

DAMJAN KAURINOVIĆ
Predsjednik Apelacionog suda
Brčko distrikta BiH

VELIBOR MILIĆEVIĆ
Stručni saradnik u Apelacionom sudu
Brčko distrikta BiH

PRITVOR NAKON IZRICANJA PRESUDE

NACIONALNI I MEĐUNARODNO PRAVNI STANDARDI

Uvod

Mjere procesne prinude koje se primjenjuju prema osumnjičenom odnosno optuženom su najraznovrsnije, jer su oni osnovni krivičnoprocesni subjekti, a bez njihovog prisustva nije moguće voditi i uspješno završiti krivični postupak. Pozitivno krivičnoprocesno zakonodavstvo u BiH u okviru mjera za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog odnosno optuženog propisuje nekoliko vrsta mjera procesne prinude: dovođenje, mjere zabrane (zabrana napuštanja boravišta i zabrana putovanja, zabrana preduzimanja određenih poslovnih aktivnosti ili službenih dužnosti, zabrana posjećivanja određenih mjesta ili područja, zabrana satajanja sa određenim osobama, naredbu da se povremeno javlja određenom državnom organu i privremeno oduzimanje vozačke dozvole) i pritvor. Navedenim mjerama procesne prinude ograničavaju se različita ljudska prava i osnovne slobode osumnjičenog odnosno optuženog, pa i prava iz kataloga prava koja propisuje Ustav BiH u članu II stav 3. kao npr.: pravo na ličnu slobodu i sigurnost iz tačke (d), pravo na slobodu kretanja i prebivališta iz tačke (m), slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima iz tačke (i) itd.

Pritvor je najteža i najkompleksnija mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog odnosno optuženog radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka. Predmet ovog rada je analiza instituta pritvora nakon izricanja presude u domaćem i međunarodnom pravu odnosno zakonsko rješenje u Zakonu o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu ZKP BDBiH) i konvencijski standardi sadržani u članu 5. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EKLJP).

1.Pritvor nakon izricanja presude u krivičnoprocesnom zakonodavstvu

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BD BiH¹ i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH² (u daljem tekstu ZKP BiH) izmijenjen je član 138. ovih zakona, koji propisuju osnove za određivanje (i produženje) pritvora nakon izricanja presude. Ono što posebno karakteriše predmetnu izmjenu navedenog člana je izmijenjeni stav 1. tog člana, a odnosi se na osnove za određivanje i produženje pritvora nakon izricanja presude i to kako prvostepene, tako i drugostepene.

Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta BiH pritvor nakon izricanja presude propisuje u članu 138. na sledeći način:

Član 138.

Određivanje pritvora nakon izricanja presude

- (1) Kad izrekne presudu na kaznu zatvora sud može da odredi ili produži pritvor, ako je to neophodno radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka uzimajući u obzir sve okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela, odnosno ličnosti učinioca. Ako izrekne presudu na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu sud će uvijek odrediti ili produžiti pritvor. U ovim slučajevima donosi se posebno rješenje, a žalba protiv rješenja ne zadržava njegovo izvršenje.**
- (2) Pritvor će se ukinuti ako je optuženi oslobođen od optužbe ili je optužba odbijena osim iz razloga nenadležnosti Suda ili ako je oglasen krivim, a oslobođen od kazne ili je osuđen samo na novčanu kaznu ili je uslovno osuđen ili je zbog uračunavanja pritvora kaznu već izdržao.
- (3) Poslije izricanja prvostepene presude, pritvor može trajati najduže još devet mjeseci. Ako za to vrijeme ne bude izrečena drugostepena presuda kojom se prvostepena presuda preinačava ili potvrđuje, pritvor će se ukinuti i optuženi pustiti na slobodu. Ako u roku od devet mjeseci bude izrečena drugostepena odluka kojom se prvostepena presuda ukida, pritvor može trajati najduže još jednu godinu od izricanja drugostepene odluke.
- (4) Na zahtjev optuženog, koji se poslije izricanja kazne zatvora nalazi u pritvoru, sudija, odnosno predsjednik vijeća može optuženog rješenjem uputiti u ustanovu za izdržavanje kazne i prije pravosnažnosti presude.
- (5) Pritvor se uvijek ukida istekom izrečene kazne.

¹ «Službeni glasnik Brčko distrikta BiH» broj 19/09 od 19.06.2009. godine.

