbog kojih smatra da se u konkretnom slučaju ni na osnovu drugih izvedenih dokaza ne može izvesti pouzdan zaključak da je manjak u poslovanju Z.C. d.o.o. rezultat prisvajanja novca od strane optužene*“.⁸³

U drugom primjeru Sud BiH je zaključio: „*Suprotno navodima žalbe da nije dokazano izvršenje krivičnog djela skidanje pečata iz člana 394. stav 1. KZ RS, vijeće smatra da, iako ne postoje neposredni dokazi da je optuženi lično skinuo pečat, nema sumnje da je optuženi to učinio imajući u vidu da je bio prisutan u prostorijama sa čijeg je ulaza skinut pečat, kako to zaključuje i prvostepeno vijeće. Vijeće je određene relevantne činjenice utvrđivalo i na osnovu posrednih dokaza – indicija, i to izvedenih u ovom predmetu (iskaza svjedoka E. B. i E.*

⁸² Odluka Ustavnog suda br. 1885/13

⁸³ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 014393 13 Kž od 14.01.2014. godine.

S.) i utvrđenja suda iz inicijalnog predmeta o određenim okolnostima (da je optuženi faktički upravljao pravnim licem), koje uzete zajedno upućuju na postojanje konkretnih činjenica. Vijeće je imalo u vidu da je u sudskoj praksi utvrđeno pravilo dokazivanja putem indicija, na način da indicije moraju djelovati kao čvrst zatvoreni krug, koji dozvoljava samo jedan opravdan zaključak u odnosu na relevantnu činjenicu, te da objektivno isključuje mogućnost bilo kakvog drugog zaključka u odnosu na istu činjenicu. Takvi dokazi nisu bili jedini, niti odlučujući dokazi na kojima se temelji odluka vijeća”⁸⁴.

Presudom Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala⁸⁵ nakon provedenog glavnog pretresa, oglaseni su krivim optuženi zbog učinjenog krivičnog djela Organizovani kriminal u vezi sa krivičnim djelom Neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga i osuđeni na zatvorske kazne. U odnosu na analizu primjene posrednih dokaza i ocjenu njihove dokazne vrijednosti u konkretnom krivičnom predmetu, sud u obrazloženju presude ističe, analizirajući iskaze svjedoka da, imajući u vidu iskaze svjedoka, te dokaze objektivne prirode, kojima se u cijelosti potvrđuju iskazi svjedoka, sud nije mogao prihvatiti primjedbe branilaca optuženih da ne postoji nijedan čvrst dokaz da pronađena droga u šumarku pripada optuženom, već da se radi samo o indicijama. Kako sud zaključuje, imajući u vidu opravdani prigovor da je bilo nužno snimiti tragove na nađenoj torbi, kako bi se utvrdilo ko je istu donio u šumarak, sud je uvjerenja da naprijed analizirani posredni dokazi u cijelosti potvrđuju optužbu u odnosu na optuženog S.S, tim prije kada se ima u vidu i dio iskaza svjedoka R.M, kojem nije prigovarano od strane odbrane, kada tvrdi da ga je optuženi pitao, kada su mu saopštili zbog čega su došli, što mu to nije javio, ne sporeći njihovo međusobno dugogodišnje poznanstvo iz ratnog perioda. Po ocjeni suda, svi dokazi koji se odnose na optuženog S.S. se međusobno nadopunjuju i međusobno su čvrsto i logički povezani, tako da predstavljaju jedan zatvoren krug i sa punom sigurnošću upućuju na jedini mogući zaključak, da je upravo optuženi izvršio krivično djelo koje je predmet optužbe i da je izvedenim dokazima isključena svaka druga mogućnost, bez obzira što se radi o posrednim dokazima. U prilog ovakvom zaključku, kako

⁸⁴ Presuda Suda Bosne i Hercegovine br. S1 2 K 019659 17 Kž 8 od 21.04.2017. godine.

⁸⁵ Presuda Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11-0-K-07-000 015-p od 25.12.2007. godine.

sud zaključuje, govore i podaci iz kaznene evidencije za optuženog, te potvrđena optužnica protiv njega u drugom postupku za krivično djelo Neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga. Na osnovu utvrđenog, sud je našao dokazanim da su optuženi učinili krivična djela za koja se terete, te ih je proglasio krivim i osudio u skladu sa zakonom. Odlučujući po žalbama tužilaštva i branilaca optuženih, Vrhovni sud Republike Srpske, u Posebnom vijeću za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala, je donio presudu⁸⁶ kojom se kao neosnovane odbijaju žalbe tužioca i branilaca optuženih i potvrđuje prvostepena presuda. Navedene odluke su bile predmetom apelacije pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine, koji je po predmetnoj apelaciji donio odluku o dopustivosti i meritumu⁸⁷ na osnovu koje se odbija kao neosnovana apelacija apelanta protiv navedene presude Vrhovnog suda RS i presude Okružnog suda u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala.

U obrazloženju svoje odluke, Ustavni sud podsjeća da se činjenice koje sud treba utvrditi mogu dokazivati neposrednim i posrednim dokazima – indicijama, pri tome naglašavajući da za dokazivanje indicijama vrijedi pravilo da indicije moraju djelovati kao čvrst i zatvoren krug koji dozvoljava samo jedan zaključak u odnosu na relevantnu činjenicu, te da objektivno potpuno isključe mogućnost drugačijeg zaključka u odnosu na istu činjenicu. Dakle, činjenice utvrđene posrednim dokazima moraju biti nesumnjivo utvrđene i međusobno čvrsto i logički povezane, tako da upućuju na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. Također, izvedeni posredni dokazi moraju biti u potpunom skladu i predstavljati ne zbir dokaza, već sistem indicija koji će u svom sklopu i povezanosti isključiti svaku drugu verziju mogućnosti od one koju je utvrdio prvostepeni sud. U kontekstu navedenog, Ustavni sud primjećuje da je osuđujuća presuda protiv apelanta zasnovana na posrednim dokazima – iskazima u presudi poimenično navedenih svjedoka koji su na glavnom pretresu unakrsno i direktno ispitani, kao i na dokumentaciji detaljno navedenoj u prvostepenoj presudi. Uzimajući u obzir te dokaze pojedinačno, te dovodeći ih u međusobnu vezu, prvostepeni sud je jasno obrazložio kako je došao do zaključka koji ne ostavlja sumnju u to da je apelant

⁸⁶ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 118-0-Kž-08-000 057 od 12.06.2008. godine.

⁸⁷ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP2477/08 od 07.04.2011. godine.

učinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret i za koje je osuđen. Ustavni sud smatra da su razlozi koje je naveo prvostepeni sud u odnosu na svoje ubjeđenje da je apelant učinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret, a koje je kao logične prihvatio i drugostepeni sud, zadovoljavajući sa aspekta principa brižljive i savjesne ocjene dokaza i u odnosu na zahtjeve domaćeg zakona, i u odnosu na standarde člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sem navedenog, Ustavni sud nalazi da obrazloženje koje je u vezi s tim dao prvostepeni sud, a prihvatio ga u žalbenom postupku i Vrhovni sud, zadovoljava kriterijume prava na obrazloženu odluku iz člana 6. Evropske konvencije, te da ocjena posrednih dokaza, koju su dali redovni sudovi, ni na koji način ne ostavlja utisak proizvoljnosti ili nelogičnosti, niti predstavlja kršenje principa in dubio pro reo.

U drugom predmetu koji je vođen pred Okružnim sudom u Banjaluci, Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala presuda je također zasnovana, između ostalog, na primjeni i prihvatanju posrednih dokaza. U odnosu na primjenu posrednih dokaza u obrazloženju presude sud navodi da iz materijalnih dokaza koje je izvelo tužilaštvo proizilazi da je sa računa preduzeća u vlasništvu optuženog R.M. u kritičnom periodu došlo do podizanja novčanih sredstava na ime akontacije za putovanje u inostranstvo. Na osnovu akta Poreske uprave Republike Srpske utvrđuje se da ova gotovinska novčana sredstva nisu upotrebljena za namjenu radi koje su podignuta, pa dovodeći u vezu ove dokaze sa činjenicom da ukupan novčani iznos razlike u cijeni akcija koja je isplaćena malim akcionarima, približno odgovara novčanom iznosu koji je sa računa preduzeća optuženog podignut u dva navrata, nekoliko dana prije otvaranja prvih i nakon otvaranja poslednjih prodajnih naloga, na osnovu čega sud utvrđuje da je jedini logičan zaključak da su ta novčana sredstva podignuta od strane optuženog R.M. kao ovlaštenog lica preduzeća i da je ova novčana sredstva predao optuženom K.Ž. koji je organizovao isplatu malim akcionarima u vidu razlike u cijeni prodatih akcija od 0.35 KM. Sud utvrđuje da je cilj optuženog R.M. bio da postane najveći akcionar emitenta zbog čega je zajedno sa ostalim optuženim i preduzimao sve inkriminisane radnje i da na osnovu iznesenog sud izvodi jedini logičan zaključak da je on svoj lični novac preko optuženog K.Ž. isplatio malim akcionarima u gotovini mimo berze (...). Odlučujući po žalbama optuženih i njihovih branilaca Vrhovni sud Republike Srpske je donio

presudu⁸⁸ kojom se kao neosnovane odbijaju žalbe optuženih i njihovih branilaca i potvrđuje prvostepena presuda.

6. Analiza aktuelne sudske prakse koja se odnosi na vezanost presude za optužbu

Vežanost presude za optužbu normirana je krivično-procesnim zakonodavstvom Bosne i Hercegovine, entitetima i Brko Distriktu, u identičnom sadržaju. Propisano je da se presuda može odnositi samo na osobu koja je optužena (subjektivni identitet) i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj, odnosno, na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici (objektivni identitet). Sud nije vezan za prijedloge tužitelja u pogledu pravne ocjene djela⁸⁹. Smisao navedene zakonske odredbe je ostvarenje značajnih načela krivičnog postupka. Navedenom odredbom osigurava se primjena akuzatorskog načela, u smislu da je tužitelj taj koji određuje predmet postupka, pa, prema tome, i predmet presude, a tom odredbom omogućava se i kontradiktornost glavnog pretresa. Navedena zakonska odredba ima za cilj i osiguranje prava optuženog na odbranu jer optuženi, putem sadržaja optužnice, mora biti upoznat sa djelom za koje se tereti kako bi mogao pripremiti svoju odbranu. Pored toga, ova odredba ima za cilj i da osigura potpuno objektivan položaj suda tokom suđenja.

U sudskoj praksi rijetke su situacije da je problematizirano pitanje subjektivnog identiteta sa aspekta predmetnih krivičnih djela koja su tema ovog rada. Spornim se pokazalo, što je bilo predmetom žalbenih navoda, da je povrijeđen identitet presude i optužbe, jer je sud utvrđivao činjenice koje proizilaze iz analiziranih dokaza u odnosu na svijest i volju osoba koje nisu optužene. Tako, u krivičnom predmetu protiv sada osuđenih x i y zbog krivičnog djela Organizirani kriminal iz člana 342. stav 3. Krivičnog zakona FBiH (u daljem tekstu: KZ FBiH) u vezi sa krivičnim djelima Porezna utaja iz člana 273. stav 3. u vezi sa stavom 1. i Pranje novca iz člana 272. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH i optužene xy zbog krivičnog djela Organizirani kriminal iz člana 342. stav 2., u vezi sa krivičnim djelom Pranje novca iz člana 272. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH, izjavljena je žalba i zbog bitne povrede

⁸⁸ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, Posebno vijeće za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 00438114 KZ2 od 22.05.2014. godine.

⁸⁹ Član 295. stav 1 i 2. Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH; član 294. stav 1 i 2. Zakona o krivičnom postupku RS; član 280. stav 1 i 2. Zakona o krivičnom postupku BD i BiH.

odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH. Navedeno je da je prvostepeni sud prekoračio optužbu na način što je utvrdio da je osumnjičeni, koji nije optužen u ovom predmetu, pripadnik grupe za organizirani kriminal, pa je na taj način, po mišljenju branitelja, de facto oglašen krivim. Da bi prvostepeni sud utvrdio činjenicu da je osumnjičeni pripadnik grupe za organizirani kriminal, morao je utvrditi i njegov umišljaj. Stoga po mišljenju branitelja, kako ovaj osumnjičeni, koji je u bjekstvu, nema status optuženog u ovom predmetu, bez utvrđivanja umišljaja nije se mogla utvrđivati ni njegova pripadnost grupi za organizirani kriminal, koja činjenica je, po mišljenju branitelja, odlučujuća za utvrđivanje krivične odgovornosti i optuženih x i y, kao organizatora grupe za organizirani kriminal.

Ove žalbene navode Vrhovni sud Federacije, nalazi neosnovanim. Obrazloženo je da iz optužnice a zatim i iz izreke pobijane presude slijedi da ovaj osumnjičeni nije imao status optuženog, niti ga je prvostepeni sud oglasio krivim. Iz obrazloženja pobijane presude slijedi da je prvostepeni sud utvrdio svijest i volju o pripadnosti grupi za organizirani kriminal osumnjičenog, a ne i njegov umišljaj, jer isti nema status optuženog, pa njegov umišljaj nije mogao ni utvrđivati. Međutim, okolnost da prvostepeni sud nije utvrdio postojanje umišljaja na strani osumnjičenog, kao i okolnost da isti nema status optuženog ne znači da prvostepeni sud nije mogao analizirati dokaze i utvrđivati njegovu svijest i volju o pripadnosti grupi za organizirani kriminal, na način kako je to opisano najprije u optužnici a zatim i u izreci pobijane presude i u onoj mjeri koja je neophodna da se činjenično opišu inkriminisane radnje optuženih, obzirom da uloga osumnjičenog u pojedinim radnjama proizilazi iz dokaza provedenih tokom glavnih pretresa. Prema tome okolnost da se prvostepena presuda bazira na zaključku suda o pripadnosti osumnjičenog grupi za organizirani kriminal, na način kako je to opisano u optužnici, ne predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka prekoračenja optužbe u smislu člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH⁹⁰.

Subjektivni identitet presude i optužbe će biti povrijeđen i ukoliko u dijelu izreke presude nisu navedeni identifikacijski podaci optuženog. Navedeno proizilazi iz odluke Vrhovnog suda Federacije: “Ukoliko presuda ne sadrži pune identifikacijske podatke osobe koja je oglašena

⁹⁰ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 18 Kž 32 od 17.01.2019. godine.

krivom, oslobođena od optužbe ili je u odnosu na tu osobu optužba odbijena, onda se ne može ni utvrditi da li se radi o istoj osobi koja je i optužena”. U konkretnom slučaju, iz izreke pobijane presude proizilazi da je odbijena optužba u odnosu na Č.E., sina N., dok je optužnicom optužen Č.E., sin O. (uz navođenje ostalih identifikacijskih podataka), iz čega slijedi da se presuda ne odnosi na istu osobu koja je i optužena, čime je optužba prekoračena, odnosno, učinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH, na koju se žalbom tužitelja osnovano ukazuje⁹¹.

Odgovarajući na pitanje identiteta optužbe i presude, Ustavni sud BiH je u svojoj odluci zauzeo stanovište da „u krivičnopravnoj teoriji i praksi objektivni identitet optužbe i presude neće biti doveden u pitanje ako se u presudi izmijene okolnosti koje se odnose na bliže svojstvo krivičnog djela, ili na okolnosti koje bliže određuju krivično djelo, ili ako se u presudi izmijene okolnosti koje nisu bitne za opis djela, zatim ako se u presudi potpunije i preciznije odredi uopćeni činjenični opis djela iz optužnog akta. U svakom slučaju, objektivni identitet optužbe i presude nije povrijeđen ako se radi o takvim izmjenama koje ne ulaze u suštinu krivičnog djela sadržanoj u optužnici, pod uvjetom da optuženi ne bude osuđen za teže krivično djelo od onog djela koje je sadržano u optužnom aktu“⁹².

Analiza sudskih odluka pokazuje da se pitanje identiteta (objektivnog) optužbe, tj. da li je došlo do povrede objektivnog identiteta presude i optužbe, postavlja kada sud utvrdi činjenično stanje drugačije od onoga opisanog u optužnici, pa izmijeni okolnosti koje nisu elementi bića krivičnog djela, ili izostavi određene činjenice; drugačije opiše okolnosti koje predstavljaju elemente bića krivičnog djela, uz zadržavanje iste pravne kvalifikacije; drugačije okvalifikuje radnju izvršenja koja je alternativno postavljena; uvede blanketni propis koji nije imao za posljedicu izmjenu pravne kvalifikacije krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, niti su izmijenjene radnje učinjenja krivičnog djela za koje se optuženi tereti; ukoliko se presuda temelji na činjenicama koje su različite od činjenica sadržanih u optužnom aktu, bez obzira da li su činjenice u presudi „in favorem“ odnosno „in peius“ optužene osobe; na preuzeto utvrđeno činjenično stanje iz optužnice

⁹¹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 01 0 K 004851 15 Kž 30.11.2016. godine.

⁹² Odluka Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu br. AP 3119/06 od 28.10.2008. godine.

primjeni drugu pravnu normu; djelo za koje je optuženi oglašen krivim ima zaštitni objekat koji je potpuno drugačiji u odnosu na krivično djelo koje je istom stavljeno na teret predmetnom optužnicom.

Primjeri iz prakse ukoliko sud utvrdi činjenično stanje drugačije od onoga opisanog u optužnici, pa izmijeni okolnosti koje nisu elementi bića krivičnog djela, drugačije opiše okolnosti koje predstavljaju elemente bića krivičnog djela uz zadržavanje iste pravne kvalifikacije ili drugačije okvalifikuje radnju izvršenja koja je alternativno postavljena, ili uvede blanketni propis koji nije imao za posljedicu izmjenu pravne kvalifikacije krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, niti su izmijenjene radnje učinjenja krivičnog djela za koje se optuženi tereti, izostavljanje nedokazanih činjenica, a što prema analiziranim odlukama nema za posljedicu da je prekoračena optužba i učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH:

Iz obrazloženja:

„Prije svega, krivično djelo Krivotvorenje isprave iz člana 373. stav 1. KZ FBiH, čini onaj ko izradi lažnu ispravu ili preinači pravu ispravu s ciljem da se takva isprava upotrijebi kao prava, ili ko lažnu ili preinačenu ispravu upotrijebi kao pravu ili je nabavi radi upotrebe, dok je stavom 2. istog člana propisano ko krivično djelo iz stava 1. ovog člana učini u pogledu javne isprave, oporuke, mjenice, čeka, javne ili službene ili druge knjige koja se po zakonu mora voditi, kaznit će se kaznom zatvora od 3 (tri) mjeseca do 5 (pet) godina. Prema tome, okolnost da je prvostepeni sud, nakon provedenog dokaznog postupka i u skladu sa utvrđenim činjeničnim stanjem korigovao tačku 3. optužnice, na način da je utvrdio da je optuženi potpisao dva zapisnika i potvrde o položenom stručnom ispitu za kandidate naznačene u optužnici koji su ispit polagali bez prisustva člana komisije T.M., nema za posljedicu prekoračenje optužbe. Navedeno stoga, jer se optužnicom optuženom stavljalo na teret da je navedene zapisnike i potvrde potpisao sa ciljem da se iste upotrijebe kao prave, iako kandidati nisu polagali stručni ispit pred komisijom u punom sastavu, na koji način je pribavio imovinsku korist naplatom rada u komisiji, a izrekom presude je i oglašen krivim da je navedene zapisnike i potvrde potpisao sa ciljem da se iste upotrijebe kao prave, iako kandidati nisu polagali stručni ispit pred komisijom u punom sastavu, na koji način je pribavio imovinsku korist naplatom rada u komisiji. Stoga,

činjenice da je bio prisutan samo član komisije S.E., odnosno da nije bio prisutan član komisije T.M. (kako je to našao utvrđenim prvostepeni sud) nisu relevantne u odnosu na odlučnu činjenicu - da je komisija kritične prilike bila u nepotpunom sastavu i da su kandidati polagali ispit pred komisijom u nepotpunom sastavu. Stoga, okolnost da je prvostepeni sud našao dokazanim da je optuženi potpisao dva zapisnika i potvrde, u situaciji kada ispit nije održan pred komisijom u punom sastavu, nema za posljedicu da je prekoračena optužba i učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH⁹³.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine, u predmetu broj AP 2567/19, odlučivao je o apelaciji, podnesnoj protiv ove odluke. Ustavni sud zaključuje da nema kršenja apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. Evropske konvencije kada su, sagledavajući postupak u cjelini, redovni sudovi, a naročito Vrhovni sud, za osporene odluke dali detaljna, jasna i argumentovana obrazloženja u pogledu izvedenih dokaza i primjene pozitivnopravnih propisa, te kada je apelantova odbrana imala jednaku mogućnost kao i Kantonalno tužilaštvo da predlaže dokaze i kada su redovni sudovi dali logična i uvjerljiva obrazloženja da je apelant počinio krivična djela za koja je optužen⁹⁴.