² «Službeni glasnik BiH» broj 93/09 od 01.12.2009. godine.

- (6) Optuženi koji se nalazi u pritvoru, a presuda kojom mu je izrečena kazna zatvora je postala pravosnažna, ostaće u pritvoru do upućivanja na izdržavanje kazne a najduže do isteka trajanja izrečene kazne.

Da bi što jasnije i preciznije mogli razmotriti izmijenjenu odredbu člana 138. stav 1. ZKP BD BiH, odnosno utvrditi cilj i volju zakonodavca kojom se rukovodio prilikom uvođenja iste u pozitivno zakonodavstvo, neophodno je bilo istu citirati u potpunosti, a zatim analizirati ključne zakonske pojmove koju ova odredba sadrži, a u svrhu što potpunijeg i pravilnijeg gramatičkog i ciljnog tumačenja ove odredbe koja predstavlja novinu u krivično-procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Inače, odredbe ZKP BDBiH koje su predmet ove analize numerički i sadržajno su identične sa odredbama ZKP BiH.

1.1 Fakultativni i obavezni pritvor

ZKP RS (v. član 195. i 189.-u daljem tekstu ZKP RS) i ZKP FBiH (v. član 152. i 146. -u daljem tekstu ZKP F BiH) su zadržali iste razloge za pritvor iz ranijih faza krivičnog postupka (istraga, postupak optuživanja i glavni pretres) i nakon izricanja presude na kaznu zatvora. Za razliku od ZKP RS i ZKP F BiH, a i njihove izmjene su u toku, ZKP BDBiH i ZKP BiH u navedenom članu 138. stav 1. predviđaju dvije vrste pritvora nakon izricanja presude: fakultativan i obavezan pritvor, koji se određuje i produžava kada sud izrekne kaznu zatvora, a visina izrečene kazne zatvora je opet relevantana sa aspekta fakultativnosti, odnosno obligatornosti određivanja i produženja pritvora.

1.1.2 Fakultativni pritvor

Prvi dio odredbe člana 138. stav 1. propisuje fakultativni osnov za određivanje i produženje pritvora i glasi: **„Kada izrekne presudu na kaznu zatvora, sud može odrediti ili produžiti pritvor, ako je to neophodno radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka uzimajući u obzir sve okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela, odnosno ličnost učinioca.“**

Na osnovu prethodno navedenog, slijedi zaključak da su osnovi za određivanje i produženje pritvora okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela, odnosno ličnost učinioca, s tim da se okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela kao i činjenice koje se tiču ličnosti učinioca mogu razmatrati ili pojedinačno ili kumulativno, što znači da je dovoljno da postoje relevantne činjenice koje se tiču samo okolnosti izvršenja određenog krivičnog djela ili obrnuto, da postoje samo činjenice koje se tiču ličnosti učinioca da bi se odredio ili produžio pritvor.

Kod fakultativnog pritvora zakonodavac se dakle više ne poziva na postojanje zakonskih razloga iz člana 132. stav 1. tačka a), c) i d) ZKP BDBiH, već na neophodnost određivanja pritvora radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka uzimajući u obzir sve okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela odnosno ličnost učinioca. Prema tome, zakonsko rješenje u ZKP BDBiH očigledno ukazuje da se radi o novoj vrsti pritvora vezanog za novu fazu krivičnog postupka. Konkretno, završetkom glavnog pretresa i donošenjem prvostepene presude kojom se optuženi oglašava krivim i kome se izriče kazna zatvora završava se stadijum glavnog krivičnog postupka, a time prestaju da se primjenjuju razlozi za pritvor predviđeni u članu 132. ZKP BDBiH koji se odnose na prethodni postupak (istraga i postupak optuživanja) i glavni postupak (glavni pretres). Preduslov za određivanje pritvora je izricanje presude kojom se optuženi oglašava krivim i kojom je izrečena kazna zatvora.

Međutim, odredbu člana 138. stav 1. ZKP BD BiH u dijelu koji propisuje fakultativni pritvor valjalo bi tumačiti ekstenzivno, te prilikom njene primjene u praksi pod okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela kao i činjenice koje se tiču ličnosti učinioca razmatrati (podvoditi) i osnove iz člana 132. stav 1. tačke a) c) i d) ZKP BDBiH (koji osnovi su relevantni u svakoj fazi krivičnog postupka, osim kod obaveznog pritvora), ali i sve druge činjenice, odnosno okolnosti koje se mogu podvesti pod zakonski pojam okolnosti vezanih za izvršenje krivičnog djela, odnosno okolnosti vezanih za ličnost učinioca. Koje se sve činjenice mogu podvesti pod pojam okolnosti vezanih za izvršenje krivičnog djela, odnosno okolnosti vezanih za ličnost učinioca i da iste imaju uticaj na nesmetano vođenje krivičnog postupka stvar je ocjene suda u svakom konkretnom slučaju. Naravno, sud će odrediti pritvor kada takve okolnosti postoje uz postojanje još jednog zakonskog uslova, a to je da je optuženom licu izrečena безусловna kazna zatvora. Međutim, ovdje ostaje sporno da li se optuženom u ovakvoj situaciji može izreći i neka druga mjera iz glave X (deset) ZKP BDBiH u cilju nesmetanog vođenja krivičnog postupka, što znači da li se i pored uslova za izricanje fakultativnog pritvora, isti mora odrediti ako se nesmetano vođenje krivičnog postupka može obezbijediti i drugom mjerom.

1.1.3 Obavezni pritvor

Drugi dio odredbe člana 138. stav 1. ZKP BDBiH koji propisuje obavezni (obligatorni) pritvor glasi: **ako izrekne presudu na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu sud će uvijek odrediti ili produžiti pritvor.**

Kao što je već prethodno isticano, visina izrečene kazne zatvora razgraničava fakultativni od obaveznog pritvora, tako da je pritvor obavezan u

svim krivičnim postupcima u kojima je izrečena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. Sud postupa po služenoj dužnosti (ex officio), pa se za odluku suda ne traži prijedlog tužioca i saslušanje optuženog na okolnosti razloga za određivanje, produženje ili ukidanje pritvora (v. član 131. stav 2. ZKP BDBiH i ZKP BiH). Ovdje valja naglasiti da prije izricanja (objave) presude stranke i branilac još uvijek ne znaju ishod krivičnog postupka, odnosno vrstu presude, niti vrstu i visinu krivičnopravne sankcije koju će izreći sud. Međutim, to ne sprečava tužioca ili optuženog odnosno branioca da prije završetka glavnog pretresa iznesu usmeni prijedlog u pogledu odluke o pritvoru ili pak da tužilac postupi u skladu sa članom 131. stav 3. ZKP BDBiH i ZKP BiH i podnese obrazloženi prijedlog u pisanoj formi najkasnije pet dana prije isteka pritvora, a u svakom slučaju prije završetka glavnog pretresa. Prijedlog tužioca bi u svakom slučaju bio neophodan (sa aspekta vršenja tužilačke funkcije u krivičnom postupku) jer u slučaju da sud ne izrekne kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu posle koje slijedi obavezan pritvor (koji se određuje i produžava po službenoj dužnosti) sud bi u svakom slučaju ukinuo pritvor jer je izostao prijedlog tužioca za određivanje i produženje pritvora koji je obavezan u skladu sa članom 131. stav 2. ZKP BDBiH. Ovo mišljenje odgovara i novoj strukturi krivičnog postupka u kojoj je dominantna stranačka inicijativa, načelo kontradiktornosti i neposrednosti. Naravno, s druge strane u oba slučaja optuženom se mora omogućiti da na advekatat način iznese svoje argumente i pokuša osporiti navode iz prijedloga tužioca.

Dakle prilikom određivanja obaveznog pritvora nije neophodno utvrđivati okolnosti iz člana 132. stav 1. tačka a) c) i d) ZKP BDBiH niti se utvrđuje postojanje okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela, odnosno ličnost učinioca koji se utvrđuju kod fakultativnog pritvora iz člana 138. stav 1. ZKP BD BiH.