Iz obrazloženja:

„...pitanje da li određena radnja ili propust odgovorne osobe predstavlja iskorištavanje ili prekoračenje službenog ovlašćenja ili neobavljanje službene dužnosti s obzirom da su to elementi zakonskog opisa krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH, predstavlja pravno pitanje i zaključak o tome da li radnje sadržane u izreci optužnice predstavljaju iskorištavanje ili prekoračenje službenog ovlašćenja ili neobavljanje službene dužnosti predstavlja stoga pravni zaključak zasnovan na analizi sadržine stvarnog ponašanja odgovorne osobe opisanog u izreci presude. Iz tih razloga je ovaj sud smatrao da stav tužitelja o tome da li opisane radnje optuženog xy, za koje ga je teretio optužnicom, predstavljaju iskorištavanje službenog ovlašćenja ili njegovo prekoračenje ili neobavljanje službene dužnosti ne obavezuje sud. Takođe, ovaj sud nalazi, s obzirom na odredbu člana 300. stav 1.

⁹³ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 022419 17 Kž od 21.03.2021. godine (strana 4 i 5).

⁹⁴ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 014378 18 Kž 12 od 29. avgusta 2019. godine.

tačka a) ZKP FBiH, da kvalifikovanje u samom činjeničnom opisu djela određenih radnji ili propusta odgovorne osobe kao iskorištavanje ili prekoračenje službenog ovlašćenja ili neobavljanje službene dužnosti nije obavezan elemenat opisa djela u izreci presude kojom se optuženi oglašava krivim za krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlašćenja iz člana 383. KZ FBiH. U skladu sa navedenom zakonskom odredbom obavezan elemenat činjeničnog opisa djela u izreci presude su činjenice i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela, dakle, činjenice i okolnosti u kojima se sastoji odnosno ogleda iskorištavanja ili prekoračenje službenog ovlašćenja ili neobavljanje službene dužnosti. Stoga je ovaj sud, nalazeći da činjenice i okolnosti kojima je opisana radnja optuženog xy predstavljaju prekoračenje službenog ovlašćenja, iz činjeničnog opisa djela u izreci presude izostavio navod iz optužnice da je navedenim radnjama optuženi xy iskoristio svoje službeno ovlašćenje⁹⁵.“

Iz obrazloženja:

„U žalbi se navodi da je u pogledu umišljaja činjenični opis proširen, jer se u izmijenjenoj optužnici navodi da je optuženi L. djelovao navodno „svjestan da će pri dodjeli podsticaja u poljoprivredi rukovoditi ličnim interesima, a ne interesima službe, što je i htio (...). Iz stanja u spisu proizilazi da je tužilac ocijenio da se činjenično stanje u toku trajanja glavnog pretresa izmijenilo, pa je na osnovu ovlaštenja propisanih u članu 290. ZKP FBiH izmijenio optužnicu. U smislu naprijed navedenog člana ZKP FBiH ovlašteni tužilac može izmijeniti optužnicu nezavisno od toga da li su se na glavnom pretresu pojavili novi dokazi, dovoljna je i nova subjektivna ocjena dokaza, pribavljenih u prethodnom postupku, koja je rezultat usmenog, neposrednog i kontradiktornog raspravljanja na glavnom pretresu. Po nalaženju ovog suda, a kako je to pravilno zaključio i prvostepeni sud, u konkretnoj situaciji između prvobitnog opisa djela i opisa djela u izmijenjenoj optužnici postoji istovjetnost u osnovnom događaju, tako da izmijenjena optužnica bez obzira što se radi o izmjeni činjeničnih navoda ne zahtijeva pokretanje novog postupka, s obzirom da između prvobitno podnesene optužnice i opisa djela u izmijenjenoj optužnici postoji istovjetnost u osnovnim elementima, i da nisu dodavana nova krivična djela. Prema tome kako je tužilac u skladu sa ovlaštenjima propisanim u članu 290 ZKP FBiH izmijenio optužnicu

⁹⁵ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 001884 11 Kžk od 11.10.2011. godine.

na glavnom pretresu, to postupajući po tako izmijenjenoj optužnici prvostepeni sud nije počinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH u vezi sa članom 290 istog zakona...⁹⁶“.

Iz obrazloženja:

„...U konkretnom slučaju, tužitelj je uvođenjem blanketnog propisa izmijenio činjenični opis dijela optužnice koji nije imao za posljedicu izmjenu pravne kvalifikacije krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, niti su izmijenjene radnje učinjenja krivičnog djela za koje se optuženi tereti, a niti je ovakvim postupanjem od strane tužitelja otežan procesni položaj optuženog. Pri tome, između ranije optužnice i opisa djela u izmijenjenoj optužnici postoji istovjetnost u osnovnim elementima, obzirom da se izmjena kretala u granicama subjektivnog i objektivnog identiteta. Shodno tome, tužitelj je imao zakonskog uporišta da izmijeni optužnicu uvođenjem blanketnog propisa, te je valjalo ovaj žalbeni prigovor braniteljice odbiti kao neosnovan⁹⁷“.

Iz obrazloženja:

„...Iz obrazloženja pobijane presude (strana 74. i 75.) proizilazi da je prvostepeni sud, kada je u pitanju krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH opisano pod tačkom 2. d) optužnice, optuženog oglasio krivim za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 1. KZ FBiH, jer je našao utvrđenim da je optuženi potpisivanjem 23. knjižne obavijesti po kojima je odobren povrat robe d.o.o. „L.“ Sarajevo u iznosu od 4.908,39 KM, iskoristio ovlaštenja direktora, dok nije nije našao utvrđenim da je optuženi A.D. nalogao rukovodiocima službi M.Š., A.S. i F.H. da izvrše povrat robe, potpisivanjem 213 knjižnih obavijesti, po kojima je odobren povrat robe od strane d.o.o. „L.“ Sarajevo u iznosu od 79.144,46 KM. Stoga, oglašavanjem optuženog krivim za krivično djelo Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 1. KZ FBiH,

⁹⁶ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 014378 18 Kž 12 od 29.08.2019. godine, u krivičnom predmetu protiv optuženog J.I.L. zbog krivičnog djela Udruživanje radi činjenja krivičnih djela iz člana 340. stav 1. Krivičnog zakona FBiH u sticaju sa produženim krivičnim djelom Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 3. u vezi sa stavom 1. istog Zakona, a sve u vezi sa članovima 54. i 55. Krivičnog zakona FBiH i protiv optuženog S.Š. zbog krivičnog djela Udruživanje radi činjenja krivičnih djela iz člana 340. stav 2. Krivičnog zakona FBiH u sticaju sa produženim krivičnim djelom Zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 3. u vezi sa stavom 1. i sve u vezi sa članovima 33., 54. i 55. istog zakona.

⁹⁷ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 009714 15 Kž od 11.10.2017. godine.

odnosno za povrat robe po 23 knjižne obavijesti koje je sam potpisao i izostavljanjem iz činjeničnog opisa iznosa od 79.144,46 KM koji se odnosi na povrat robe po 213 knjižnih obavijesti potpisanih od strane rukovodioca službi M.Š., A.S. i F.H., za koje nije našao utvrđenim da je optuženi svjedocima naložio da ih potpišu, prvostepeni sud nije povrijedio identitet optužbe i presude, kada je u izreci pobijane presude iz činjeničnog opisa krivičnog djela pod tačkom 2. d) optužnice, izostavio dio inkriminacije za koji je našao da nije dokazan. S tim u vezi je neophodno ukazati da se sukladno odredbi člana 297. stav 1. ZKP FBiH, presudom optužba odbija ili se optuženi oslobađa od optužbe ili se optuženi oglašava krivim, dakle, u odnosu na jedno te isto krivično djelo (u konkretnom slučaju krivično djelo pod tačkom 2. d) optužnog akta), nije moguće istovremeno donijeti više vrsta presuda. Stoga je prvostepeni sud pravilno postupio kada je u odnosu na ispušteni dio inkriminacije, svoj stav o postojanju tog dijela inkriminacije obrazložio samo u razlozima pobijane presude. Takvim postupanjem, suprotno navodima iz žalbe kantonalnog tužitelja, prvostepeni sud nije počinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka h) ZKP FBiH na koju se ukazuje žalbom“.⁹⁸

Presudom Općinskog suda u Zenici broj 43 0 K 132880 17 K od 14. januara 2019. godine optuženi su proglašeni krivim za izvršenje produženog krivičnog djela zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 383. stav 1. a u vezi sa čl. 31. i 55. KZ FBiH. Presudom Kantonalnog suda u Zenici broj 43 0 K 132880 19 Kž od 27. maja 2019. godine djelomično je uvažena žalba odbrane. U pogledu navoda o bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP, u odnosu na tačku l. izreke presude, žalbom je ukazano na nedostatak krivičnopravnih radnji za krivično djelo koje je optuženima stavljeno na teret zbog nepostojanja blanketne norme koju su optuženi navodno prekršili, pri čemu je sud izmijenio činjenični opis optužnice tako što je ubacio bitan element krivičnog djela (blanketnu odredbu), i to riječima: “Tako što su prekoračili granice svojih službenih ovlasti propisanih članom 20. Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta u Kantonalnoj upravi za inspeksijske poslove Zeničko-dobojskog kantona.

⁹⁸ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 013376 20 Kž 2 od 20.05.2021. godine.

Ispitujući navedene žalbene prigovore Kantonalni sud je ocijenio da je tačno da je prvostepeni sud u opis krivičnopravnih radnji opisanih pod tačkom 1/a i 1/b izreke presude koje se optuženim stavljaju na teret ubacio riječi koje su navedene u žalbi, ali da je na navedeni način samo preciznije određen status optužene kao službenih lica pri čemu, po mišljenju Kantonalnog suda, nije povrijeđen objektivni identitet optužbe i presude, niti je počinjena bitna povreda iz člana 312. stav 1. tačka j). ZKP. Što se tiče radnji opisanih pod tačkom 1/b izreke presude, Kantonalni sud je istakao da je neprihvatljiv žalbeni prigovor prema kojem ubacivanje blanketne norme od suda u opis djela mora sadržavati i konkretizaciju materijalnog propisa. U konkretnom slučaju uvođenjem sadržaja člana 20. Pravilnika praktično je u opis djela unesen opći akt, što predstavlja samo dopunu i preciziranje opisa djela koje nije imalo kao posljedicu izmjenu pravne kvalifikacije krivičnog djela koje se optuženim stavlja na teret, odnosno za koje su proglašeni krivim, niti su postupkom suda izmijenjene radnje počinjenja krivičnog djela za koje se apelanti terete, a niti je takvim postupanjem prvostepenog suda na bilo koji način otežan procesni položaj optuženog, pri čemu se izvršena modifikacija od suda kretala u granicama subjektivnog i objektivnog identiteta (nije prekoračena optužba).

Međutim, ovakav stav Kantonalnog suda u Zenici „da je na navedeni način samo preciznije određen status optužene kao službenih lica pri čemu, po mišljenju Kantonalnog suda, nije povrijeđen objektivni identitet optužbe i presude, niti je počinjena bitna povreda iz člana 312. stav 1. tačka j). ZKP FBiH, te da je neprihvatljiv žalbeni prigovor prema kojem ubacivanje blanketne norme od suda u opis djela mora sadržavati i konkretizaciju materijalnog propisa (...)”, je u suprotnosti sa stavovima Vrhovnog suda Federacije, odnosno da svojstvo optužene osobe mora biti konkretizovano jer se radi o bitnom obilježju predmetnog krivičnog djela, kao i potreba da odredbe blanketnih propisa trebaju biti konkretizovane⁹⁹.

Primjeri iz prakse kada se presuda temelji na činjenicama koje su različite od činjenica sadržanih u optužnom aktu, bez obzira da li su činjenice u presudi „in favorem“ odnosno „in peius“ optužene osobe, te kada se optuženi oglasi krivim za radnje za koje ga tužitelj optužnicom nije teretio, a što za posljedicu ima prekoračenje optužbe. Primjer su sljedeće presude u kojima se navodi:

⁹⁹ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023659 19 Kž 5 od 26.11.2020. godine.

Iz obrazloženja:

„Iz činjeničnog opisa djela u optužnici proizilazi da je tužitelj optuženoj stavio na teret da je učinila produženo krivično djelo Pronevjera u službi iz člana 384. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH, a da je optužena pobijanom presudom oglašena krivom da je učinila krivično djelo Nesavjestan rad u službi iz člana 387. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH. Pri tome, je prvostepeni sud konstatovao (strana 6. presude) da je optužena oglašena krivom za krivično djelo iz iste glave KZ FBiH, te da je riječ o blažem krivičnom djelu. Međutim, po nalaženju ovog suda, prekoračenje optužbe, ogleda se u činjenici da je optužnicom optuženoj tužitelj stavljao na teret radnje učinjenja koje predstavljaju povredu isključivo jednog blanketnog propisa i to člana 10. Zakona o finansijskom poslovanju, s ciljem da optužena sebi pribavi protupravnu imovinsku korist, tako što novac kojeg je svakodnevno zaprimila od prodate robe u vidu pologa dnevnih pazara, koji joj je povjeren u službi, u iznosu od KM, nije polagala u blagajnu privrednog društva ili na njegov žiro račun, kojeg je prisvojila i na taj način za navedeni iznos oštetila navedeno privredno društvo, a da je pobijanom presudom prvostepeni sud optuženu oglasio krivom za druge radnje učinjenja koje predstavljaju povredu blanketnih propisa i to članova 14. i 15. Zakona o računovodstvu i reviziji, kao i povredu Odluke privrednog društva, koje joj tužitelj uopće nije stavljao na teret, tj. da je optužena očito nesavjesno postupala, svjesna da usljed toga može nastupiti šteta za privredno društvo, propustila da svakodnevnom kontrolom stanja novca u blagajni diskonta osigura zakonitost u radu blagajne i zakonitost blagajničkog poslovanja, na način da pologe dnevnih pazara koji su joj povjereni u službi u ukupnom iznosu od KM, nije polagala u blagajnu privrednog društva, odnosno na njegov žiro račun (...). Kako je prvostepeni sud pobijanom presudom optuženu oglasio krivom za druge radnje učinjenja u odnosu na potvrđenu i izmijenjenu optužnicu, koje tužitelj optuženoj uopće nije stavljao na teret, učinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH, pa se ne može prihvatiti stav iz pobijane presude da je optužena oglašena krivom za krivično djelo iz iste glave KZ FBiH, da je riječ o blažem krivičnom djelu i da uslijed toga nije povrijeđen objektivni identitet optužbe, niti je prekoračena optužba. Pored toga, postupajući na navedeni način, prvostepeni sud je povrijedio i pravo na odbranu optužene zagarantovano članom 6. stav 2. ZKP FBiH, kojim

je propisano da se optuženom mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama za koje se tereti, a što u konkretnom slučaju optuženog, pomenutim postupkom suda nije bilo omogućeno jer, nije bila terećena od strane tužitelja za radnje za koje je sud oglasio krivom¹⁰⁰“

„...Cijeneći sadržaj i značaj izvršenih izmjena u činjeničnom opisu djela u izreci pobijane presude (tačka 1. izreke) u odnosu na opis djela u optužnici (tačka 1. optužnog akta), ovaj sud nalazi osnovanim žalbene navode branitelja optuženog da je prvostepenom presudom optuženi oglašen krivim za radnje za koje optužnicom županijskog tužiteljstva, nije ni bio optužen. Naime, prema izreci pobijane presude optuženi je oglašen krivim što je za vrijeme stručnog usavršavanja primio naknadu na ime obavljenih dežurstava u ukupnom iznosu od 856,00 KM, iako ih on nije stvarno obavio, nego su dežurstva za njega obavili ljekari zaposlenici Doma zdravlja Široki Brijeg, M.M., F.M. i M.V. i ljekar dr. A.B. koji u spornom periodu nije bio zaposlenik Doma zdravlja Široki Brijeg, iako predmetnom optužnicom, optuženom nije stavljeno na teret da je za vrijeme stručnog usavršavanja primio naknadu na ime obavljenih dežurstava, koja su za njega obavili ljekari zaposlenici Doma zdravlja Široki Brijeg, M.M., F.M. i M.V.. Ovakvim izmjenama činjeničnog opisa djela u izreci pobijane presude u odnosu na opis djela u optužnici, prvostepeni sud je prekoračio optužbu, jer je optuženog oglasio krivim za radnje za koje nije optužen. Postupanjem na takav način prvostepeni sud je, a kako se to osnovano ukazuje žalbom branitelja optuženog, učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH, a istovremeno, kako se takođe osnovano ukazuje žalbom branitelja, takvim postupanjem povrijedio i jedno od osnovnih prava optuženog, pravo na odbranu optuženog zagarantovano odredbama člana 6. stav 2. ZKP FBiH, jer optuženom nije omogućio da se izjasni u pogledu radnji za koje ga je pobijanom presudom oglasio krivim¹⁰¹“.

„...u djelimično izmijenjenoj optužnici tužitelja, na glavnom pretresu održanom dana 01.07.2013. godine, bilo je navedeno da su saoptuženi, na opisani način sebi “pribavili protupravnu imovinsku korist u iznosu od 789.461,00 KM za koji iznos su oštetili preduzeće „E“ d.o.o. L. Kod takvog činjeničnog opisa tužitelj je ostao i na zadnjem glavnom

¹⁰⁰ Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 06 0 K 008916 17 Kž od 28.02.2019. godine.

¹⁰¹ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 08 0 K 003045 18 Kž od 15.10.2020. godine.

pretresu održanom dana 16.12.2013. godine, odnosno i u završnoj riječi. Međutim, sud je, kako to „obrazlaže“ (strana 8. presude, prvi pasus), taj dio činjeničnog opisa optužnice sam izmijenio tako da je, kako navodi, umjesto navoda u izmijenjenoj optužnici „da je optužena sebi pribavila imovinsku korist u iznosu od 789.461,00 KM i za navedeni iznos oštetila preduzeće „E“, u izreci presude naveo da je optužena „preduzeću „A.c.“ d.o.o. L. pribavila protupravnu imovinsku korist u iznosu od 299.908,30 KM, a za navedeni iznos pričinila štetu poduzeću „E“. Iz navoda suda proizilazi da je ova izmjena optužnice izvršena iz razloga jer iz provedenih dokaza proizilazi da je ukupno pribavljena imovinska korist od 299.908,30 KM, i da tu „protupravnu korist optužena nije sebi pribavila“ već preduzeću „A.c.“. Dakle, ovakvom izmjenom činjeničnog opisa prvostepeni sud je povrijedio pravilo o vezanosti presude za optužbu iz člana 295. stav 1. ZKP FBiH, jer ovakvim izmjenama sud mijenja bitne elemente predmetnog krivičnog djela koji se odnose na pribavljenu imovinsku korist. Pored toga, kako je navedena izmjena izvršena u izreci presude, onda je osnovan i žalbeni prigovor branitelja, da je optuženoj bila onemogućena efikasna odbrana, odnosno da odbrana nije imala mogućnost da se očituje o tim izmjenama i iznese svoje protuargumente. Postupivši na taj način suprotno odredbi člana 295. stav 1. ZKP FBiH, prvostepeni sud je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH, a istovremeno je počinio i bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH, jer je optuženoj bilo uskraćeno pravo na odbranu, kako je na te povrede pravilno ukazao branitelj u žalbi¹⁰²“.

„Povreda identiteta optužbe i presude može postojati u dva slučaja, kada sud nije riješio predmet optužbe ili ako je optužba prekoračena. Za ocjenu o tome da li je sud zahvatom u činjeničnu osnovu optužnice povrijedio njen objektivitet, nužno je poći od krivičnopravnih radnji koje su navedene u predmetnom optužnom aktu i opisa tih radnji iz izreke presude koja je povodom te optužbe donesena. Unošenje u činjenični opis djela u izreci presude činjenica i okolnosti koje čine posebna konstitutivna obilježja nekog drugog krivičnog djela, bez obzira da li je lakše od krivičnog djela za koje je optuženi optužen i po kojoj optužnici se vodio krivični postupak, ima za posljedicu prekoračenje optužbe. Takvim postupkom suda povrijeđeno je načelo akuzatornosti iz

¹⁰² Rješenje Vrhovnog suda FBiH br. 10 0 K 002161 15 Kž 28.05.2018. godine.