„Kod obaveznog pritvora, ona sumnja na postojanje opasnosti određene vrste za koju se kod fakultativnog pritvora traže ozbiljnije indicije, zamijenjena je neoborivom prezumpcijom opasnosti koja se zasniva na težini krivičnog djela cijjenjenog preko kazne izrečene presudom.“³

1.2 Pritvor u drugostepenom postupku

Novo zakonsko rješenje ima određene specifičnosti u odnosu na klasičan pritvor i otvara više pitanja koja se mogu pojaviti u toku postupka redovnih pravnih lijekova (žalbeni postupak) odnosno drugostepenog postupka. Ovaj pritvor se ne produžava i njegovo trajanje je ograničeno trajanjem drugostepenog postupka, rokom od devet mjeseci od dana izricanja prvostepene

³ Prof. dr Tihomir Vasiljević, prof. dr Momčilo Grubač: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, «Službeni glasnik», Beograd, 2003. godina, str. 269

presude, u kom roku se mora donijeti drugostepena presuda i dodatnim rokom od jedne godine u slučaju ukidanja prvostepene presude koji počinje da teče od dana izricanja ukidajuće drugostepene odluke (v.član 138. stav 3. ZKP BDBiH). S obzirom da se pritvor ne produžava, ne vrši se njegova periodična kontrola po isteku roka od dva mjeseca. Pošto se ovaj pritvor ne vezuje za razloge za pritvor iz člana 132. ZKP BDBiH isti se u slučaju obaveznog pritvora (kazna zatvora od pet godina ili teža kazna) ne može zamijeniti nekom blažom mjerom, pa ni jemstvom. Međutim, ponovo ostaje dilema u slučaju kada je određen fakultativni pritvor (kazna zatvora ispod pet godina), da li su kao alternativne mjere za nesmetano vođenje krivičnog postupka primjenjive ostale mjere predviđene u glavi X ZKP BDBiH. Naravno, odgovor na ovo pitanje je u konvencijskom pravu, tačnije u članu 5.3 EKLJP po kome je jemstvo primjenjivo samo u slučaju određivanja pritvora po članu 5.1. (c) EKLJP, odnosno u ranijim fazama krivičnog postupka prije izricanja presude. Prema tome, ako je optuženi u pritvoru, nazavisno od toga da li je pritvor određen ili produžen nakon izricanja prvostepene presude, optuženi po tom rješenju ostaje u pritvoru sve do donošenja drugostepene odluke. Ako drugostepeni sud odbije žalbe stranaka odnosno branioca kao neosnovane i potvrdi prvostepenu presudu kojom je izrečena kazna zatvora ili pak preinači prvostepenu presudu u pogledu odluke o kazni (povećanje ili smanjenje kazne zatvora) optuženi i dalje ostaje u pritvoru do upućivanja na izdržavanje kazne zatvora, jer je presuda kojom je izrečena kazna zatvora postala pravnosnažna (v. član 138. stav 6. ZKP BDBiH).

Pored toga, novo zakonsko rješenje direktno utiče na odredbe o pritvoru u slučaju preinačenja prvostepene presude (v. član 314. stav 2. ZKP BDBiH i ZKP BiH), te na odredbe o pritvoru u slučaju ukidanja prvostepene presude (v. član 315. stav 3. ZKP BDBiH i ZKP BiH).

S obzirom da se odredbe člana 314. stav 2. ZKP BDBiH pozivaju na odredbe člana 138. stav 1. i 2. ZKP BDBiH, onda je razumljivo da će se odluka drugostepenog suda o određivanju odnosno ukidanju pritvora zasnivati upravo na ovim odredbama. Dakle, prema odredbama člana 314. stav 2. ZKP BDBiH pritvor nije moguće produžiti, već samo odrediti ili ukinuti. To opet znači da pritvor može biti fakultativan ili obavezan, zavisno od visine izrečene kazne zatvora u slučaju preinačenja prvostepene presude, te da sud postupa po službenoj dužnosti (član 138. stav 1. ZKP BDBiH), ali se postupanje po službenoj dužnosti ima kretati samo u okviru procesnih situacija ukidanja pritvora i određivanja u slučaju da postoje uslovi za obavezni pritvor, jer u slučaju da optuženi nije u pritvoru, a ne postoje uslovi za obavezni pritvor, nema zakonskih uslova za postupanje drugostepenog suda po službenoj dužnosti. Ovdje je odluka o pritvoru direktna posledica preinačenja prvostepene presude tako da izrečena drugostepena odluka stvara procesnu situaciju za odlučivanje o pritvoru, s tim da se u slučaju određivanja pritvora optuženi u pravilu nalazi na

slobodi. Pritvor se ne produžava ako se optuženi već nalazi u pritvoru, a drugostepenom odlukom je ponovo izrečena kazna zatvora. Ako je preinačenjem izrečena kazna zatvora ispod pet godina pritvor se može odrediti na prijedlog tužioca (ako je optuženi na slobodi) ili ukinuti (ako je optuženi u pritvoru) - što se u pravilu ne radi jer osuda na kaznu zatvora postaje pravnosnažna i optuženi ostaje u pritvoru do upućivanja na izdržavanje kazne bez obzira što je pritvor fakultativan (član 138. stav 6.). Dakle, ne postoji zakonski osnov za ukidanje pritvora za osude na kazne zatvora manje od pet godina osim u procesnim situacijama koje predviđa član 138. stav 2. ZKP BDBiH. Međutim, pritvor se obavezno određuje u slučaju izricanja kazne zatvora od pet godina ili teže kazne, a optuženi se nalazi na slobodi. Odredbe člana 314. stav 2. u vezi sa članom 138. stav 2. ZKP BDBiH predviđaju i procesnu situaciju kada se optuženi nalazi u pritvoru, a drugostepeni sud povodom žalbi donese oslobađajuću ili odbijajuću presudu, izrekne krivičnopravnu sankciju koja ne podrazumijeva lišenje slobode, zbog uračunavanja pritvora kazna već izdržana i sl. U pitanju je obavezno ukidanje pritvora kao procesna posledica donesene drugostepene odluke. Protiv bilo koje odluke drugostepenog suda o pritvoru žalba nije dozvoljena. Navedeno zakonsko rješenje samo potvrđuje mišljenje da se nakon izricanja prvostepene i drugostepene presude pritvor u osnovi određuje ili ukida na osnovu vrste izrečene presude odnosno vrste i visine izrečene krivičnopravne sankcije. U svim slučajevima određivanja pritvora na osnovu člana 314. stav 2. ZKP BDBiH optuženi ostaje u pritvoru do upućivanja na izdržavanje kazne.

U slučaju ukidanja prvostepene presude moguće su različite procesne situacije. Međutim, zakonodavac predviđa samo jednu, a to je ukidanje prvostepene osuđujuće presude kada se optuženi nalazi u pritvoru. Tada drugostepeni sud po službenoj dužnosti donosi odluku o produženju ili ukidanju pritvora, a protiv navedenih odluka suda žalba nije dozvoljena. Praktično, ova vrsta pritvora više ne počiva na izrečenoj prvostepenoj osuđujućoj presudi koja je ukinuta i više ne postoji. To znači da je prestao i međunarodnopravni osnov za određivanje pritvora predviđen u odredbama člana 5.1(a) EKLJP. U takvoj pravnoj situaciji postupak za donošenje odluke o pritvoru vraća se na prethodne faze krivičnog postupka, tačnije na odredbe člana 131. i 132. ZKP BDBiH. Njegov međunarodnopravni osnov sada se nalazi u odredbama člana 5.1(c), pa slijedi i primjena člana 5.3 i 5.4 EKLJP. Praktično, identična je situacija i ako dođe do ukidanja prvostepene oslobađajuće ili odbijajuće presude ili pak prvostepene osuđujuće presude nakon koje optuženom nije određen odnosno produžen pritvor. Međutim, sada sud postupa po opštim odredbama o pritvoru. Ako žalbeni sud ne postupa po službenoj dužnosti, onda do odlučivanja o pritvoru može doći isključivo po prijedlogu tužioca. Dakle, postupak određivanja pritvora morao bi biti sproveden u skladu sa odredbama član 131. i 132. ZKP BDBiH, s tim da odluku o pritvoru donosi žalbeno, pretresno vijeće drugostepenog suda. Po drugom mišljenju, pritvor nakon izricanja bilo koje

vrste prvostepene presude mora se zasnivati na odredbama člana 138. ZKP BDBiH, jer je u pitanju nova faza krivičnog postupka za koju su u zakonu određeni posebni rokovi trajanja pritvora do donošenja drugostepene odluke odnosno do izricanja drugostepene odluke u slučaju ukidanja prvostepene odluke i pretresa pred drugostepenim sudom (v. član 138. stav 3. ZKP BDBiH i ZKP BiH). Očigledno, prvo mišljenje je prihvatljivije, jer se u slučaju primarnog određivanja pritvora moraju poštovati opšte odredbe o pritvoru iz člana 131. i 132. ZKP BDBiH i ZKP BiH (prijedlog tužioca, saslušanje optuženog na okolnosti iz prijedloga tužioca i dr.), s tim da se ne bi vršila periodična kontrola pritvora s obzirom da odredbe člana 131. stav 5. ZKP BDBiH nalažu obavezu ukidanja pritvora čim prestanu ralozi zbog kojih je određen i otvorenu mogućnost optuženog odnosno branioca da odmah predlože ukidanje pritvora čim se pojave nove činjenice; drugostepeni sud bi morao postupati sa posebnom hitnošću; pritvor bi morao biti sveden na najkraće nužno vrijeme. Ovo je pritvor fakultativnog karaktera i protiv odluke o određivanju pritvora uvijek je dozvoljena žalba, jer ova procesna situacija nije predviđena zakonom, pa pravo na podnošenje žalbe nije izričito isključeno (v. član 318. stav 1. ZKP BDBiH). O žalbi odlučuje drugo vijeće Apelacionog suda BD BiH.