člana 17. ZKP FBiH, prema kojem se krivični postupak može pokrenuti i provesti samo po zahtjevu nadležnog tužitelja. Vršanjem navedenih činjeničnih modifikacija prvostepeni sud je ustvari preuzeo funkciju tužitelja koji svojim zahtjevom tj. optužnicom određuje djelo koje je predmet optužbe a time, pošto se presuda može odnositi samo na djelo sadržano u potvrđenoj, odnosno, na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici (član 295. stav 1. KZ FBiH) i predmet suđenja i tako ugrozio objektivni položaj suda u krivičnom postupku. Osim toga, time je optuženom onemogućena efikasna odbrana, jer je optuženi oglašen krivim za djelo koje nije bilo predmet optužbe i u odnosu na koje, iz tog razloga, nije mogao ni pripremiti odbranu. Postupivši na taj način suprotno odredbi člana 295. stav 1. ZKP FBiH, prvostepeni sud je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH¹⁰³.

Primjer iz prakse vezano za drugi zaštitni objekat (djelo za koje je optuženi oglašen krivim ima zaštitni objekat koji je potpuno drugačiji u odnosu na krivično djelo koje je istom stavljeno na teret predmetnom optužnicom):

„...tačno je da sud može u presudi, kojom oglašava optužene krivim za djelo iz optužnice, tom djelu dati i drugačiju pravnu ocjenu (koja proizilazi iz činjeničnog opisa optužnog akta), s tim što ta pravna ocjena ne smije biti teža, odnosno nepovoljnija za optuženog u odnosu na onu iz optužnice. Također, tačno je da ne postoji povreda objektivnog identiteta između optužbe i presude kao ni bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stava 1. tačke j) ZKP-a FBiH, ako prvostepeni sud u svojoj presudi kojom oglašava optužene krivim za djelo iz optužnice tom djelu da drugačiju pravnu ocjenu, s tim da ta drugačija pravna ocjena odgovara usvojenom činjeničnom opisu, odnosno da proizilazi iz njega i da nije teža, odnosno nepovoljnija za optuženog od one u optužnici. Dakle, objektivni identitet djela je sačuvan ako je djelo u presudi isto ili samo drugačije od onog iz optužbe, ali nikada ne smije biti teže od onog iz optužbe, niti može biti drugo djelo nego što je ono iz optužbe, pa ni pod uvjetom da je lakše od onog iz optužbe. Shodno navedenom, ako sud izvrši nedozvoljenu modifikaciju djela, počinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP F BiH. U konkretnom slučaju, prvostepeni sud

¹⁰³ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 008646 12 Kž 2 od 26.09.2012. godine.

je povrijedio objektivni identitet optužbe iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH s obzirom da djelo za koje je optužene oglasio krivima ima zaštitni objekat, koji je potpuno drugačiji u odnosu na krivično djelo koje je optuženima stavljeno na teret predmetnom optužnicom“.¹⁰⁴

Primjer iz prakse-primjena druge pravne norme na preuzeto utvrđeno činjenično stanje iz optužnice je diskreciono pravo suda i nema za posljedicu bitnu povredu odredaba krivičnog postupka prekoračenje optužbe:

„...Ni eventualna pogrešna pravna kvalifikacija učinjena od strane suda, ne dovodi do prekoračenja optužbe, nego bi se takva greška mogla razmatrati u okviru žalbenog osnova povrede Krivičnog zakona. Kada je riječ o pravnom identitetu između presude i optužnice, u zakonu je izričito navedeno da sud nije vezan za prijedloge tužioca iz optužnice u pogledu pravne ocjene djela, što znači da sud može činjenični opis djela pravno kvalifikovati na način koji smatra ispravnim. Ovo diskreciono pravo suda ne predstavlja prekoračenje optužnici, dakle, nema za posljedicu bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka j) ZKP FBiH“.¹⁰⁵

7. Trajno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u zakonodavstvu i praksi sudova

7.1. Uvodne napomene

Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog djela mora biti integralni dio svake strategije borbe protiv organizovanog kriminala, korupcije, pranja novca i drugih vrsta ekonomskog kriminala, koja inklinira da bude efikasna i učinkovita.¹⁰⁶ Ono je nužno za ostvarenje niza osnovnih ciljeva krivičnog postupka, kako kaznenog, tako i preventivnog

¹⁰⁴ Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu br. 65 0 K 348744 15 Kž od 23.09.2015. godine.

¹⁰⁵ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 022212 16 Kž od 12.03.2019. godine.

¹⁰⁶ Brojni su međunarodni dokumenti koji to prepoznaju i obavezuju države da djeluju u pravcu oduzimanja imovine stečene krivičnim djelom, među kojima se mogu navesti: Konvencija UN protiv nezakonite trgovine drogama i psihotropnim tvarima (1988); Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala i njeni protokoli (2000); Konvencija UN nacija protiv korupcije (2004); Konvencija VE o pranju, otkrivanju, privremenom oduzimanju i konfiskaciji dobiti stečene kriminalnim radnjama (1990); Konvencija VE o pranju, otkrivanju, privremenom oduzimanju i konfiskaciji dobiti stečene kriminalnim radnjama i o finansiranju terorizma (2005); Okvirna odluka EU o izvršenju naloga zamrzavanja imovine ili dokaza u Evropskoj uniji (2003); Okvirna odluka EU o primjeni principa međusobnog priznavanja naloga za oduzimanje (2005).

karaktera, ali je i značajan element promicanja vladavine prava i moralnog principa da niko ne treba imati koristi od kriminala.

Ključna pitanja vezana za fundamentalna načela krivičnog postupka i poštovanje ljudskih prava garantovanih međunarodnim dokumentima u kontekstu različitih aspekata oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom, već davno su razmatrana na različitim forumima, uključujući i Evropski sud za ljudska prava,¹⁰⁷ te je ustanovljeno da primjena ovih mjera nije sporna uz poštovanje određenih principa i obezbjeđenje garancija licima prema kojima se iste primjenjuju.

U Bosni i Hercegovini (BiH) postoje četiri krivična zakona, na nivou BiH, entiteta i Distrikta Brčko. Svi oni sadrže odredbe o oduzimanju imovinske koristi stečene krivičnim djelom. Pored ovih zakona, u BiH se na ovaj institut odnosi još nekoliko zakona, a to su, između ostalih, zakoni o kivičnom postupku, Zakon BiH o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera, Zakon o izvršnom postupku pred Sudom BiH, Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom FBiH, Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela RS, Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine Distrikta Brčko.

Mada su u BiH, bar deklaratorno, priznati i prepoznati međunarodni standardi i principi u pogledu značaja i obaveze oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog djela, uvriježena je opća ocjena da se u praksi oni ne provode djelotvorno niti u dovoljnoj mjeri, što dovodi do relativizacije osnovnih ciljeva krivičnog postupka, te (osnovanog) nepovjerenja javnosti i sumnji u motive takvih (ne)postupanja.

S jedne strane, još uvijek su evidentni nedostaci pravnog okvira, koji se prvenstveno odnose na njegovu fragmentiranost i neujednačenost, te nedosljednost u uspostavi cjelovitog pravnog okvira za oduzimanje imovine i njegovu neusklađenost sa relevantnim propisima iz drugih oblasti prava. S druge strane, tu su ne manje značajni nedostaci institucionalnih, ljudskih, finansijskih i drugih kapaciteta za efikasno

¹⁰⁷ Evropski sud za ljudska prava je u više navrata razmatrao primjenu ove mjere u kontekstu prava na pravičan postupak, presumpciju nevinosti, privilegij protiv samooptuživanja i prava na imovinu, ustanovljavajući da primjena mjera, kako redovnog, tako i proširenog oduzimanja imovinske koristi nisu per se suprotne ustanovljenim principima, definišući pri tome i uslove za njihovu legitimnu primjenu. Vidi npr. odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetima Salabiaku protiv Francuske iz 1988. godine, Pham Hoang protiv Francuske iz 1992. godine, Murray protiv Ujedinjene Kraljevine iz 1996. godine, Phillips protiv Ujedinjene Kraljevine iz 2001. godine, Silickiene protiv Litve iz 2012. godine.

i dosljedno provođenje postojećih zakona u praksi. U tom smislu govori i Izvještaj Evropske Komisije o Bosni i Hercegovini za 2020. godinu, u kojem se konstatuje da „...*alati za zamrzavanje, upravljanje i oduzimanje imovine stečene krivičnim djelom nisu dovoljno efikasni. Oduzimanje ovakve imovine treba postati strateški prioritet u borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i korupcije na visokom nivou. Zamrzavanje imovine treba sistematičnije koristiti, a upravljanje oduzetom imovinom treba poboljšati. Potrebno je dodatno razviti prikupljanje i analizu podataka o zapljeni i oduzimanju imovine. Podaci se trebaju koristiti kao alat za poboljšanje efikasnosti upravljanja...*“¹⁰⁸

S obzirom na raznolikost i neusklađenost primjenjivog zakonodavstva na različitim nivoima, još uvijek ograničenu primjenu i, s tim u vezi, oskudnost sudske prakse po pitanju trajnog oduzimanja imovinske koristi u Bosni i Hercegovini (BiH), na ovom mjestu biće dat osvrt na osnovne zajedničke pojmove i pitanja u vezi trajnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, kao i eventualno dostupnu praksu sudova po tim pitanjima, te će se pokušati ukazati na neke od značajnijih nedostataka i neusklađenosti zakonodavstva, bez pretenzije da se na ograničenom prostoru predstave sva sporna pitanja, s ciljem da se otvori aktivniji stručni dijalog, kako oko redovne primjene ove mjere u praksi, tako i harmoniziranja ove materije *de lege ferenda*.

7.2. Način i uslovi izricanja mjere oduzimanja nezakonito stečene imovine

Sâm pojam pribavljanja imovinske koristi podrazumijeva uvećanje imovine ili sprečavanje smanjenja imovine ili otklanjanje prepreka za ostvarenje imovinske koristi. Oduzeti se može ne samo direktni ili indirektni prihod pribavljen krivičnim djelom, već i imovina odgovarajuće vrijednosti koja je zakonito stečena ukoliko nije moguće oduzimanje nezakonitog prihoda.

Konvencija Vijeća Evrope o pranju, otkrivanju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom i o finansiranju terorizma odredila je imovinu koja također može biti

¹⁰⁸ Evropska Komisija, Radni dokument osoblja Komisije - Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2020. godinu (nezvanični prevod), Brisel, 06.10.2020. godine, str.36, dostupno na: https://europa.ba/?page_id=505.

predmetom mjera zamrzavanja, oduzimanja i trajnog oduzimanja, pa navodi da to može biti i imovina u koju je imovinska korist pribavljena krivičnim djelom pretvorena; zatim imovina stečena na zakonit način ako je imovinska korist pribavljena krivičnim djelom u cijelosti ili djelimično sjedinjena sa tom imovinom, u visini procijenjene vrijednosti imovinske koristi sjedinjene sa zakonito stečenom imovinom; te prihod ili druge koristi iz imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, iz imovine u koju je imovinska korist pretvorena ili iz imovine s kojom je imovinska korist sjedinjena.¹⁰⁹

Ovako definisana imovinska korist sadržana je i u domaćoj sudskoj praksi, pa je tako na primjer Vrhovni sud RS u jednom predmetu, razmatrajući prigovore odbrane da je imovina koja je predmet zahtjeva Specijalnog tužilaštva za oduzimanje imovine stečena nakon pokretanja krivičnog postupka protiv počinioca krivičnog djela, iste odbio, navodeći: „...S formalne strane ispunjene su sve pretpostavke da se može voditi postupak u smislu odredbe Zakona o oduzimanju imovine protiv Lj. S., jer je ista kao supruga osuđenog M. S., povezano lice u smislu odredbe čl.3 tačka e) navedenog Zakona, te da njena imovina može biti predmet ovog postupka, bez obzira što su predmetni stanovi sa garažama kupljeni nakon što je pokrenut krivični postupak protiv sada osuđenog M. S. Ovo stoga što se u smislu odredbe člana 3. tačka a) Zakona o oduzimanju imovine, pod pojmom imovine podrazumijeva skup imovinskih prava i obaveza vlasnika imovine na pokretnim i nepokretnim stvarima, zatim prihod ili korist ostvarena neposredno ili posredno iz krivičnog djela, kao i dobro u koje je ona pretvorena ili sa kojim je pomiješana. U konkretnom slučaju predmet ovog postupka je novac kojim je Lj. S. kao povezano lice kupila spornu nepokretnu imovinu i utvrđenje da li taj novac potiče iz kriminalne aktivnosti njenog supruga osuđenog M. S.. Dakle, radi se o takozvanom ‘produženom oduzimanju imovine’ a ovaj pojam kao i pojam ‘kriminalna aktivnost’ koje prvostepeni sud koristi u pobijanom rješenju, u Republici Srpskoj su uvedeni upravo donošenjem Zakona o oduzimanju imovine, što je evidentno iz samog sadržaja teksta zakona, bez obzira što se ovi pojmovi u zakonu decidno ne pominju, ali se isti koriste u Međunarodnim konvencijama koje je ratifikovala BiH (Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije; Konvencija Savjeta Evrope o pranju novca, otkrivanju, privremenom

¹⁰⁹ Konvencija Vijeća Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom i o finansiranju terorizma, Varšava, 16.05.2005. godine, član 5.

oduzimanju i konfiskaciji dobiti stečene kriminalnim radnjama i finansiranju terorizma)...¹¹⁰

Da bi se institut oduzimanja imovinske koristi primijenio, uslov je jedino da je imovinska korist (a ne i konkretna imovina koja se oduzima) direktno povezana sa počinjenjem krivičnog djela. Međutim, još uvijek se u pojedinim slučajevima oduzimanje imovinske koristi prihvata samo ukoliko se dokaže da konkretna imovina, koja je čak tokom postupka bila i predmetom privremenih mjera osiguranja, čije se oduzimanje traži je proistekla iz krivičnog djela, pa tako sud u jednom predmetu navodi:

„...iz dokaza izvedenih na glavnom pretresu sud nije mogao doći do zaključka da se radi o imovini koja je na bilo kakav način, neposredno ili posredno u vezi sa izvršenjem krivičnog djela, nego se naprotiv radi o imovini koja je stečena ili po osnovu naslijeđa samih optuženih ili njihovih srodnika, odnosno članova porodice (pa je često ista u suvlasništvu sa jednim ili više drugih lica-srodnika), ili na drugi zakonit način, čak i prije inkriminisanog perioda...“¹¹¹

U pravilu, izriče se presudom kojom se optuženi oglašava krivim. Pretpostavka za to jeste da je u činjeničnom opisu krivičnog djela za koje je oglašen krivim u izreci presude navedeno da je njegovim učinjenjem optuženi pribavio imovinsku korist.¹¹²

Ipak, oduzimanje nije ograničeno na presudu kojom se optuženi proglašava krivim, nego se može izreći i u rješenju o primjeni vaspitne mjere, kao i u „utvrđujućoj“ presudi protiv optuženog koji je djelo počinio u stanju neuračunljivosti. Također, prema posebnim zakonima o oduzimanju imovinske koristi u entitetima i Brčko Distriktu, imovinska korist se može oduzeti i u slučajevima kada nisu ispunjeni uslovi za vođenje krivičnog postupka zbog smrti ili bjekstva lica protiv kojeg je pokrenut krivični postupak.¹¹³ Posebni zakoni RS i BD predviđaju i dodatne mogućnosti oduzimanja imovinske koristi u okviru tzv.

¹¹⁰ Rješenje Vrhovnog suda RS br.11 0 K 003561 14 Kž 4 od 10.08.2015. godine i Okružnog suda u Banjaluci, Posebnog odjeljenja za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala br. 11 0 K 003561 14 KZ-p od 30.10.2014.godine.

¹¹¹ Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. 09 0 K 019389 16 K od 23.12.2020. godine.

¹¹² Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 007924 12 Kž 8 od 22.05.2013. godine.

¹¹³ Član 5. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom FBiH, član 30. Zakona o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela RS, član 5. Zakona o oduzimanju nezakonito stečene imovine BD.

posebnog postupka, u slučajevima kada se ne može sprovesti krivični postupak, pa je tako u Zakonu RS predviđeno da se korist može oduzeti i ukoliko lice protiv kojeg je pokrenut postupak nije sposobno da učestvuje u postupku zbog nastupanja duševne bolesti, dok Zakon BD daje širu formulaciju – ukoliko postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje.¹¹⁴

Pored evidentnih razlika između važećeg zakonodavstva na nivou BiH, entiteta i BD kojima su građani evidentno stavljeni u nejednak položaj, još uvijek se ne mogu cijeliti način i uslovi provođenja navedenih postupaka za oduzimanje imovinske koristi kada nije moguće, odnosno, kada je isključeno vođenje krivičnog postupka, odnosno, njihova praktična primjena, a naročito posebnog postupka predviđenog specijalnim zakonodavstvom entiteta i BD, s obzirom da praksa u toj oblasti ne postoji. Prema dostupnim saznanjima, niti jedan poseban postupak još uvijek nije iniciran pa time ni proveden. Tome je zasigurno doprinijela i činjenica da se radi o potpuno novim institutima u našem zakonodavstvu, kao i činjenica da niti jedan od tih zakona ne propisuje sa dovoljnom preciznošću sâm način pokretanja i tok tog postupka. Dodatno, radi se zapravo o proširenju nadležnosti tužilaštva, koja nije praćena adekvatnim jačanjem kapaciteta, stručnih i materijalnih i koja po svojoj prirodi i vrsti postupka više spada u domen rada pravobranilaštva, što sve neminovno dovodi do izostanka iniciranja i provođenja ovih postupaka.

Oduzimanje imovinske koristi predstavlja svojevrsnu sankciju *sui generis* koja se, iako ima i određene kaznene aspekte, ne može smatrati kaznom jer ne izražava prijekor počinitelju, pa se može izreći i osobama čiju krivičnu odgovornost nije moguće utvrditi, kao i trećim osobama. S obzirom da ima preventivne učinke (stavlja na znanje svima, pa i samom počinitelju, da se nelegalno sticanje imovinske koristi ne isplati), mjera oduzimanja imovinske koristi ima sličnosti sa sigurnosnim mjerama, ali se od njih razlikuje po tome što ne zavisi od osobina počinitelja i njeno izricanje je obavezno. Oduzimanje imovinske koristi nije ni pravna posljedica osude, jer ne nastupa po sili zakona, nego se izriče presudom u pojedinačnom slučaju na temelju ispunjenja određenih pretpostavki.¹¹⁵

¹¹⁴ Imajući u vidu mogućnosti oduzimanja imovinske koristi i u slučajevima kada ne postoji osuđujuća presuda, kao adekvatniji naziv za određenje mjere oduzimanja imovinske koristi nameće se „pribavljene protivpravnom radnjom“, umjesto postojećeg „pribavljene krivičnim djelom“.

¹¹⁵ Pojedine države su kroz svoj razvoj na različit način tretirale problematiku oduzimanja imovinske

U navedenom smislu govori i mišljenje Okružnog suda u Banjaluci u kojem je zauzet stav da se ne radi o retroaktivnoj primjeni zakona u smislu člana 3. Krivičnog zakona RS kada je naknadno, po stupanju na snagu Zakona o oduzimanju imovine, pokrenuta finansijska istraga u smislu tog zakona, kada „...se ima u vidu da ‘oduzimanje imovine’ propisano odredbama Zakona o oduzimanju imovine nema karakter kazne već mjere ... jer samo za primjenu zakona u odnosu na kazne važi princip ‘Nulla poena sine lege’ tj. da nema kazne bez zakona...”¹¹⁶

Sâm postupak oduzimanja imovinske koristi predstavlja poseban, *in rem* postupak koji se pokreće i vodi po službenoj dužnosti.¹¹⁷ On predstavlja obligatornu mjeru koja se primjenjuje uvijek kada je sudskom odlukom utvrđeno da je učinjeno krivično djelo kojim je pribavljena imovinska korist, ukoliko ista nije u cijelosti obuhvaćena dosuđenim imovinskopravnim zahtjevom.

Dakle, ukoliko su kumulativno ispunjene prethodno navedene pretpostavke, shodno zakonskom određenju, mjera oduzimanja imovinske koristi mora se izreći, iako to u praksi često nije slučaj. Obligatorni karakter ovakvog postupanja direktno proizilazi iz odredbi krivičnih zakona, koji izričito propisuju da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom.¹¹⁸ Iz ovako postavljenog zakonskog određenja obaveza, u pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, proizilazi i dužnost tužioca i suda da u toku postupka prikupljaju dokaze i izviđaju okolnosti od značaja za utvrđivanje te koristi.

Navedeno je prepoznato i u sudskoj praksi, pa se tako u jednoj odluci Vrhovnog suda FBiH, pošto je utvrđeno da prvostepeni sud nije izrekao mjeru oduzimanja, iako je utvrdio da je konkretnim krivičnim djelom

koristi pribavljene kaznenim djelom. U nekim od zemalja, taj institut provodeći kroz mjeru oduzimanja predmeta koja mjera se u nekim zakonodavstvima smatra kaznom (KZ Čehoslovačke i KZ Njemačke Demokratske Republike), a u nekim drugim posebnom sudskom mjerom (KZ Mađarske). Pojedina zakonodavstva problematiku oduzimanja imovinske koristi tretiraju na način da joj daju karakter mjere sigurnosti ili neke posebne mjere (KZ Savezne Republike Njemačke i KZ Švicarske). Također, kroz razvoj ovoga instituta i kroz komparativni pregled razvoja tog instituta u raznim državama, neke od država institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene kaznenim djelom tretirale su kao posebne zakonske posljedice kaznenog djela (KZ Švedske i KZ Danske) ili pak kao sporednu kaznu (KZ Austrije).

¹¹⁶ Mišljenje Okružnog suda u Banjaluci, Posebnog odjeljenja za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala, br. 11 0 K 003561 14 KZ-p od 30.10.2014.godine.

¹¹⁷ Član 392 ZKP BiH, član 413 ZKP FBiH, član 386 ZKP RS, član 392 ZKP BD.

¹¹⁸ Član 110. stav 1. KZ BiH, član 114. stav 1. KZ FBiH, član 94. stav 1. KZ RS, član 114. stav 1. KZ BD.

pribavljena imovinska korist, navodi: „...iz činjeničnog opisa djela u izreci pobijane presude proizilazi da je optuženi učinjenjem predmetnog krivičnog djela pribavio imovinsku korist u iznosu od 1.800,00 KM. Odredbom člana 114. stav 1. KZ FBiH propisano je da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, a stavom 2. istog člana da će se ta korist oduzeti sudskom odlukom kojom je utvrđeno da je krivično djelo učinjeno. Kako je u konkretnom slučaju prvostepeni sud propustio to učiniti, a oštećeni nije podnio imovinskopravni zahtjev, ovaj sud je, djelimičnim uvažavanjem žalbe kantonalnog tužitelja, na osnovu člana 329. stav 1. ZKP FBiH, donio presudu kojom je djelimično preinačio prvostepenu presudu tako što je, na osnovu člana 114. stav 2. KZ FBiH, donio odluku kojom se od optuženog S.K. oduzima imovinska korist pribavljena krivičnim djelom u iznosu od 1.800,00 KM...“¹¹⁹

U odnosu na postupanje drugostepenog suda u pogledu oduzimanja imovinske koristi, valja napomenuti da je i tu drugostepeni sud vezan zabranom *reformatio in peius*, što znači da taj sud neće biti u mogućnosti optuženom izreći mjeru oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u slučaju kada ona nije izrečena, odnosno, neće je moći izreći u većem obimu /iznosu nego što je izrečeno u prvostepenoj presudi, ukoliko u tom pravcu nije izjavljena žalba na štetu optuženog: „...U vezi sa oduzetom imovinskom koristi pribavljenom izvršenjem krivičnog djela, ovaj sud nalazi potrebnim pojasniti zbog čega je pribavljena imovinska korist u iznosu od 20.718.499,40 KM navedena u činjeničnom opisu izreke presude, u većem iznosu od iznosa imovinske koristi koja je oduzeta odlukom o oduzimanju imovinske koristi iz izreke ove presude (od optuženog B.H. u iznosu od 8.433.260,69 KM, a od optuženog Š.E. u iznosu od 5.415.549,47 KM). Naime, iz sadržine izreka obje ranije ukinute prvostepene presude proizilazi da je od optuženog B.H. bila oduzeta imovinska korist u iznosu 8.433.260,69 KM, a od optuženog Š.E. imovinska korist u iznosu od 5.415.549,47 KM. Objе te prvostepene presude nisu osporavane žalbom kantonalne tužiteljice. S tim u vezi, ovaj sud je imao u vidu pravilo o zabrani *reformatio in peius* propisano članom 322. ZKP FBiH. Tom odredbom zakona je određeno da ako je žalba podnesena samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu. Budući da je ovaj sud u obavezi voditi računa o principu zabrane *reformatio in peius*, te budući da pomenute prvostepene presude nisu osporavane žalbom

¹¹⁹ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 03 0 K 005957 15 Kž, od 10.08.2016. godine.

*tužiteljstva, to ovaj sud nije mogao od optuženih oduzeti imovinsku korist u iznosu od 20.718.499,40 KM, jer bi na taj način povrijedio princip zabrane reformatio in peius. U vezi sa navedenim, ovaj sud je također, imajući u vidu princip zabrane reformatio in peius, novčana sredstva koja su predmet oduzimanja a koja su navedena u EUR valuti, konvertovao prema zvaničnom kursu koji je važio na dan donošenja prvostepene presude, tj. na dan 08.07.2019. godine, a kako je to navedeno u izreci prvostepene presude.*¹²⁰

Bitno je napomenuti da se imovinska korist oduzima od onog kome je pribavljena i u visini koja je ostvarena. Vrhovni sud FBiH je, rukovodeći se navedenim principom, u svojoj odluci djelimičnim uvažavanjem žalbe odbrane, preinačio prvostepenu presudu u dijelu u kojem je oduzeta imovinska korist od počinioca kojem ista nije pribavljena: „... Naime, prema izreci pobijane presude, radnjama optužene M.P., za koje je ona oglašena krivom tom presudom, pribavljena je imovinska korist privrednim društvima N.K. i N.2A. ali ne i samoj optuženoj M.P. Stoga je, za oduzimanje putničkog motornog vozila marke „Ford escort club“ od optužene M.P. bilo potrebno utvrditi da se radi o automobilu koji je pribavljen iz sredstava koja su pribavljena krivičnim djelom za koje je optužena oglašena krivom prvostepenom presudom i koja su prenesena sa N.K. ili N.2A. na optuženu M.P. (član 115. KZ FBiH). Kako pobijana presuda ne sadrži takvo utvrđenje, odluka o oduzimanju tog vozila od optužene M.P. je nepravilna, te je, stoga, djelimičnim uvažavanjem žalbe branitelja optužene M.P. i žalbe optužene M.P. u skladu sa članom 323. ZKP FBiH, prvostepena presuda preinačena djelimično u odluci o mjeri oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom tako što je ukinut dio te odluke kojim je od optužene M.P. oduzeto putničko motorno vozilo marke „Ford escort club“ 1.3 CFI, broj šasije ..., broj motora ..., vlasništvo M.P.. Međutim, s obzirom da ovom sudu nije podnesen dokaz za žalbenu tvrdnju da je stan u S., Ul. ..., površine 78 m², upisan u Knjigu položenih ugovora Općinskog suda u Sarajevu, odsjek KPU, broj poduloška ..., vlasništvo izvjesne M.C., a ne N.K., ovaj sud je našao da se neosnovano žalbom branitelja optužene M.P. prvostepena presuda pobija zbog odluke o mjeri oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u dijelu koji se odnosi na pomenuti stan koji je oduzet od privrednog društva N.K....“¹²¹

¹²⁰ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 026779 20 Kžk, od 07.08.2020. godine.

¹²¹ Presuda VS FBiH br. 09 0 K 000374 10 Kž 6, od 13.07.2010. godine.

Oduzimanje imovinske koristi, za razliku od imovinskopravnog zahtjeva, ne može se izreći solidarno. U tom smislu, na primjer, Vrhovni sud RS u jednoj od odluka konstatuje da je sud dužan za svakog saizvršioca ili drugog saučesnika utvrditi koji iznos imovinske koristi je dužan vratiti, pa se slijedom toga oni ne mogu obavezati na solidarno vraćanje imovinske koristi ili solidarnu isplatu određenog novčanog iznosa, niti se na to može obavezati samo jedan od njih ako on nije pribavio cjelokupnu imovinsku korist za sebe¹²². Ukoliko se ne može utvrditi koliko je korist ostvario svaki od saučesnika, sud će, u skladu sa zakonom,¹²³ utvrditi po slobodnoj ocjeni iznos imovinske koristi koji je pribavio svaki od njih i pojedinačno oduzeti od svakog od saučesnika tako utvrđeni iznos imovinske koristi¹²⁴.

Iako nisu rijetke optužnice u kojima se navodi da je počinitelj izvršenjem krivičnog djela sebi ili drugom pribavio imovinsku korist u neutvrđenom iznosu, što može biti posljedica i neadekvatno provedene istrage od strane tužioca u dijelu koji se tiče utvrđivanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, primjećuje se da i sudovi rijetko ili skoro nikako koriste ovo svoje ovlaštenje i dužnost da po slobodnoj ocjeni utvrđuju iznos pribavljene imovinske koristi, a što bi morali učiniti dosljednom primjenom zakonskih odredbi. Uloga suda u smislu navedenih ovlaštenja i dužnosti je od naročitog značaja u situacijama kada, s obzirom na vrstu ili način počinjenja krivičnog djela, nije moguće utvrditi tačan iznos imovinske koristi.

Ipak, sudovi su uglavnom stava da imovinsku korist neće oduzeti u situacijama kada nije moguće utvrditi tačan iznos pribavljene imovinske koristi,¹²⁵ kao i u slučajevima kada nije moguće utvrditi pojedinačno pribavljenu korist svakog od optuženih.¹²⁶ U takvim slučajevima, kada sud ne oduzme imovinsku korist zato što je nije mogao utvrditi, učinio

¹²² Presuda Vrhovnog suda RS br. broj 12 0 K 007027 18 Kž, od 25.02.2019. godine.

¹²³ Član 394. ZKP BiH, član 415. ZKP FBiH, član 388. ZKP RS, član 394. ZKP BD.

¹²⁴ Ibid fn. 8.

¹²⁵ Tako se u jednom slučaju navodi: „...Sud je nesumnjivo utvrdio da je optuženi primio određene novčane iznose od Yilmaz Faruka i Yilmaz Mimara. Međutim, Sud nije mogao sa sigurnošću utvrditi koliki je optuženi Bašić tačno iznos novca dobio, odnosno koliku je imovinsku korist ostvario izvršenjem inkriminisanih radnji, budući da Tužilaštvo nije u tom dijelu 20 provelo posebne dokaze, te je stoga odbijen prijedlog Tužilaštva za oduzimanje imovinske koristi...“, Presuda Suda BiH br. X-K-07/486 od 26.12.2008. godine.

¹²⁶ Najčešće se takvo (ne)postupanje obrazlaže time da tužilaštvo nije „...izvodilo dokaze na okolnost koliko je ko od optuženih ostvario protupravne imovinske koristi, pa da bi u tom omjeru ili iznosu ista bila oduzeta...“, Ibid fn 7.

povredu krivičnog zakona, jer ju je bio dužan odmjeriti po slobodnoj ocjeni.¹²⁷

Pozitivni primjeri utvrđivanja visine pribavljene imovinske koristi od strane suda primjenom slobodne ocjene, na osnovu izvedenih dokaza jeste presuda Suda BiH broj: S1 2 K 005967 11 K od 23.02.2012. godine, u kojoj je navedeno da „visina imovinske koristi u toku istrage ni u postupku nije precizno utvrđena, odnosno tužilaštvo je navelo da nema instrumente za utvrđivanje takvog podatka, sud je, na osnovu člana 394. ZKP BiH imovinsku korist utvrdio po slobodnoj ocjeni, obzirom da bi utvrđivanje te koristi bilo povezano sa nesrazmjernim teškoćama i odugovlačilo bi ovaj postupak. Visinu imovinske koristi sud je procjenio na osnovu sudske prakse, arhivskih podataka iz sudskih presuda ovakve vrste krivičnih djela, koristeći se pri tome raznim svjedočenjima osoba bilo svjedoka ili optuženih, koji su lično bili sudionici u tim radnjama ili su imali pouzdana saznanja o tome. Iz takvih svjedočenja i opšte sudske prakse, sud je došao do podatka da su tzv. „perači novca“ imali procenat – proviziju u rasponu od 0,3 % do 1% od visine opranog novca, a najčešći procenat koji je primjenjivan bio je 0,5 %, a za koji se sud u ovom predmetu i opredjelio i to kao za srednju vrijednost ugovorene provizije u praksi, a koja se primjenjivala u najviše slučajeva, na koji način je sud i došao do iznosa imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom...“.

7.3. Odnos između oduzimanja imovinske koristi i imovinsko-pravnog zahtjeva

Mjera oduzimanja imovinske koristi ima supsidijaran karakter u odnosu na imovinskopravni zahtjev. Primjena mjere oduzimanja imovinske koristi dolazi u obzir samo ako oštećenom nije dosuđen imovinskopravni zahtjev ili ako mu je dosuđen imovinskopravni zahtjev u iznosu koji ne dostiže iznos imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.¹²⁸

¹²⁷ Novoselec, Martinović, *Komentar čl. 77. i 78. Kaznenog zakona – ulomak iz Komentara Kaznenog zakona Republike Hrvatske*, nastao u okviru projekta Hrvatske zaklade za znanost „Hrvatska kaznenopravna suradnja u Europskoj uniji i regiji: nasljeđe prošlosti i izazovi budućnosti (CoCoCrim), str. 5.

¹²⁸ Ljiljana Percel, „Oduzimanje imovinske koristi u prekršajnom postupku“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 14,2 (oktobar, 2007).

Primjenjujući navedeni princip, Sud BiH je u jednom predmetu odbio prijedlog tužilaštva za oduzimanje imovinske koristi pribavljene izvršenjem krivičnog djela od strane optuženog, „*cijeneći da je mjera oduzimanja imovinske koristi supsidijarnog karaktera, odnosno da je Sud izriče samo ako korist nije u cijelosti obuhvaćena dosuđenim imovinskopravnim zahtjevom*”¹²⁹

Ukoliko je oštećenom izmirena šteta koja se u cijelosti preklapa sa iznosom pribavljene imovinske koristi, također neće biti mjesta izricanju mjere oduzimanja imovinske koristi niti odlučivanju o imovinskopravnom zahtjevu, jer bi se u suprotnom radilo o proizvoljnoj primjeni pozitivnopravnih propisa i kršenju prava na pravično suđenje. Tako, prema mišljenju Ustavnog suda, „*nesporno je da se odredbama člana 114. KZFBiH ostvaruje načelo da niko ne može zadržati imovinsku korist stečenu krivičnim djelom, te da se bez oduzimanja imovinske koristi ne može ostvariti učinkovita represija i prevencija. S druge strane, iz obrazloženja osporenih presuda nespornim proizilazi da je apelantica izmirila štetu oštećenom u cjelokupnom iznosu, odnosno da je imovinsku korist stečenu krivičnim djelom vratila oštećenom. Stoga se čini da su redovni sudovi u potpunosti zanemarili relevantne odredbe zakona, konkretno člana 413. ZKP, kojima je stipulirano oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pri čemu je u stavu (1) propisano da se imovinska korist pribavljena krivičnim djelom utvrđuje u krivičnom postupku po službenoj dužnosti, a u stavu (3) istog člana izričito je propisano da ako je oštećeni podnio imovinskopravni zahtjev u pogledu povrata predmeta pribavljenih krivičnim djelom, odnosno u pogledu novčanog iznosa koji odgovara vrijednosti stvari, imovinska korist će se utvrđivati samo u onom dijelu koji nije obuhvaćen imovinskopravnim zahtjevom. U konkretnom slučaju redovni sudovi su nesporno utvrdili iznos imovinske koristi koji je identičan imovinskopravnom zahtjevu koji je oštećeni postavio u krivičnom postupku, za koji su redovni sudovi utvrdili da ga je apelantica u cijelosti isplatila oštećenom. Stoga, proizilazi da je u konkretnom slučaju oduzimanje imovinske koristi učinjeno na arbitraran način, suprotno članu II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članu 6. stav 1. Evropske konvencije. U svjetlu navedenog, treba posmatrati i odluku redovnih sudova o upućivanju oštećenog da imovinskopravni zahtjev ostvaruje u parničnom postupku...*”¹³⁰

¹²⁹ Presuda Suda BiH br. S1 2 K 018652 15 K od 19.11.2015. godine. Slično i u presudi Suda BiH br. S1 2 K 021120 16 K od 13.10.2016. godine

¹³⁰ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-1551/16 od 11.10.2018. godine.

Potrebno je naglasiti i da je sud u krivičnom postupku, dužan voditi računa o postojanju dvostruke litispendingije, drugim riječima, krivični sud ne može odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu ako je pred građanskim sudom već pokrenuta parnica radi naknade štete u istoj stvari. U toj situaciji, s obzirom da u krivičnom postupku imovinskopravni zahtjev ne može biti meritorno odbijen, sud oštećenog mora uputiti na ostvarivanje prava u građanskoj parnici.

Sud je dužan oduzeti imovinsku korist i kada imovinskopravni zahtjev nije podnesen odnosno kada je oštećeni predloži da svoj imovinskopravni zahtjev ostvaruje u parnici.¹³¹ Zakoni o krivičnom postupku u pogledu oduzimanja imovinske koristi nisu eksplicitno predvidjeli situaciju u kojoj se oštećeni koji je postavio imovinskopravni zahtjev uputi na parnicu. U takvoj jednoj situaciji, Vrhovni sud FBiH je ukinuo presudu Kantonalnog suda u Sarajevu u pogledu odluke o oduzimanju imovinske koristi. Prema stavu drugostepenog suda „*odredbe člana 383. stav 4. i 114. stav 2. KZ FBiH (zakonska odredba 383. stav 4. KZ FBiH u osnovi je identična odredbi člana 114. stav 2. KZ FBiH, koja ima karakter opće odredbe), se moraju tumačiti u vezi sa odredbom članom 116. stav 1. KZ FBiH (zaštita oštećenog) iz koje proizilazi da imovinskopravni zahtjev ima prioritet u odnosu na mjeru oduzimanja imovinske koristi, a na što upućuje i smisao odredbe člana 413. stav 3. ZKP FBiH (prema kojoj se u situaciji kada je oštećeni podnio imovinskopravni zahtjev, imovinska korist utvrđuje samo u dijelu koji nije obuhvaćen imovinskopravnim zahtjevom). Kako je u konkretnom slučaju oštećeni FF podnio imovinskopravni zahtjev, o kojem je prvostepeni sud odlučio tako što je oštećenog uputio da imovinskopravni zahtjev ostvaruje u parničnom postupku, prvostepeni sud nije mogao, istovremeno od optuženog oduzeti i imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom pozivajući se na odredbu člana 383. stav 4. KZ FBiH...*“¹³²

7.4. Oduzimanje imovinske koristi od drugih lica

U slučajevima kada dolazi u obzir oduzimanje imovinske koristi od drugog lica, to lice odnosno zakonski zastupnik, ukoliko se radi o pravnom licu, pozvat će se na glavni pretres radi saslušanja,¹³³ iako

¹³¹ Član 195. ZKP BiH, član 209. ZKP FBiH, član 105. ZKP RS, član 195. ZKP BD.

¹³² Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 025321 20 Kž 8 od 12.01.2021. godine.

¹³³ Propust da se ova lica pozovu na glavni pretres predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

njegov nedolazak ne povlači procesne posljedice za postupak niti samo to lice. Ukoliko sud tek u toku glavnog pretresa utvrdi da dolazi u obzir oduzimanje imovinske koristi od drugog lica, prekinut će glavni pretres i pozvati lice na koje je korist prenesena. Ova lica, mada nemaju status stranke u postupku, imaju pravo predlagati dokaze, te po odobrenju sudije odnosno, predsjednika sudećeg vijeća postavljati pitanja svjedocima i vještacima. S tim u vezi, Vrhovni sud FBiH, u svojoj odluci ističe „*da u postupku koji je prethodio donošenju pobijane presude u odnosu na sve vlasnike oduzete imovine u potpunosti nije primjenjena ni odredba člana 414. ZKP FBiH. Iz navedene odredbe proizilazi obveza suda da u situacijama kada u obzir dolazi oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, osobu na koju je imovinska korist prenesena pozove na glavni pretres, te da joj omogućiti predlaganje dokaza i dopustiti postavljanje pitanja optuženom, svjedocima i vještacima. Iz stanja spisa predmeta proizilazi da je S. S. vlasnik putničkog motornog vozila marke „Peugeot“ 307 registarskih oznaka ... koje je presudom oduzeto od optuženog J. Č.. Imenovani se na glavnom pretresu nije izjašnjavao o prijedlogu kantonalne tužiteljice za oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela. Ostale osobe od kojih je imovina oduzeta su ispitane u svojstvu svjedoka, ali iz raspravnih zapisnika proizilazi da im od strane suda nije predloženo koja to prava u postupku imaju sukladno odredbi člana 414. ranije navedenog zakona.*”¹³⁴

Shodno odredbama ZKP, predstavnik pravne osobe će se na glavnom pretresu saslušati poslije optuženog, a na isti način postupiti će se i u odnosu na lice na koje je imovinska korist prenesena, ukoliko nije prethodno pozvana i saslušana kao svjedok. Iako se kod ovih lica radi o licima čiji su interesi najčešće podudarni sa interesima optuženog, u pravilu njihovo saslušanje jeste dokaz optužbe ili dokaz čije je izvođenje naredio sud, s obzirom da se imovinska korist utvrđuje po službenoj dužnosti.

Pomenute odredbe o saslušanju su potpuno nekritički preuzete iz prethodnog zakonodavstva kada su se optužena lica ispitivala na početku, dok sada uopšte ne postoji obaveza ispitivanja optuženog, već je to njegovo pravo da svjedoči ili iznese svoju odbranu koje on ne mora koristiti, tako da je upitno da li uopšte postoji i kada je taj momenat na glavnom pretresu kada bi osoba na koju je prenijeta imovinska

¹³⁴ Ibid fn 8.

korist bila ispitana i od strane koga. Nadalje, čini se neopravdanim da zakon ne predviđa saslušanje ovih osoba u toku istrage i konsekventno neupoznavanje istih sa njihovim pravima¹³⁵ u toj fazi postupka.

O navedenom posebno treba voditi računa prilikom provođenja tzv. skraćениh postupaka, u kojima se glavni pretres neće provoditi. U takvim slučajevima, imajući u vidu da zakon prava trećih lica od kojih se korist treba oduzeti i obaveze suda s tim u vezi propisuje samo u fazi glavnog pretresa (osim prava na žalbu), veoma lako može doći do kršenja prava tih lica i pitanja opstojnosti i zakonitosti sudske odluke. Stoga je, i bez izričite zakonske obaveze, nužno ova lica uključiti u takve postupke prije donošenja sudske odluke i omogućiti im da ostvare svoja zakonska prava na adekvatan način. Sudska praksa je već prepoznala navedeno, te je tako na primjer, u jednom od predmeta u kojem je prema optužnici tužilaštva predloženo oduzimanje imovinske koristi od pravnog lica kao trećeg lica, te zaključen sporazum o priznanju krivnje uz prisustvo zakonskog zastupnika tog lica, Kantonalni sud u Sarajevu na ročište za razmatranje sporazuma o priznanju krivnje pozvao i saslušao i zakonskog zastupnika pravnog lica kao trećeg lica kojem je pribavljena imovinska korist, i koja je u konačnom oduzeta¹³⁶.

7.5. Prošireno oduzimanje imovinske koristi

Tokom 2009. godine, izmjenama i dopunama krivičnog zakonodavstva BiH, FBiH i BD je, između ostalog, novelirana i odredba o proširenom oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom,¹³⁷ koja je naknadno inkorporirana i u posebne zakone o oduzimanju imovinske koristi na nivou entiteta i BD. Relevantnim odredbama krivičnih i/ili posebnih zakona propisan je i katalog krivičnih djela kod kojih dolazi u obzir primjena proširenog oduzimanja imovinske koristi.

Valja napomenuti da jedino u Republici Srpskoj institut proširenog oduzimanja imovinske koristi nije predviđen Krivičnim zakonom RS, već je isti uređen u posebnom Zakonu o oduzimanju imovine koja je proistekla izvršenjem krivičnog djela. S tim u vezi, Vrhovni sud RS obrazlaže mogućnost paralelnog egzistiranja mjere oduzimanja

¹³⁵ Član 393. ZKP BiH, član 414. ZKP FBiH, član 387. ZKP RS, član 393. ZKP BD.

¹³⁶ Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu br. 09 0 K 035651 20 K od 17.09.2020. godine.

¹³⁷ Član 110a. KZ BiH, član 114a. KZ FBiH i član 114a. KZ BD.

imovinske koristi predviđene KZ RS i mjere oduzimanja imovine stečene izvršenjem krivičnog djela predviđena Zakonom o oduzimanju imovine: „...*Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u smislu Zakona o oduzimanju imovine, nije krivična sankcija, već je to mjera ‘sui generis’ kao što je i oduzimanje imovinske koristi propisano u članu 94. i 95. KZ RS. Međutim, mjera oduzimanja imovine stečene izvršenjem krivičnog djela predviđena Zakonom o oduzimanju imovine, se može izreći i u situaciji kada je osuđujućom presudom za određeno krivično djelo izrečena mjera oduzimanja imovinske koristi predviđena KZ RS. Ovo stoga što i pored sličnosti ovih mjera, kao što je njihov preventivni karakter, te njihov restorativni karakter, obzirom da njihova primjena dovodi do uspostavljanja imovinskog stanja koje je narušeno izvršenjem krivičnog djela, odnosno kriminalnom aktivnošću, one se između sebe razlikuju, kako po postupcima u kojima se izriču, tako i po obimu imovine koja se oduzima, jer se prilikom oduzimanja imovinske koristi u smislu odredbe KZ RS, oduzima samo čista dobit koju je učinilac krivičnog djela ostvario izvršenjem tog krivičnog djela, dok se kod oduzimanja imovine, u smislu odredbe Zakona o oduzimanju imovine, oduzima imovina stečena iz kriminalnih aktivnosti, ukoliko je ista u očiglednoj nesrazmjeri sa zakonitim prihodima i ukoliko izvršilac krivičnog djela, povezana lica, ostavilac, pravni sljedbenik ili treće lice kao vlasnik imovine, ne dokažu da su imovinu stekli iz zakonitih prihoda...*“¹³⁸

Pored ostalih neusaglašenosti zakonodavstva na različitim nivoima u pogledu načina, vremena i uslova vođenja postupka za oduzimanje imovinske koristi, kod proširenog oduzimanja je karakteristična i mogućnost, predviđena jedino Krivičnim zakonom BiH, da se, ukoliko u toku krivičnog postupka ne budu ispunjeni zakonom utvrđeni uslovi, za oduzimanje imovine pokrene parnični postupak.¹³⁹

Za razliku od „redovnog“ oduzimanja imovinske koristi, kada je korist ostvarena krivičnim djelom zbog kojeg je optuženi osuđen, prošireno oduzimanje obuhvata korist koja potiče iz nekog drugog, poblize neutvrđenog krivičnog djela zbog kojeg se učinitelju i ne sudi, pa zbog njega i ne može biti osuđen.¹⁴⁰ Moguća je kumulacija oba oblika kada

¹³⁸ Rješenje Vrhovnog suda RS br. 11 0 K 003561 14 Kž 4 od 10.08.2015.godine.

¹³⁹ Član 110a. stav 2. KZ BiH. Prema raspoloživim podacima, nije poznato da je do sada ijedan parnični postupak pokrenut na ovom osnovu, što je donekle i očekivano s obzirom da nije jasno u kojim tačno slučajevima bi došla u obzir primjena ove odredbe, niti ko bi bio ovlašten za pokretanje ovog postupka.

¹⁴⁰ Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 023899 19 Kž od 16.12.2019. godine.

se, zajedno s proširenim oduzimanjem, oduzima i korist ostvarena kaznenim djelom.

Za institut proširenog oduzimanja imovinske koristi karakteristična je redukcija dokaznih standarda pri utvrđivanju nezakonitog porijekla imovine i podjela tereta dokazivanja između stranaka u postupku. Drugim riječima, tužilac na kojem je inicijativa za primjenu ovog instituta, sudu treba prezentovati dokaze koji ukazuju na sumnju da se radi o koristi koja je stečena izvršenjem krivičnih djela, odnosno, da je imovinska korist nesrazmjerna s počiniteljevim zakonitim prihodima, nakon čega teret dokazivanja prelazi na počinitelja kojem mora biti omogućeno korištenje svih raspoloživih dokaznih sredstava u cilju dokazivanja zakonitog porijekla predmetne imovine. Ukoliko počinitelj ne dokaže zakonitost porijekla, sud u odluci kojom je utvrdio počinjenje djela može takvu imovinu oduzeti na osnovu svog slobodnog uvjerenja.

Sud BiH je u jednoj odluci odbio prijedlog tužilaštva da se u okviru proširenog oduzimanja imovinske koristi od optuženog oduzme određeni iznos novca, očigledno ne nalazeći takav nesrazmjer između imovine i prihoda optuženog iz kojeg bi proizilazila opravdana vjerovatnoća da se radi o koristi pribavljenoj počinjenjem krivičnih djela: “...*U pogledu navoda žalbe Tužilaštva kojim se odbija prijedlog Tužilaštva da se od optuženog oduzme i imovinska korist u ukupnom iznosu od 1.850,00 eura, shodno odredbi člana 110a. KZ BiH, ovo vijeće ističe da je sasvim moguće da ta imovina optuženog nije stečena legalno i da potiče od izvršenja istog ili nekog drugog djela, ali se ista ipak nije mogla oduzeti, s obzirom da Tužilaštvo nije dostavilo dovoljno konkretnih dokaza da se radi o imovini koja je stečena izvršenjem drugih krivičnih djela u inkriminisanom periodu iz kog razloga privremeno oduzeti iznos nije mogao biti trajno oduzet. Ovo posebno kada se ima u vidu da se radi o osobi zaposlenoj u UIO BiH gdje se ostvaruju relativno dobra primanja, što sve u konačnici može jednako osnovano navesti i na zaključak i da se radi o legalno stečenom novcu optuženog, odnosno, njegovoj ušteđevini. Oduzimanje navedenog iznosa novca, na način kako je to predloženo od strane Tužilaštva, moglo bi takođe i narušiti princip proporcionalnosti između izrečene krivičnopravne mjere i počinjenog djela za koje je optuženi oglašen krivim...*“¹⁴¹

¹⁴¹ Presuda Suda BiH br. S1 2 K 029157 20 Kž od 02.10.2020. godine.

Na sličan način je i Kantonalni sud u Sarajevu cijenio (ne)postojanje vjerovatnoće da imovina potiče iz krivičnih djela, kada je cijenio opravdanost proširenog oduzimanja imovinske koristi u jednom predmetu: „...osim toga, kod ovakve odluke suda u vezi sa oduzimanjem nezakonito stečene imovine, sud je imao u vidu i materijalne dokaze koje je na okolnost zakonitih primanja optuženih (plaće i dnevnice) koji su bili članovi Uprave XY, izvela njihova odbrana, a iz kojih proizilazi da su ta primanja za bosanskohercegovačke prilike bila dosta visoka (čak izuzetno), pa se i iz tog razloga u odnosu na optužene koji su bili u inkriminisanom periodu članovi Uprave XY nije mogao izvući zaključak o očiglednom nesrazmjeru između njihovih zakonitih prihoda i vrijednosti imovine koju su stekli u periodu izvršenja krivičnog djela, a što bi dalje upućivalo na eventulani zaključak da se radi o imovini proistekloj upravo iz počinjenja krivičnog djela...“.

S druge strane, na osnovu izvedenih dokaza, Sud BiH je u drugom predmetu od optuženih oduzeo prilikom pretresanja pronađeni novac, čije porijeklo optuženi nisu mogli objasniti na logičan i sudu prihvatljiv način: „Postupajući u skladu sa članom 110., 110a. KZ BiH, kojim je izričito propisano da sud za određena krivična djela može oduzeti i onu imovinsku korist za koju tužilac pruži dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje da je takva imovinska korist pribavljena izvršenjem tih krivičnih djela, a počinitelj nije pružio dokaze da je korist pribavljena zakonito, ovo Vijeće je našlo opravdanim prijedlog Tužilaštva da se od optuženog oduzme navedena imovinska korist. Vijeće u konačnici konstatuje da je odbrana optuženog podnijela sudu dokaze o porijeklu imovine, koje sud iz naprijed navedenih razloga nije mogao prihvatiti, te je postupajući u skladu sa članom 394. ZKP BiH, odlučeno kao u izreci presude. S druge strane, Vijeće nalazi neosnovanim prijedlog tužilaštva da se od optuženog AŠ oduzme vozilo marke „Passat“, a od optuženog H vozilo marke „Renault 19“. Ovo prije svega zbog činjenice da tužilaštvo sudu za navedeni prijedlog nije dostavilo niti jedan dokaz, kao i zbog činjenice da sud ne može navedene predmete ni na koji način dovesti u vezu sa izvršenjem ovog krivičnog djela, u smislu da ista predstavljaju protivpravnu imovinsku korist ili sredstvo izvršenja krivičnog djela...“¹⁴²

I Ustavni sud BiH je razmatrajući apelaciju povodom prigovora povezanog lica zbog oduzimanja imovine primjenom instituta

¹⁴² Presuda Suda BiH br. S1 2 K 003344 11 Kž 4 od 19.05.2011. godine.

proširenog oduzimanja prepoznao osnov ovog instituta u međunarodnim dokumentima i njegovu inkorporiranost u domaće pravo, ne nalazeći bilo kakvu povredu u slučaju adekvatno obrazložene odluke o proširenom oduzimanju imovinske koristi: „... *Ustavni sud zapaža da je u osporenim rješenjima na jasan i nedvosmislen način ukazano da su predmetne nekretnine stečene nakon što je protiv apelantice i njenog supruga pokrenut krivični postupak, ali da je u ovom postupku sporno pitanje bilo da li je novac koji je apelantica iskoristila za njihovu kupovinu proistekao iz kriminalnih radnji njenog supruga. Nadalje, redovni sudovi su dali iscrpne razloge i obrazloženja u prilog tumačenju instituta „proširenog oduzimanja imovine“ pozivajući se na relevantne odredbe Konvencije UN-a i Vijeća Evrope koje je BiH ratificirala (čime su postale dio domaćeg pravnog sistema) i s tim u vezi relevantne odredbe Zakona o oduzimanju imovine (konkretno član 3. stav 1. tačka b) kojim je određeno da se imovinom stečenom izvršenjem krivičnog djela smatra imovina učinioca krivičnog djela, vlasnika imovine, stečena prije pokretanja postupka, a koja je u očiglednom nerazmjeru sa njegovim zakonskim prihodima, a koje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. Nadalje, oba suda su dala iscrpne razloge i obrazloženja u prilog zaključku da se radi o sui generis mjeri, dovodeći je upravo u vezu s mjerom oduzimanja imovinske koristi u smislu KZRS koja je, presudom kojom je proglašen krivim, određena apelantice i njenog supruga, te dajući razloge i obrazloženja zbog čega ne postoji prepreka da mjera trajnog oduzimanja imovine iz Zakona o oduzimanju imovine bude određena apelantici...“¹⁴³*

8. Preporuke

Ova Analiza ima za cilj da ukaže na pojave neujednačene sudske prakse i podrži konstruktivan dijalog unutar profesionalne pravosudne zajednice s ciljem iznalaženja budućih (zakonskih i/ili praktičnih) rješenja, kojima bi se unaprijedilo ujednačavanje sudske i tužilačke prakse, a time i pravna sigurnost svih učesnika u krivičnom postupku i efikasnost u procesuiranju i dokazivanju krivičnih djela korupcije i organizovanog kriminala, sa fokusom na predmete visokog nivoa.

¹⁴³ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP 4785/15 25 od 10.04.2018. godine.

8.1. Opšte preporuke

- Neophodno je proaktivno pratiti praksu najviših sudskih instanci, te razvijati modele informisanja sudija i tužilaca o najnovijim sudskim odlukama i stavovima od značaja za procesuiranje ovih vrsta predmeta. Jednako je važno redovno pratiti jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda BiH, kako bi se osigurala ujednačenost postupanja u vezi sa poštivanjem osnovnih ljudskih prava.
- Potrebno je razvijati praksu kontinuirane analize sudske prakse u cilju identifikacije različitih sudskih stavova o istim ili sličnim pitanjima u primjeni materijalnog i procesnog krivičnopravnog zakonodavstva, naročito sudova nižih instanci, te proaktivno djelovati na razmatranju uočenih različitih sudskih stavova koristeći relevantne forume za diskusiju, kao što su savjetovanja sudija u krivičnoj oblasti i savjetovanja tužilaca.
- U sudovima i tužilaštvima, u kojima nije uspostavljena praksa redovne distribucije informacija o najnovijoj sudskoj praksi, razmotriti institucionalne potencijale i identifikovati najefikasnije modele informisanja sudija, tužilaca i stručnih saradnika unutar institucije. Pored razmjene informacija na kolegijima sudija ili tužilaca, poželjno je razmotriti mogućnost da se određena osoba u instituciji zaduži za praćenje i redovnu distribuciju informacija o najnovijim sudskim odlukama svim sudijama, tužiocima i stručnim saradnicima putem emaila ili intraneta u okviru pravosudne institucije.
- Kontinuirano razvijati prakse međuinstitucionalne razmjene informacija i sudske i tužilačke prakse između sudova i tužilaštava istog i različitih nivoa pravosuđa. U tom smislu, primjer dobre prakse za tužilaštva jeste praksa Federalnog tužilaštva FBiH da nakon prijema presude Vrhovnog suda FBiH, istu distribuira svim kantonalnim tužilaštvima.
- Kontinuirano promovirati korištenje različitih online platformi koje sadrže sudske presude i druge odluke, publikacije, priručnike i stručnu literaturu. Poželjno je kreirati online platformu koja na jednom mjestu sadrži značajnu ili najnoviju sudsku i tužilačku praksu stručne publikacije i literaturu, kao i materijale koji

se koriste u obukama sudija i tužilaca od značaja za rad na predmetima korupcije, privrednog i organizovanog kriminala visokog nivoa.

- U materijale za specijalističku obuku sudija i tužilaca za rad na predmetima visokog nivoa korupcije i organizovanog kriminala i najkompleksnijim predmetima privrednog kriminala uključiti primjere različite sudske prakse, a posebno sudske stavove najviših sudskih instanci, kako bi se u okviru diskusije učesnika obuke razmotrila konkretna pitanja i prevenirala različitost u postupanju sudova nižih nivoa jurisdikcije.

8.2. Preporuke koje proističu iz uočenih razlika u sudskoj i tužilačkoj praksi

8.2.1. Ocjena dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u drugoj državi

Uspostaviti jasne kriterije za ocjenu zakonitosti dokaza koji su prikupljeni od strane organa druge države prije nego je pokrenut krivični postupak pred organima u BiH, provođenjem posebnih istražnih radnji, u skladu sa zakonom te države, te pribavljeni od strane nadležnih organa u BiH putem međunarodne pravne pomoći.

8.2.2. Dobrovoljna predaja dokaza

Razmotriti mogućnost uvođenja i ujednačenog regulisanja instituta dobrovoljne predaje dokaza u svim zakonima o krivičnom postupku u BiH. Nezavisno od zakonskih izmjena, s obzirom da postojeći zakoni o krivičnom postupku ne zabranjuju dobrovoljnu predaju dokaza, potrebno je u praksi ujednačiti kriterije za ocjenu takvih dokaza zakonitim, uključujući i standarde postupanja sa tako pribavljenim nalazom. U tom smislu posebnu pažnju je potrebno posvetiti obavezi izrade i sadržaju zapisnika i potvrde o privremenom oduzimanju predmeta, obavezi obavještanja osobe od koje su oduzeti predmeti o otvaranju predmeta, kao i suca za prethodni postupak i branitelja, te predaji dokaza sudu na čuvanje.

8.2.3. Izrada zabilješke o usmenom zahtjevu za donošenje naredbe o pretresu prostorija, osoba i stvari

U svrhu ujednačavanja sudske prakse, potrebno je imati u vidu da usmeni zahtjev za donošenje naredbe predstavlja izuzetak od redovne procedure izdavanja naredbe za pretres. Stoga, u situaciji kada je ovlaštena službena osoba podnijela usmeni zahtjev za pretresanje, sudija za prethodni postupak je u obavezi da zabilježi tok razgovora, a podnositelj zahtjeva sastavi naredbu i u cijelosti je pročita sudiji za prethodni postupak. Svako suprotno ponašanje može dovesti do povrede prava iz članova 6. i 8. EKLJP, a time dovodi u pitanje presudu zasnovanu na takvim dokazima.

8.2.4. Sadržajni kvalitet naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji

Kako bi se prevenirale povrede ljudskih prava zaštićenih članovima 6. i 8. EKLJP, te mogućnost ukidanja presude zbog propusta u sadržaju naredbe za provođenje posebnih istražnih radnji, neophodno je raditi na ujednačavanju praksi izrade prijedloga i sudske kontrole ovih naredbi. U tom smislu, preporučuje se da sudije i tužioci posebnu pažnju obrate na sadržaj naredbe, tako da se osigura da naredba sadrži sve elemente i informacije od značaja za ocjenu tako prikupljenih dokaza zakonitim. Pored ostalog, nužno je da naredba sadrži informacije o osnovu sumnje da je počinjeno krivično djelo od strane osobe u odnosu na koju se izdaje naredba, jasno definisane radnje postupanja i vremenski period provođenja radnji, informacije koje ukazuju da se navedeni dokazi nisu mogli prikupiti na drugi način, i informacije o očekivanim rezultatima provođenja tih radnji.

8.2.5. Naredbe za vještačenje

Ocjena zakonitosti dokaza prikupljenog vještačenjem zavisi od zakonitosti provedenog postupka vještačenja. Stoga je poželjno ujednačiti tužilačku i sudsku praksu na način da se osigura da radnji vještačenja prethodi naredba za vještačenje koja jasno definiše okvir vještačenja. Okvir vještačenja treba da obuhvati isključivo pitanja koja spadaju u domen vještačenja, a sadržaj naredbe treba biti formulisan na način da ne dovodi u sumnju prezumpciju nevinosti. Jednako važno je ujednačiti pristup prilikom obrazlaganja presuda, te u obilazljenju

presude jasno navesti razloge na kojima sud zasniva svoju odluku o ocjeni dokaza zakonitim ili nezakonitim, kao i prihvatanju ili neprihvatanju nalaza i mišljenja vještaka.

8.2.6. Pitanje obaveze suda da zatraži drugo mišljenje vještaka u slučaju da ne prihvati nalaz vještaka zbog protivrječnosti ili nedostatka ili sumnje u tačnost nalaza

Kako bi se osigurala ujednačenost u postupanju sudova, poželjno je kroz praksu odgovoriti na pitanje u kojim situacijama je sud obavezan zatražiti drugo mišljenje vještaka po službenoj dužnosti, ukoliko na prihvata nalaz vještaka predloženog od neke od stranaka u postupku.

8.2.7. Dokazivanje subjektivnog elementa u vezi sa zloupotrebom položaja ili ovlaštenja

Iako namjera nije zakonom definisan elemenat krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlaštenja (naziv krivičnog djela slično je formulisan u svim krivičnim zakonima), sudska praksa ukazuje na različitost sudskih standarda koji se primjenjuju u procjeni dokazanosti subjektivnog elementa ovog krivičnog djela. Stav pojedinih sudova je da nema dokazane krivice optuženog bez dokazane namjere optuženog da počinio ovo krivično djelo, dok je npr. stav Vrhovnog suda FBiH, da iz zakonske formulacije proizilazi mogućnost počinjenja ovog krivičnog djela i sa eventualnim umišljajem. S obzirom da je ovo jedno od najčešćih koruptivnih krivičnih djela koje se pojavljuje u praksi sudova, kao i značaj prioritetnog rješavanja ovih vrsta predmeta, posebno predmeta visokog nivoa, neophodno je intenzivno raditi na ujednačavanju standarda dokazivanja subjektivnog elementa na svim nivoima pravosuđa.

8.2.8. Indirektni dokazi

U slučajevima nepostojanja direktnih dokaza, poželjno je raditi na ujednačavanju tužilačkog pristupa u primjeni i sudske prakse u procjeni indirektnih dokaza. U tom procesu poželjno je uzeti u obzir stavove Ustavnog suda BiH i vrhovnih sudova, a posebno stav da ne treba odbaciti mogućnost korištenja posrednih dokaza, te da je potrebno osigurati da činjenice utvrđene posrednim dokazima budu nesumnjivo

utvrđene i međusobno čvrsto i logički povezane, tako da upućuju na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.

8.2.9. Vezanost presude i optužbe

Primjeri iz prakse ukazuju na neophodnost intenziviranja diskusije unutar profesionalne zajednice o razlozima ukidanja presuda u slučaju povrede identiteta optužnice i presude. Kako bi se umanjila potreba za intevencijom suda u činjenični i pravni substrat prilikom izrade presude, potrebno je razvijati dobre prakse da tužioci sa dužnom pažnjom obrate pažnju da li optužnica sadrži sve potrebne elemente, prate tok dokaznog postupka, procjenjuju relevantnost iznesenih činjenica i dokaza, i u skladu s tim, blagovremeno vrše izmjenu i dopunu optužnice. Ključnu ulogu u procesu razmatranja kvaliteta optužnice ima sudija za prethodni postupak, te je potrebno intenzivno raditi na unapređenju prakse kontrole optužnice u predraspravnoj fazi postupka.

Također, korištenje predraspravnog ročišta na kojem će se jasno identifikovati sporne i nesporne činjenice, dokazi, odnosno predmet raspravljanja, može umnogome prevenirati potrebu naknadne sudske intervencije. U toku glavne rasprave, za izmjenu i dopunu optužnice je dovoljna nova subjektivna ocjena tužitelju poznatih dokaza koji su izvedeni na glavnom pretresu po pravilima direktnog i unakrsnog ispitivanja. Sudovi, s druge strane, trebali bi prilikom izrade presude odgovoriti na pitanja da li je sud riješio predmet optužnice, odnosno da li je presudom prekoračena optužnica. Stavovi najviših sudskih instanci trebali bi poslužiti kao smjernice u traženju odgovora na ova pitanja.

8.2.10. Trajno oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom

Sudska i tužilačka praksa ukazuje na potrebu preciziranja i ujednačavanja zakonskih odredbi u ovoj oblasti, a posebno proaktivnog djelovanja tužilaca u procesu identifikacije i dokazivanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom. Također, kroz diskusiju u okviru profesionalne zajednice, poželjno je razmotriti kada i pod kojim uslovima bi sud u praksi trebao djelovati *ex officio* kod utvrđivanja i izricanja mjere oduzimanja imovinske koristi u slučajevima kada je ista proizašla iz krivičnog djela zbog kojeg se postupak vodi.



**PROJEKT PRAVOSUĐE PROTIV KORUPCIJE
U BOSNI I HERCEGOVINI**

KORIŠTENJE PRIVATNO SNIMLJENIH AUDIOZAPISA I VIDEOZAPISA U KRIVIČNOM POSTUPKU I BALANSIRANJE PRIVATNIH PRAVA I JAVNOG INTERESA U KONTEKSTU EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I KRIVIČNA DJELA NEOVLAŠTENOG SNIMANJA

Predgovor: *Stručni rad pruža informacije o sudskoj praksi koja se odnosi na korištenje privatno snimljenih audiozapisa i videozapisa u krivičnom postupku i balansiranje privatnih prava i javnog interesa u kontekstu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Dokument sadrži reference i citate iz presuda Evropskog suda za ljudska prava, Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i sudova iz regiona. Stručni rad izrađen je u okviru aktivnosti USAID-ovog Pravosuđa protiv korupcije, uz podršku Aleksandre Martinović, sutkinje Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. Projekt izražava iskrenu zahvalnost sutkinji Martinović na njenog stručnoj podršci u realizaciji ove aktivnosti. Ključni nalazi predstavljeni su učesnicima Panela I, posvećenog unapređenju i ujednačavanju sudske i tužilačke prakse u predmetima korupcije i organizovanog kriminala visokog nivoa, koji je organizovan u okviru Godišnje konferencije za tužitelje u BiH održane od 21. do 24. 09. 2021. godine, u saradnji sa OPDAT i VSTV-ovim Projektom jačanja tužilačkih kapaciteta i Udruženjem tužilaca u Federaciji BiH i Centrima za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj.*

IZJAVA O OGRANIČENJU ODGOVORNOSTI

Stavovi izneseni u ovom dokumentu ne odražavaju nužno stavove USAID-a ili Vlade Sjedinjenih Američkih Država

1. Uvod

Očigledno je da na današnjem stepenu razvoja demokratskog društva pitanje vladavine prava i demokratizacije društva, posebno kroz jačanje tzv. istraživačkog novinarstva u kontekstu pravovremenog informisanja javnosti o ponašanju i radu svih segmenata državne vlasti, otvara brojna pitanja vezano za objavljivanje neovlaštenih snimaka, fotografija, dakle i videozapisa i audiozapisa i njihovog korištenja u sudskim postupcima. Istovremeno, zbog široke dostupnosti potrebnih uređaja, pojedinci, nerijetko i iz ozbiljnih razloga posežu za, u suštini, neovlaštenim radnjama u cilju dokazivanja nekih njihovih, često i opravdanih tvrdnji.

Svjedoci smo tako postupaka koji su pokrenuti, ali još nedovršeni, u pogledu „otkrivanja“ afera iz poslovnog, profesionalnog ili privatnog života nosilaca političkih funkcija, ali i nosilaca pravosudnih funkcija, u kontekstu posla koji obavljaju i za koji postoji izražen javni interes. Nažalost, nedovoljna je praksa sudova u Bosni i Hercegovini da bi se uopšte mogli pozivati na neke ustaljene sudske stavove. U svakom slučaju, prilikom razmatranja ove problematike nužno je uključiti sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), kriterije koje je taj sud ustanovio, te praksu Ustavnog suda BiH i redovnih sudova Srbije i Hrvatske. Analiza dole prezentiranih odluka, iako se neke odnose na postupak po Zakonu o zaštiti od klevete koji nije krivični postupak, jer uvreda i kleveta u našem pravnom sistemu nisu prepoznate kao zaštitno dobro koje treba i krivično pravno zaštititi, može nam ukazati na smjernice pri rješavanju pitanja zakonitosti/ nezakonitosti dokaza koji su pribavljeni od strane medija ili pojedinaca, a ne uz dopuštenje ovlaštene sudske vlasti u okviru krivičnoprocesnih pravila u našoj državi.

U ovom radu se neće posebno analizirati kontekst korištenja posebnih istražnih radnji (u daljem tekstu: PIR). Pravna teorija i praksa, kako ESLJP, tako i u okviru Bosne i Hercegovine veoma je opširna i prilično detaljno razrađuje pitanje ocjene zakonitosti prisluškivanja i snimanja koje poduzimaju nadležni organi u okviru krivičnog procesuiranja, te zakonskih i konvencijskih uslova za njihovo odobravanje i upotrebu u krivičnom postupku. U okviru ovog pregleda, kako je i naprijed navedeno, pokušat će se dati mogući odgovori na pitanja korištenja dokaza pribavljenih korištenjem optičkih ili prislušnih uređaja od strane novinara ili pojedinaca, sa na kraju datim mogućim rješenjima

takvih situacija pred tužilaštvima i sudovima u Bosni i Hercegovini, u kontekstu zakonitosti njihove primjene u krivičnom postupku. Nužno je pritom obratiti posebnu pažnju na distinkciju između tako pribavljenih dokaza (a dokaz je po svojoj suštini svaki izvor saznanja o određenom događaju) od strane novinara, od dokaza koji su pribavljeni od strane pojedinaca, najčešće duboko zainteresovanih i involviranih u određeni, moguće je i kriminogeni događaj, kao i treću situaciju, a to je prenošenje ovakvih dokaza u opštem smislu, pribavljenih od strane pojedinaca, a dalje objavljenih ili emitovanih putem medija. Naime, mediji u okviru istraživačkog novinarstva, pod posebnim uslovima imaju specifičnu i zaštićeniju ulogu i „viši“ stepen slobode izražavanja i informisanja javnosti u okviru te slobode, potkrepljujući rezultate njihovih novinarskih napora snimkama ili zvučnim ili optičkim, čija uloga je (misli se na član 10. EK) prepoznata i u praksi ESLJP.

Naravno, sve ovo pod uslovom provjere autentičnosti i relevantnosti takvih zapisa, koji nerijetko, „izvlačenjem“ iz konteksta, skraćivanjem i sl. mogu dovesti do pogrešnih i netačnih zaključaka.

2. Izbor relevantne prakse ESLJP

2.1. U odnosu na pitanje prihvatljivosti dokaza

Schenk protiv Švajcarske (1988. godina)

Ne postoji apsolutna „dokazna zabrana“ korištenja nezakonitih dokaza, a postavljalo se pitanje korištenja nezakonitog snimka razgovora o naručivanju ubistva. Ovo je jedan od prvih predmeta pred ESLJP u kojem se razmatralo pitanje nezakonitih dokaza.

ESLJP je konstatovao da se „u načelu ne isključuje korištenje nezakonito dobijenih dokaza. Ipak, način na koji se dokaz pribavlja i njegova uloga u suđenju ispitat će se u kontekstu utvrđivanja da li je suđenje pravično u cjelini“.

Upotreba dokaza pribavljenih povredom nacionalnih pravila nije sama po sebi suprotna konvencijskom pojmu „pravičnosti“. U situacijama kada se redovni sudovi oslanjaju na nezakonito pribavljene dokaze, ESLJP će provjeriti da li se „nezakonitost“, kao termin nacionalnog prava, podudara sa „nepravičnošću“ u konvencijskom smislu i da li

je podnosilac zahtjeva imao priliku prigovoriti pouzdanosti i upotrebi dokaza u nacionalnom sudskom postupku.

Khan protiv Ujedinjenog kraljevstva (2000. godina)

Prisluškivanje, s obzirom na u konkretnom slučaju mogućnost osporavanja pred domicilnim sudovima, ne pokreće *per se* pitanje prava iz člana 6. Evropske konvencije. Aplikant je osporavao zakonitost dokaza pribavljenog pomoću tajnog prislušnog aparata koji je instalirala policija, kada je snimljen njegov razgovor sa osumnjičenim, u kojem je priznao sudjelovanje u krijumčarenju droge. Snimke su bile „nezakonite“ samo u dijelu u kojem britansko pravo (zakoni) nije predviđalo izričito zakonsku osnovu za njegovo korištenje.

Iako je snimljeni telefonski razgovor dobijen bez ikakvog pravnog osnova i bio je jedini dokaz, ESLJP je ustanovio da njegovo korištenje ipak nije nepravično, s obzirom na to da je u toku postupka omogućeno podnosiocu predstavke da u dvije sudske instance ospori njegovu pouzdanost i pravičnost. Nepostojanje adekvatnog zakonskog ovlaštenja za razne interventne policijske metode pribavljanja dokaza, taj sud smatra prije kao pitanje koje se pojavljuje u vezi prava na poštovanje privatnog života iz člana 8. Evropske konvencije, nego kao problem pravičnosti *per se* prema članu 6. Evropske konvencije.

Dragojević protiv Hrvatske (2015. godina)

Izuzetno značajna odluka kojom je utvrđeno da nalozi za korištenje mjera tajnog nadzora nisu bili odgovarajuće obrazloženi. Pritom, da bi ovakvo miješanje u prava iz člana 8. bilo opravdano, mora biti „u skladu sa zakonom“ u konvencijskom smislu, mora težiti ostvarenju jednog ili više „legitimnih ciljeva“ iz člana 8. stav 2. Evropske konvencije i mora biti „nužno u demokratskom društvu“. Kako je obrazloženje naloga za mjere tajnog nadzora bilo paušalno, sadržavalo samo uopštene formulacije bez konkretizacije činjenica koje opravdavaju korištenje mjera, došlo je do povrede člana 8. Evropske konvencije. Međutim, kako je aplikant imao mogućnost u toku sudskog postupka osporiti vjerodostojnost dokaza i njegovo korištenje, a takav dokaz nije bio jedini na kojem se temeljila osuđujuća presuda, nema povrede člana 6. Evropske konvencije.

Član 23. Kaznenopravne konvencije o korupciji Vijeća Evrope propisuje da svaka država potpisnica mora usvojiti zakonske i druge mjere, uključujući i one koje dopuštaju upotrebu posebnih istražnih tehnika koje su nužne kako bi se olakšalo prikupljanje dokaza u ovom području. Posebne istražne tehnike mogu uključivati upotrebu agenata na tajnom zadatku, prisluškivanje, presretanje telekomunikacija i pristup računalnim sustavima.

ESLJP je neosporno utvrdio da su prisluškivanje telefonskih razgovora i tajni nadzor predstavljali zadiranje u prava iz člana 8. Da bi zadiranje u ta prava bilo „u skladu sa zakonom“, isti mora zadovoljiti određene kvalitete u vidu dostupnosti i dovoljne preciznosti/jasnosti i predvidljivosti. Nedovoljna obrazloženost rješenja o tajnom nadzoru ne može se nadomjestiti retroaktivnim navođenjem konkretnih razloga u kasnijoj fazi postupka.

U odnosu na rješenje prigovora povrede prava na pravično suđenje, ESLJP je, kada je riječ o upotrebi dokaza pribavljenih tajnim nadzorom, primijetio da aplikant nije osporio pouzdanost informacija dobijenih primjenom tih mjera, već je primjedbe ograničio na formalnu upotrebu tih informacija kao dokaza u postupku. Budući da je imao mogućnost da ospori autentičnost dokaza, kao i da nije bio u pitanju jedini osuđujući dokaz, utvrđeno je da nema povrede iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Bašić protiv Hrvatske (2016. godina)

Aplikant je prigovorio da je povrijeđeno njegovo pravo na poštivanje privatnog života i tajnosti dopisivanja nezakonitim i neopravdanim tajnim nadzorom, te da je njegovo pravo na pošteno suđenje povrijeđeno upotrebom takvih dokaza u krivičnom postupku.

ESLJP je utvrdio da je došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije, ali ne i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. U odnosu na utvrđenu povredu, upućeno je na opšta načela vezano za primjenu mjera tajnog nadzora iz presude Dragojević protiv Hrvatske, prvenstveno da nalog istražnog sudije nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a posebno razloga zbog kojih se dokazi nisu mogli prikupiti na druge manje nametljive načine.

U odnosu na povredu prava na pošteno suđenje, također se pozivajući na opšta načela iz predmeta Dragojević, ESLJP ponavlja da nije njegova uloga utvrditi smiju li se pojedine vrste dokaza, npr. nezakonito pribavljeni dokazi, koristiti kao dokaz u postupku ili pitanje je li aplikant kriv ili ne. Čak „razina javnog interesa za istraživanje i kažnjavanje za predmetno kazneno djelo može se uzeti u obzir i razmotriti protiv pojedinačnog interesa, da se dokazi protiv podnositelja zahtjeva prikupe na zakonit način“. Suština je da se utvrdi je li okrivljenom pružena prilika da ospori vjerodostojnost dokaza i suprotstavi se njihovoj upotrebi.

2.2 Kratka analiza

Ugao posmatranja ESLJP u svakom konkretnom slučaju jeste da je pitanje korištenja „nezakonitih“ dokaza u principu u sferi odgovornosti domaćeg prava, te da na nivou ESLJP ne postoji „pravo na zakonit dokaz“. U svakom konkretnom slučaju ispituje se da li je vjerodostojnost dokaza narušena zbog načina njegovog prikupljanja i da li je bila provjerena, odnosno, da li je aplikant imao i iskoristio mogućnost da u krivičnom postupku bude provjerena vjerodostojnost takvih dokaza. Konačno, ESLJP je, u slučajevima gdje se zbog načina prikupljanja bilo personalnih (ličnih), bilo materijalnih dokaza koja su pokretala pitanja povrede prava (zabrane mučenja i nečovječnog i ponižavajućeg postupanja) iz člana 3. Evropske konvencije kao apsolutne, nederogabilne zabrane i u slučajevima korištenja od strane države agenata provokatora, odnosno, u slučajevima poticanja na izvršenje krivičnog djela, decidan u stavu da ukoliko se utvrdi takva povreda, ona automatski povlači za sobom i povredu člana 6. Evropske konvencije. Međutim, kada je u pitanju materija koja je predmet ovog rada, te kako su i član 8. i član 10. prava koja se pod određenim uslovima mogu derogirati, njihova povreda ne znači automatski da je korištenjem dokaza kojim se zadire u ta prava nužno narušen kredibilitet krivičnog postupka.

2.3 U odnosu na odmjeravanje („vaganje“) pitanja pokrenutih prema članu 8. i 10. EK

Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2003. godina)

Reproduciranje snimke u medijima koja je učinjena na javnom mjestu od strane nadzornih kamera, povreda je člana 8. EK, jer nije tražen

pristanak osobe za dalju reprodukciju, odnosno, prikazivanje većem broju ljudi ili, ukoliko je to nemoguće, nisu poduzete mjere maskiranja identiteta. Snimanje koje predstavlja trajnu registraciju koja se može analizirati i reproducirati bez saglasnosti pojedinca može predstavljati povredu člana 8., ukoliko takvo zadiranje nije na zakonu utemeljeno i opravdano. Ukoliko neka osoba prisustvuje nekom javnom događaju, smatra se da je dala saglasnosti da ju se snima, jer je predvidljivo i očekivano da će se takvi događaji snimati. U pogledu rješavanja tog pitanja uvedeno je i načelo “predvidljivosti“, odnosno, taj sud se vodi načelom proporcionalnosti (da li je zadiranje u privatnost proporcionalno svrsi, opravdano sa stanovišta javnog interesa, čuvanja javnog reda mira i sigurnosti, sprečavanja poremećaja u društvu i pojave kriminala, te zaštite prava drugih).

Perry protiv UK (2003. godina)

ESLJP je u toj odluci smatrao da je čak i snimanje kamerom u policijskoj stanici, koje se kasnije koristilo za identifikaciju, odnosno, prepoznavanje, predstavljalo povredu člana 8. jer država u tom predmetu nije primijenila domaće pravo vezano za prikupljanje podataka, nego je postupila suprotno propisanom pravu.

Von Hannover protiv Njemačke (2004. godina)

U toj presudi se raspravljalo o pravu na privatnost i javnih osoba snimljenih na javnom mjestu, te je sud utvrdio da ima pravo na zaštitu privatnosti i tako učinjena snimka može predstavljati povredu člana 8. EK ukoliko nije snimljena u javnom interesu već samo u svrhu zabavljanja čitaoca. U tom slučaju je utvrđeno nekoliko kriterija, posebno kada se radi o javnim osobama, kojem od ovih prava (između člana 8. i člana 10. EK) se daje prednost. Prvo je pitanje veoma važnog kriterija koji se utvrđuje prema okolnostima slučaja, a to je doprinos snimaka raspravi o opštem, javnom interesu, zatim koliko je osoba poznata i sadržina snimke, odnosno, priroda aktivnosti na snimkama, nadalje, kriterij ranijeg ponašanja osobe i njen odnos sa medijima, te konačno se cijeni sadržaj i način, te posljedice objavljivanja. Dakle, da se član 8. stav 2. EK odnosi ne samo na zaštitu prava pojedinaca od zadiranja javnih vlasti, već i od zadiranja drugih privatnih osoba ili institucija, uključujući i medije.

Radio Twist protiv Slovačke (2006. godina)

U pitanju je radio stanica koja je emitovala snimak telefonskog razgovora između zamjenika premijera i višeg državnog službenika u Ministarstvu pravde. Domaći sudovi su presudili da čak i javne ličnosti imaju pravo na zaštitu privatnosti, da je snimak telefonskog razgovora bio privatne prirode i da nije trebalo da se emituje. ESLJP je, naprotiv, naveo da je sporni razgovor vođen između dva visoka funkcionera i ticao se pitanja od javnog interesa – privatizacije državnih preduzeća. Nadalje, da su domaći sudovi presudan značaj dali da je snimak dobijen nezakonito, mada ga nisu napravili sami novinari. Stav tog suda je da sama činjenica da je snimak napravljen i dobijen nezakonito, ne može da liši novinare koji su ga emitovali njihovog prava na slobodu izražavanja, te je utvrdio povredu tog prava.

Tierbefreier protiv Njemačke (2014. godina)

U ovom slučaju ESLJP je utvrdio da nije prekršeno pravo na slobodu izražavanja. Naime, Udruženju za zaštitu životinja zabranjeno je da objavi tajni snimak nastao u prostorijama firme koja je obavljala eksperimente na životinjama za farmaceutsku industriju. Domaći sudovi su prihvatili da je filmski materijal predstavljao pitanje od javnog interesa, ali i da takvo postupanje prema životinjama nije bilo nezakonito, te da bi se širenjem materijala prekršilo pravo kompanije. ESLJP je konstatovao da su domaći sudovi primijenili odgovarajuće standarde i da se slaže sa njihovom procjenom.

Haldimann i dr. protiv Švajcarske (2015. godina)

U pitanju su četiri novinara koji su emitovali intervju sa brokerom koji je snimljen uz upotrebu skrivene kamere. Intervju je dio TV dokumentarca sa temom o pogrešnim savjetima koje pružaju brokeri životnog osiguranja, što je bilo i predmetom javne rasprave. Osuđeni su novinari nakon žalbe novčanom kaznom, jer po njima, upotreba skrivene kamere nije bila strogo „neophodna“ za program.

ESLJP je potvrdio opšta načela slobode izražavanja u odnosu na narušavanje privatnosti, naglašavajući značaj prava na slobodu izražavanja i istovremeno dužnost novinara da se ponašaju etično. Utvrdio

je posebno šest kriterija u slučajevima koji se odnose na ugrožavanje privatnosti javnih ličnosti i to: koliko je emitovana priča doprinijela raspravi od javnog interesa, ugled osobe o kojoj se izvještava i svrha priloga, ranije ponašanje te osobe, metode pribavljanja informacija, sadržaja oblika i uticaja priloga i težine sankcije. Sud je potvrdio da, iako novinari imaju znatnu slobodu u izvještavanju o pitanjima od javnog interesa, to moraju učiniti dobronamjerno. Nivo miješanja u privatnost brokera, s obzirom na to da je snimak bio zamućen i da je njegov glas bio izmijenjen, bio je na minimalnom nivou. Težina finansijske kazne, iako je bila manja, ipak je bila nesrazmjerna i utvrđeno je da je osudom novinara prekršeno njihovo pravo na slobodu izražavanja.

Becker protiv Norveške (2017. godina)

Novinarka je bila primorana da pruži dokaze koji bi omogućavali otkrivanje njenog izvora. Nije joj direktno naloženo, nego joj je domaći sud naložio da svjedoči o svojim kontaktima sa konkretnom osobom koja je i sama izjavila da je izvor informacija. ESLJP je ipak smatrao da su moguće posljedice takvog naloga da se na taj slučaj mogu primijeniti opšta načela vezano za objelodanjivanje izvora, te da u konkretnom slučaju, imajući u vidu značaj zaštite novinarskih izvora za slobodu štampe, nije uvjeren da je objelodanjivanje identiteta bilo opravdano važnim zahtjevom javnog interesa, pa je utvrdio povredu člana 10.

Barbulescu protiv Rumunije (2017. godina)

U ovom slučaju radilo se o nadzoru komunikacija u okviru preduzeća i o tome da je sadržaj nadzirane komunikacije preko računara korišten tokom disciplinskog postupka protiv apelanta. Domaći sudovi nisu utvrdili da li je apelant prethodno obaviješten o mogućem nadziranju, o prirodi ili razmjerama nadzora, niti utvrdili konkretan razlog koji je opravdavao tu mjeru i da li je pristup komunikacijama bio moguć bez znanja podnosioca predstavke. U ovom slučaju utvrđena je povreda člana 8.

Medžlis Islamske zajednice Brčko i dr. protiv BiH (2017. godina)

ESLJP je utvrdio da nijedno konvencijsko pravo nije povrijeđeno. Apelanti su poslali dopis najvišim organima Brčko Distrikta BiH u kojem su izrazili zabrinutost zbog imenovanja direktora javne radio stanice, navodeći da je predložena urednica svojim postupcima omalovažavala muslimane i etničke Bošnjake. Ta urednica je pokrenula postupak zaštite od клевете, uspjela u svom zahtjevu što je, kao takvo, potvrđeno i pred Ustavnim sudom BiH. Postupajući po aplikaciji, ESLJP također je utvrdio da su optužbe dostigle potreban nivo ozbiljnosti i mogle su da ugroze prava iz člana 8. Razmatrajući pitanja koja pokreće član 10., taj sud je utvrđivao postojanje uplitanja, da li je bilo propisano zakonom, te da li je slijedilo legitiman cilj. U konkretnom slučaju, iako su apelanti utvrdili da je njihova namjera bila da obavijeste nadležne vlasti o nepravilnostima i da ih podstaknu da istraže njihove navode, Sud je utvrdio da predmetni dopis nije sadržavao takve zahtjeve i u konačnici: *„Vijeće je utvrdilo da su odluke domaćih sudova predstavljale „uplitanje od strane javnih vlasti“ u pravo na slobodu izražavanja aplikanata iz člana 10. Konvencije, te da je to uplitanje bilo „propisano zakonom“ i imalo legitiman cilj, odnosno, zaštitu ugleda M.S. Vijeće je bilo uvjereno da su u predmetnom slučaju domaći sudovi pravili razliku između činjeničnih navoda i vrijednosnih sudova, te da su, na osnovu raspoloživih dokaza, ispravno zaključili da su aplikanti postupili nemarno prilikom prijavljivanja, navodno, neprimjerenog ponašanja M.S. bez ulaganja razumnog nпора da provjere tačnost tih navoda. Nadalje, vijeće je utvrdilo da dodijeljena odšteta protiv aplikanata nije bila neproporcionalna. Stoga je zaključilo da su domaći sudovi uspostavili pravičnu ravnotežu između interesa M.S. za zaštitu ugleda i prava aplikanata da prijave nepravilnosti u ponašanju javnog službenika tijelu nadležnom da se bavi takvim pritužbama, kao i da su razlozi koji su dati kao obrazloženje njihovih odluka „relevantni i dostatni“, te da su ispunili „nužnu društvenu potrebu“. Prema tome, vijeće je utvrdilo da nije došlo do povrede člana 10.“* Dopis je došao i do medija i njegovo objavljivanje je otvorilo mogućnost da dođe do javne debate i pogorša štetu po dostojanstvo i ugled urednice. Aplikanti nisu imali dovoljno činjenica za iznošenje svojih tvrdnji o urednici te je „država“ postupila u okviru polja slobodne procjene, odnosno: *„Vijeće je uvjereno da je sporno uplitanje potkrijepljeno relevantnim i dostatnim razlozima, te da su vlasti tužene države uspostavile pravičnu ravnotežu između*

interesa aplikantata u pogledu slobode govora, s jedne strane, i interesa M.S. u pogledu zaštite njenog ugleda, s druge strane, postupajući u okviru svoga polja slobodne procjene.“

2.4 Kratka analiza

ESLJP je, a što je vidljivo i iz naprijed navedenog izbora iz sudske prakse, veoma jasan i decidan u stavovima da ne preispituje činjenične zaključke redovnih sudova ukoliko nisu očigledno proizvoljni, te da ne postoji posebno pravo kojim se isključuje korištenje tzv. „nezakonitih dokaza“ i da se njihovo korištenje posmatra u svakom pojedinačnom slučaju prema holističkom principu. To podrazumijeva da se od okolnosti svakog konkretnog slučaja preispituje da li je sa stanovišta prava na pravično suđenje narušen integritet (poštenje) krivičnog postupka. Pri tome naročito ispituje mogućnost osporavanja vjerodostojnosti takvih dokaza u okviru krivičnog postupka od strane okrivljenog lica i uticaja takvog dokaza na cjelokupan tok kroz ishod postupka. Konačno, pitanje korištenja takvih dokaza uključujući i neovlašteno optičko ili zvučno snimanje, postupanje ovlaštenih državnih organa da korištenjem posebnih mjera za potrebe krivičnog procesuiranja pribavljaju dokaze kojima se zadire u prava iz člana 8. EK, prvenstveno je pitanje ocjene domaćih vlasti.

Također, taj sud je u mnogim, pa i naprijed navedenim presudama, utvrdio tzv. princip proporcionalnosti, odnosno, vaganja prava iz člana 8. i člana 10. EK. Pri tome je vidljivo da je za potrebe domaćih postupaka, uključujući i krivični postupak, akcenat na namjeri lica (bio to novinar ili građanin), a suštinsko je pitanje da li postoji jak javni interes da se određeni „dokaz“ bilo objavi ili reprodukuje ili čak koristi u okviru sudskih postupaka. Na osnovu analize sudske prakse tog suda mogu se ustanoviti određeni kriteriji, u kojima se svaki pojedinačni slučaj posmatra kroz prizmu specifičnih okolnosti tog slučaja, jačine, odnosno, stepena zadiranja u pravo na privatnost u odnosu na druga konvencijska prava, pa i pravo na pošteno suđenje, a početna pozicija je uvijek i samo utvrđivanje postojanja jakog javnog interesa.

3. Praksa Ustavnog suda BiH

AP-1881/05

Apelacija novinara i RTV FBiH u jednom dijelu je odbijena, a u drugom odbačena. Odnosila se na priloge iz emisije „60 minuta“, a vezana je za postupak klevete koji je vođen pred Kantonalnim sudom u Sarajevu i Vrhovnim sudom FBiH. U vezi sa navodima o kršenju prava na slobodu izražavanja iz člana 10. Evropske konvencije, Ustavni sud BiH je potencirao „uspostavljanje pravične ravnoteže između zagarantiranih sloboda i prava u demokratskom društvu“, te da: „stoga su ključna uloga i zadatak nezavisnog sudstva da u svakom pojedinačnom slučaju jasno utvrdi granicu između opravdanih i potrebnih, te neopravdanih i nepotrebnih ograničenja, koja neki princip potvrđuju kao pravilo ili ga negiraju kao puku deklaraciju“. Značajan je dio u kojem taj sud: „... smatra da, iako obavještanje javnosti o eventualnim zloupotrebama javnih službenika jeste legitiman cilj novinara i medija u demokratskom društvu, u konkretnom slučaju ipak nije postojala iskrena namjera apelanata, i nisu uloženi razumni naponi ni u potvrđivanje činjenica koje su iznijeli, niti u naknadno ublažavanje štetnih posljedica, a naročito imajući u vidu propust apelanata da prethodno provjere s tužiocem podatke koje su namjeravali objaviti u spornim priložima, kao i to da u drugoj emisiji nije prikazana tužiočeva izjava u cjelini, nego su njeni dijelovi izvađeni iz konteksta, pa svrha zahtjeva za ispravku time nije ispunjena. Stoga, Ustavni sud smatra da su sudovi opravdano zaključili da postoji odgovornost apelanata za iznošenje i prenošenje neistinitog izražavanja. Naime, u konkretnom slučaju opšti interes koji dopušta pokretanje pitanja o eventualnim nezakonitim ponašanjima javnih službenika ne može se braniti iznošenjem neosporno neistinitih činjenica koje predstavljaju napad na njihov ugled i koje se, zbog toga, ne mogu smatrati kritikom koju su oni dužni tolerirati s obzirom na funkciju koju vrše“.

AP-1067/06

Usvojena je apelacija jedne novinske kuće i utvrđena povreda prava na slobodu izražavanja. Također se odnosi na postupak prema Zakonu o zaštiti od klevete, a u konkretnom slučaju se naročito odnosila na visinu dosuđene naknade štete, odnosno, vrste pravične satisfakcije.

Zaključak tog suda je: „Postoji kršenje prava na slobodu izražavanja“ u situacijama: „kada je odlukom suda u građanskoj parnici naloženo apelantu platiti naknadu nematerijalne štete nanesene tužiočevom ugledu iznošenjem i prenošenjem neistinitih činjenica, a ne može se zaključiti da se nametanjem takve mjere uspostavlja proporcionalnost između prava na slobodu izražavanja i prava na ugled“.

AP-3430/16

Utvrđena je povreda prava na pravično suđenje i prava na slobodu izražavanja, a u odnosu na presude u kojima je apelant proglašen krivim za krivično djelo izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti. Naime, apelant je na svom facebook profilu javno objavio fotografiju kipa Isusa Krista uz tekst „Idemo trgajte“, na kojoj se u pozadini nalaze zastava BiH i dva zmaja koja lete prema kipu, s tim da prvi zmaj ima otvorena usta i napada navedeni kip. Taj sud je, u odnosu na slobodu izražavanja, ponovno ukazao i analizirao uspostavljeni test sa kriterijima: je li miješanje bilo propisano zakonom, postojanje legitimnog cilja i je li miješanje bilo neophodno u demokratskom društvu. U skladu sa navedenim testom sud je analizirao presude redovnih sudova i utvrdio da redovni sudovi nisu postigli pravičnu ravnotežu između zaštite apelantovog prava na slobodu izražavanja i zaštite vjerskih prava drugih, budući da u osporenim odlukama nisu dali relevantne i dovoljne razloge kojima bi opravdali miješanje u ovo apelantovo pravo. Također, prekršeno je i apelantovo pravo na obrazloženu odluku, kao dio prava na pravično suđenje.

AP-3309/19

Odbačene su apelacije N.A. protiv rješenja Tužilaštva BiH zato što je *ratione materiae* inkompatibilna sa Ustavom BiH i protiv naredbe o provođenju istrage jer je preuranjena. Ovo je zanimljiv predmet ukoliko dođe do presude jer se protiv apelanta vodi postupak, između ostalog, i zbog krivičnog djela neovlašteno prislušivanje i tonsko snimanje. Ustavni sud BiH je iz procesnih razloga odbacio apelacije, jer se, između ostalog, osporenim rješenjem Tužilaštva odlučivalo o tome da li će se apelantu dati status zaštićenog svjedoka, a ne o njegovom pravu na slobodu izražavanja. Interesantno bi bilo ukoliko se u konkretnom slučaju pokrene i pitanje iz člana 8. i 10. EK.

3.1 Kratka analiza

Ustavni sud BiH u cijelosti slijedi pristup ESLJP u odlučivanju u apelacionom postupku pred tim sudom. Tako prava iz člana 6. EK u pogledu ove materije u brojnim presudama posmatra kroz načela da li je određen dokaz, pa i nezakonito pribavljen, a korišten u sudskom postupku, narušio opšte principe i poštenje kroz pravičnost postupka.

Uglavnom se, u odnosu na snimanje i reprodukciju koje se vrše „van“ nadležnih organa za procesuiranje u okviru domaćeg krivično pravnog sistema, taj sud bavio posebnim postupkom prema Zakonu o zaštiti od klevete. Ne može se iznaći u većem obimu praksa u kojoj bi se taj sud, osim brojne prakse kada se postupalo u smislu odobravanja i provođenja PIR-ova, što nije predmet ovog rada, koja bi se odnosila na korištenje dokaza pribavljenih prisluškivanjem, optičkim ili nekim drugim snimanjem od strane pojedinca u krivičnom postupku, bavio pitanjem korištenja zapisa koji su pribavljeni vaninstitucionalnim putem. Izvjesno je da će biti interesantno, ukoliko se to pitanje pojavi u budućnosti u okviru aktuelnih postupaka, vidjeti stavove tog suda.

4. Zakonodavni okvir Republike Hrvatske

Kazneni zakon Hrvatske

Član 143. – Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje

Tko neovlašteno zvučno snimi nejavno izgovorene riječi drugoga ili tko posebnim napravama neovlašteno prisluškuje nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene, kaznit će se...

Kaznom iz stavka 1. ovog članka kaznit će se tko snimljene riječi iz stavka 1. uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi ili tko prisluškivane riječi iz stavka 1. doslovce ili u bitnim crtama javno iznese.

Ako kazneno djelo iz stavka 1. tačka i 2. ovog članka počini službena osoba u obavljanju službe ili odgovorna osoba u obavljanju javne ovlasti, kaznit će se ...

Nema kaznenog djela ako su radnje iz stavka 1. i 2. ovog članka učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežnji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe.

Članak 144. – Neovlašteno slikovno snimanje

1) Tko drugoga koji se nalazi u stanu ili prostoru posebno zaštićenom od pogleda neovlašteno slikovno snimi ili takvu snimku uporabi ili učini dostupnom trećoj osobi i na taj način povrijedi njegovu privatnost kaznit će se ...

4.1 Primjer iz redovnosudske prakse u Hrvatskoj

Vrhovni sud Hrvatske, Predmet broj: KŽ-Us-6/14.4 je veoma zanimljiv u pogledu ocjene zakonitosti snimljenog razgovora bez sudskog naloga i bez pristanka optužene osobe. Naime, s obzirom na to da je u pitanju koruptivno krivično djelo tzv. „trgovanje mandatima“ u izbornom procesu sud je utvrdio da: „...okolnosti konkretnog slučaja, a posebno imajući u vidu interes cjelokupnog hrvatskog društva i prevencije tzv. „trgovine mandatima“, opravdavaju da postupanje optuženika bude smatrano teškim kaznenim djelom kod kojeg interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavak 2. točke 1. ZKP/08, time što je snimljen razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno, bez optuženikovog znanja i pristanka na takvo snimanje“. Dakle, iz ovih razloga snimak telefonskog razgovora optuženog i svjedoka, koji bi inače prema procesnim pravilima bio izdvojen iz spisa predmeta kao nezakonit dokaz, okvalifikovan je kao zakonit dokaz zbog njegovih posebnih okolnosti.

4.2 Kratka analiza

Analizirajući zakonodavni okvir Republike Hrvatske vezan za krivična djela iz člana 143. KZ Hrvatske, potrebno je pomenuti da je, kao što je vidljivo i iz naprijed navedenog primjera, prepoznat poseban osnov koji isključuje protivpravnost, ukoliko je neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje učinjeno u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe. Čini se da je na ovaj način prilično razriješeno i pitanje korištenja takvih dokaza u krivičnom postupku. Ovim se suštinski u krivičnopravni okvir, propisivanjem posebnih uslova za isključenje protivpravnosti, direktno inkorporirala relevantna praksa ESLJP o „vaganju“ različitih, nekad međusobno suprotstavljenih prava koja su zagarantovana EK-om.

Bitno je napomenuti da je u KZ-u Hrvatske, u okviru kaznenih djela protiv časti i ugleda, kao kazneno djelo propisana uvreda (članak 147), a člankom 148a. propisano je isključenje protivpravnosti i to ako je počinitelj njegova obilježja ostvario u znanstvenom, stručnom, književnom, umjetničkom djelu ili javnoj informaciji, u obavljanju dužnosti propisane zakonom, političke ili druge javne ili društvene djelatnosti, u novinarskom poslu ili obrani nekog prava, a to je učinio u javnom interesu ili zbog drugih opravdanih razloga. Također, normirano je i krivično djelo klevete (članak 149), kao i da se za ova djela postupak pokreće po privatnoj tužbi.

Iako se čini na prvi pogled da je ova konstatacija nevezana za predmet rada, potrebno je istaći da je u okviru pravnog sistema Republike Hrvatske ugled i dostojanstvo ličnosti prepoznato kao zaštićeno dobro, za koje je nužno obezbijediti i najveći stepen zaštite u društvu – a to je krivičnopravna zaštita. Očigledno je u Republici Hrvatskoj prepoznato da stepen društvenog razvoja zahtijeva ovakav pristup, za razliku od BiH okvira u kojem se ova elementarna ljudska prava, i to djelimično kao zaštitna dobra, nalaze isključivo u sferi građanskog postupka prema Zakonu o zaštiti od klevete.

5. Zakonodavni okvir u Srbiji

Krivični zakonik Srbije

Član 143. – Neovlašćeno prisluškivanje i snimanje

1) Ko posebnim uređajima neovlašćeno prisluškuje ili snima razgovor, izjavu ili kakvo saopštenje koji mu nisu namenjeni, kazniće se ...

Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se i ko omogući nepozvanom licu da se upozna sa razgovorom, izjavom ili saopštenjem koji su neovlašćeno prisluškivani, odnosno tonski snimani.

Ako je delo iz st. 1. i 2. ovog člana učinilo službeno lice u vršenju službe, kazniće se ...

Član 144. – Neovlašćeno fotografisanje

1) Ko neovlašćeno načini fotografski, filmski, video ili drugi

snimak nekog lica i time osetno zadre u njegov lični život ili ko takav snimak preda ili pokazuje trećem licu ili mu na drugi način omogući da se sa njim upozna, kazniće se ...

2) Ako delo iz stava 1. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se ...

Član 145. - Neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka

1) Ko objavi ili prikaže spis, portret, fotografiju, film ili fonogram ličnog karaktera bez pristanka lica koje je spis sastavilo ili na koga se spis odnosi, odnosno bez pristanka lica koje je prikazano na portretu, fotografiji ili filmu ili čiji je glas snimljen na fonogramu ili bez pristanka drugog lica čiji se pristanak po zakonu traži i time osetno zadre u lični život tog lica, kazniće se ...

2) Ako delo iz stava 1. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se ...

5.1 Primjer iz redovnosudske prakse u Srbiji

Vrhovni kasacioni sud Srbije, Presuda broj: Kzz 184/2019 od 26.02.2019. godine

Po zahtjevu za zaštitu zakonitosti branioca okrivljenih, taj sud je odbio zahtjev kao neosnovan. Naime, presudom Osnovnog suda okrivljeni su oglašeni krivim zbog krivičnog djela neovlašćeno fotografisanje u saizvršilaštvu i neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka u saizvršilaštvu. Jedna okrivljena osoba je oslobođena od optužbe za navedeno drugo krivično djelo. Navodi zahtjeva po stavu ovog suda su neosnovani, te se pri tome pozvao na biće krivičnih djela za koje su okrivljeni oglašeni krivim, uz analizu Zakona o javnom informisanju i medijima, u kojem je propisano da se informacije iz privatnog života mogu izuzetno objaviti i bez pristanka, ukoliko je interes javnosti da se upozna sa informacijom ili zapisom pretežan u odnosu na interes da se spriječi objavljivanje, te su taksativno navedene situacije u kojima se smatra da je interes javnosti pretežniji, navodeći da je u tački 3. predviđeno ako se informacija, odnosno, zapis odnosi na ličnost, pojavu ili događaj od interesa za javnost, posebno ako se odnosi

na nosioca javne ili političke funkcije, a objavljivanje informacije je u interesu nacionalne bezbjednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih, a predviđa i ako je lice svojim javnim izjavama, odnosno, ponašanjem u privatnom, porodičnom ili profesionalnom životu privuklo pažnju javnosti i na taj način dalo povoda za objavljivanje informacije, odnosno, zapisa. U konkretnom slučaju, osuđena lica su neovlašteno načinila više fotografija bez prethodnog ovlaštenja tužiteljice, koja je bila naga na plaži na kojoj su postavljeni znaci da je zabranjeno fotografisanje, pri čemu su bili uračunljivi i svjesni svog djela i njegove zabranjenosti, čije izvršenje su htjeli i osjetno zadrlu u privatni život tužiteljice. Drugi okrivljeni su neovlašteno objavili te fotografije u pisanom i elektronskom mediju. Vrlo jasno se u toj presudi navodi da se u konkretnom slučaju ne može smatrati da postoji interes javnosti da se upozna sa sadržajem snimka.

5.2 Kratak komentar

Za razliku od zakonodavnog okvira u Hrvatskoj, u Srbiji nije u krivičnom zakoniku propisan poseban osnov za isključenje protivpravnosti, ukoliko je snimanje u bilo kom obliku od strane neovlaštenih osoba učinjeno u javnom interesu. No, u odnosu na postupanje posebno medija, uz korištenje Zakona o javnom informisanju i medijima u kojem je navedeno da se izuzetno i informacije iz privatnog života javnih ličnosti mogu objaviti i bez njihovog pristanka, ukoliko je interes javnosti pretežan u odnosu na interes privatnosti, iz primjera iz prakse je očigledno da se u sudskim postupcima primjenjuju načelni stavovi i praksa ESLJP, koja se odnosi na vaganje između međusobno suprotstavljenih interesa. Istovremeno je značajno napomenuti da je Zakon o javnom informisanju u Srbiji, usklađen sa stavovima ESLJP, taksativno naveo šta se podrazumijeva pod javnim interesom, odnosno, da sadržina objavljene informacije (pa i putem dokaza pribavljenog „neovlaštenim“ snimanjem) mora biti u interesu nacionalne bezbjednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih. U odnosu na pravo na privatnost javne ličnosti, također usklađeno standardima iz presuda ESLJP, ustanovljen je i kriterij pri čemu se ispituje da li je lice svojim javnim izjavama, odnosno, ponašanjem

u privatnom, porodičnom ili profesionalnom životu privuklo pažnju javnosti i dalo povoda za objavljivanje informacije, odnosno, zapisa.

Potrebno je istaći da je pitanje namjere, odnosno, nedostatka „zlomamjere“ i „zluradosti“ veoma značajno za utvrđivanje i pitanja poštenja korištenja neke informacije ili dokaza dobijenog na neovlašten način, u strogom smislu te riječi. U konkretnom slučaju, do perfekcije dolazi primjena principa da onaj ko dolazi po pravdu, mora dolaziti čistih namjera i čistih ruku.

6. Zakonodavni okvir u BiH

KZ Federacije BiH

Član 188. – Neovlašćeno prisluškivanje i zvučno snimanje

1) Ko putem posebnih naprava bez odobrenja prisluškuje ili zvučno snimi razgovor ili izjavu koja mu nije namijenjena ili omogući nepozvanoj osobi da se upozna s razgovorom ili izjavom koja je neovlašćeno prisluškivana ili zvučno snimljena, ili ko neovlašćeno prisluškuje ili snimi tuđe poruke u računalnom sustavu, kaznit će se ...

Službena osoba koja učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana u vršenju službe, kaznit će se ...

Član 189. – Neovlašćeno optičko snimanje

1) Ko fotografski, filmski ili na drugi način drugu osobu bez njezinog pristanka u njezinim prostorijama ili ko takav snimak direktno prenese trećem ili ko mu takav snimak pokaže ili mu na koji drugi način omogući da se s njim direktno upozna, kaznit će se ...

Službena osoba koja učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana u vršenju službe, kaznit će se ...

Ko dijete ili maloljetnika snimi radi izrade fotografija, audiovizualnog materijala ili drugih predmeta pornografskog sadržaja, ili posjeduje ili uvozi ili prodaje ili rasparčava ili prikazuje takav materijal, kaznit će se ...

KZ Republike Srpske

Član 155. Neovlašteno prisluškivanje i tonsko snimanje

1) Ko posebnim uređajima neovlašteno prisluškuje ili tonski snimi razgovor ili izjavu koja mu nije namijenjena, ili omogući nepozvanom licu da se upozna sa razgovorom ili izjavom koja je neovlašteno prisluškivana ili snimana, kazniće se ...

Kaznom iz stava 1. ovog član kazniće se i ko tonski snimi izjavu koja je njemu namijenjena, bez znanja i odobrenja onoga ko je daje, u namjeri da takvu izjavu zloupotrijebi, ili ko omogući nepozvanom licu da se upozna sa takvom izjavom.

Ako djelo iz st. 1. i 2. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se ...

Član 156. – Neovlašteno fotografisanje

1) Ko neovlašteno sačini fotografski, filmski ili drugi snimak nekog lica ili njegovih prostorija bez njegove saglasnosti, povređujući time posebno njegovu privatnost, ili ko takav snimak preda ili pokazuje trećem licu ili mu na neki drugi način omogući da se s njim upozna, kazniće se ...

Ako djelo iz stava 1. ovog člana učini službeno lice zloupotrebom službenog položaja ili ovlaštenja, kazniće se ...

KZ Brčko Distrikta BiH

Član 185. – Neovlašteno prisluškivanje i zvučno snimanje

1) Ko putem posebnih naprava bez odobrenja prisluškuje ili zvučno snimi razgovor ili izjavu koja mu nije namijenjena ili omogući nepozvanom licu da se upozna s razgovorom ili izjavom koja je neovlašteno prisluškivana ili zvučno snimljena, ili ko neovlašteno prisluškuje ili snimi tuđe poruke u računarskom sistemu, kaznit će se ...

(Službeno lice koje učini krivično djelo iz stava 1. ovoga člana u obavljanju službe, kaznit će se ...

Član 186. – Neovlašteno optičko snimanje

1) Ko fotografski, filmski ili na drugi način snimi drugo lice bez njegovog pristanka u njegovim prostorijama ili ko takav snimak neposredno prenese trećemu ili ko mu takav snimak pokaže ili mu na neki drugi način omogući da se s njim neposredno upozna, kaznit će se ...

Službeno lice koje učini krivično djelo iz stava 1. ovoga člana u obavljanju službe, kaznit će se ...

Ko dijete ili maloljetnika snimi radi izrade fotografija, audiovizuelnog materijala ili drugih predmeta pornografskog sadržaja, ili posjeduje ili uvozi ili prodaje ili rastura ili prikazuje takav materijal, kaznit će se ...

6.1 Primjer iz redovnosudske prakse u BiH

Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH, Presuda broj: 96 0 K 100499 18 Kž

U ovom predmetu po žalbi za krivično djelo iz člana 185. stav 1. KZ BD branilac je prigovorio da u radnjama optuženog nisu ostvarena bitna obilježja djela. Ne spori da je okrivljeni putem telefona snimio razgovor koji je vodio sa jednim licem, s ciljem da bi iz tog razgovora bilo jasno organima gonjenja ono što to lice tvrdi, tj. da zna ko je ostavio oružje u šupi i da to nije učinio optuženi. Dakle, u suštini žalbu zasniva na tvrdnji da je djelo počinjeno u cilju odbrane i dokazivanja nevinosti, da nije bio svjestan zakonom propisanog obilježja predmetnog krivičnog djela tj. da je bio u stvarnoj zabludi. Također, da nije u pitanju „posebna naprava“, jer da telefon kojim je izvršno zvučno snimanje ne predstavlja posebnu napravu zbog čega nema obilježja presuđenog krivičnog djela, kao i zbog činjenice da je snimljeni razgovor bio isključivo namijenjen optuženom, a da za snimljeno lice nisu nastupile štetne posljedice po narušavanje privatnosti niti je snimljeno nešto što inkriminiše to lice.

Stav tog suda je:

„Prvostepeni sud je dao razloge koji opravdavaju utvrđenje tog suda da radnje koje je počinio optuženi, a za koje je oglašen krivim, imaju sva bitna obilježja predmetnog krivičnog djela – Neovlašteno prisluškivanje i zvučno snimanje iz člana 185. stav 1. KZ BD BiH, te da je kod optuženog postojao umišljaj za počinjenje pomenutog krivičnog djela,

te da je isključeno postojanje stvarne i pravne zablude kod optuženog, a razloge za takvo utvrđenje u cijelosti prihvata i ovaj sud.

Mobilni telefon koji je koristio optuženi pri izvršenju navedenog krivičnog djela, u smislu odredbi člana 185. KZ BD BiH, predstavlja „posebnu napravu“ za zvučno snimanje razgovora, jer ima posebnu aplikaciju i mogućnost da zvučno snimi razgovor ili izjavu, te i da je poslije toga reprodukuje. Tako se ne uvažava prigovor odbrane da ne postoji bitan element krivičnog djela, a to je, da neovlašteno zvučno snimanje razgovora nije obavljeno putem posebne naprave. Optuženi je bio svjestan da nije smio snimati razgovor sa V.M. i da čineći to snimanje bez znanja i pristanka V.M., postupa protivpravno. Prema tome, postupao je umišljajno i svjestan protivpravnosti svojih radnji, tako da te činjenice isključuju tačnost tvrdnje odbrane da je pri činjenju navedenih radnji kod optuženog postojala stvarna ili pravna zabluda“.

6.2 Kratka analiza

Krivična djela iz ove oblasti su propisana u entitetskim krivičnim zakonima i krivičnom zakonu BD, dok nisu propisana na nivou KZ BiH. Uglavnom su, što se tiče bitnih obilježja, djela sinhronizovana i prepoznaju kvalifikovane oblike u smislu da je eventualni počinitelj službena osoba, odnosno, službeno lice koje ga počinio u vršenju službe ili zloupotrebom vršenja službe.

Zanimljivo je napomenuti da, za razliku od zakonodavstva Hrvatske, pa dijelom i Srbije, nije propisano niti prepoznat neki poseban osnov isključenja protivpravnosti. Stoga je vrlo jasno i da se u datom primjeru branilac žalio da je počinitelj djelo počinio u stvarnoj ili pravnoj zabludi.

Interesantno je pomenuti da je u KZ-u BD propisan poseban osnov za isključenje protivpravnosti za krivično djelo iz člana 184. (Neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne) i to da nema djela ako ko tajnu otkrije u opštem interesu ili interesu drugog lica koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne. Praktično, u okviru glava zakona kojima se propisuju ova krivična djela, jedino je u odnosu za član 184. KZ BD propisan poseban osnov isključenja protivpravnosti, u kojem se „barata“ vaganjem opšteg interesa ili interesa drugog lica, koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne.

7. Umjesto zaključka

Korištenje zapisa bilo koje vrste koje je počinjeno od strane pojedinca u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini je pitanje koje će sigurno i ubuduće opterećivati sudske postupke i zahtijevat će jasan i precizniji odgovor i usaglašavanje sudske prakse.

Kao jedno od ključnih teorijskih pitanja koje se postavlja jeste:

1) Pitanje pokretanja krivičnog postupka od strane nadležnog tužilaštva zbog dokazivanja počinjenja krivičnih djela koja su naprijed citirana.

U mnogome, to zavisi od tumačenja odnosa između načela legaliteta krivičnog postupka, koje obavezuje tužilaštvo na procesuiranje počinilaca krivičnih djela u odnosu na praksu ESLJP, pri čemu su posebno mediji, tzv. istraživački novinari, pod određenim uslovima, praktično zaštićeni od krivičnog progona, ukoliko postupaju u dobroj vjeri i u javnom interesu koji je pretežniji od interesa i prava iz člana 8. EK.

Pitanje odlučivanja o tome da li je takav dokaz nezakonit, u smislu relevantnih odredbi ZKP-a, ili se može koristiti pod posebnim uslovima u krivičnom postupku.

Ovdje se treba pojasniti i preciznije odrediti eventualni način direktne primjene EK, koja ima prioritet u odnosu na Ustav BiH i druge zakone, pri čemu su ustavno ovlašteni svi organi u državi da je direktno primjenjuju. Na ovo ključno pitanje ne postoji niti jednostavan, niti jasan odgovor. U državi kao što je naša, koja je pretežno država tzv. „pisanog prava“, a posmatrajući i opšta načela krivičnih postupaka, ne postoji usaglašen stav ni na nivou žalbenih sudova o posljedicama korištenja dokaza koji su naknadno utvrđeni kao nezakoniti, na konačan ishod jednog krivičnog postupka. U praksi egzistira pristup u kojem se ovakav žalbeni navod tretira u kontekstu prava na pravično suđenje iz člana 6. EK, a koji pretežno, prema opštepoznatim stavovima, dijelom zagovaraju Apelaciono odjeljenje Suda BiH i Vrhovni sud RS. Nasuprot tome, egzistira i pretežni stav Vrhovnog suda Federacije BiH u kojem, a prema odredbama procesnog zakona, korištenje nezakonitog dokaza predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka i sljedstveno tome dovodi do ukidanja presude.

Potrebno je pri tome imati u vidu da i pred ESLJP postoji dio mišljenja i izdvojenih stavova sudija koje smatraju da bi korištenje nezakonitog dokaza (pribavljenog od strane nadležnog organa, ali povredama domaćih procesnih pravila) automatski, kao posljedicu trebalo da ima i utvrđenje da je integritet postupka narušen i povrijeđeno pravo iz člana 6. EK. U tom pravcu se može vidjeti izdvojeno mišljenje sudije u predmetu Khan protiv UK iz 2000. godine, u kojem sudija ističe da pojam poštenja, u kontekstu EK, podrazumijeva vladavinu prava za koju je pretpostavka poštivanje ljudskih prava utvrđenih Konvencijom, te stoga smatra da se ne može govoriti o poštenom suđenju ako je provedeno kršenjem zakona. Moramo imati u vidu da se ovo sve odnosi na prikupljanje dokaza od strane policijskih/tužilačkih organa, dakle, postupanje države prema pojedincu, a ne na pitanje međusobno suprotstavljenih interesa u kontekstu članova 8. i 10. EK.

Čini se da bi za pravni okvir u Bosni i Hercegovini najprihvatljivije rješenje bilo da se u okviru procesnih pravila, pa i u okviru materijalnopravnog zakona koji tretira neovlaštena zadiranja u privatnost, detektuju i propišu posebni osnovi isključenja protivpravnosti, odnosno, nezakonitosti autentičnih zapisa (dokaza), sa veoma uskom mogućnošću da se u izuzetno jakom javnom interesu koji se može i detaljnije kvalifikovati, otvori mogućnost i korištenja takve vrste dokaza, kako ne bi došli u situaciju da dokaze prikupljaju neovlaštena lica u različite svrhe i sa različitim motivima i da ih, kao takve, prezentiraju i u sudskim procesima. Naravno, sve ovo prvo pod pretpostavkom autentičnosti i vjerodostojnosti, te ukoliko lice koje ih je prikupilo nije postupilo zlonamjerno, zlurado, u svom vlastitom interesu ili u bilo kojem drugom, koje izlazi iz sfere opravdanog, jakog javnog društvenog interesa.



9 772744 267001