Zakonski, trajanje pritvora je ograničeno najduže na devet mjeseci odnosno godinu dana računajući od dana izricanja prvostepene presude odnosno dana izricanja drugostepene ukidajuće odluke (član 138. stav 3. ZKP BDBiH). Ovdje se valja osvrnuti na odredbu člana 315. stav 4. ZKP BDBiH (dakle odredbu zakona koja se odnosi na pritvor u slučaju ukidajuće odluke drugostepenog suda), koja propisuje da ako se optuženi nalazi u pritvoru sud je dužan donijeti odluku najkasnije u roku od tri mjeseca, a u složenim predmetima najkasnije u roku od šest mjeseci od dana kada je primio spise, te je dovesti u korelaciju sa odredbom člana 138. stav 3. ZKP BDBiH koja propisuje rokove trajanja pritvora u žalbenom postupku, odnosno rok od devet mjeseci do izricanja drugostepene odluke i dodatni rok od godinu dana koji se računa od dana donošenja ukidajuće odluke (rješenja o ukidanju prvostepene presude). Analizirajući sadržinu konkretnih odredbi, evidentno je da su iste u ambivalentnom odnosu ili bolje reći primjena jedne ne uslovljava primjenu druge odredbe (što je očigledno suprotno cilju kojim se zakonodavac rukovodio), jer obaveza suda da odluči po žalbi na prvostepenu presudu kada se optuženi nalazi u pritvoru u rokovima propisanim članom 315. stav 4. ZKP BD BiH je vezana isključivo za momenat kada je zaprimljen prvostepeni spis sa žalbom (dakle ne od momenta donošenja ukidajuće odluke), pa u roku (tri ili šest mjeseci) koji se računa od tog momenta drugostepeni sud može donijeti bilo koju vrstu odluke iz člana 310. stav 1. ZKP BD BiH. Dakle, odredba člana 315. stav 4. ZKP BD BiH, iako sadržana u konkretnom članu, koji se odnosi na postupanje drugostepenog suda u slučaju donošenja ukidajuće odluke, faktički ima karakter opšte odredbe instruktivnog karaktera za postupanje drugostepenog suda u slučaju da se optuženi nalazi u

pritvoru. To znači da ona nema nikakav procesni uticaj na primjenu člana 138. stav 3. ZKP BD BiH (trajanje pritvora prije i posle ukidajuće odluke), a u slučaju nepoštovanja rokova iz člana 315. stav 4. ZKP BD BiH nije propisana bilo kakva procesna sankcija u odnosu na sam pritvor koji traje i drugostepeni sud koji postupa u konkretnom slučaju (npr. pritvor će se ukinuti i optuženi pustiti na slobodu). Ovo znači da je neophodna izmjena odredbe člana 315. stav 4. u pravcu usaglašavanja sa članom 138. stav 3. ZKP BDBiH ili njeno izdvajanje iz navedenog člana kao opšte odredbe koja bi se primjenjivala u svakom postupanju drugostepenog suda povodom žalbe na prvostepenu presudu kada se optuženi nalazi u pritvoru. Još preciznije, postojanje stava 4. u članu 315. ZKP BDBiH sa aspekta procesne logike potpuno je neprihvatljivo.

2. Pritvor i pravo na slobodu u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Član 5.1(a) EKLJP predviđa prvi dozvoljeni izuzetak od priznatog prava na slobodu i bezbjednost ličnosti samo ako je takav izuzetak predviđen nacionalnim zakonom i u postupku koji je sproveden u skladu sa tim zakonom. Pritvor u skladu sa zakonom propisanim postupkom prvenstveno zahtijeva da svako hapšenje ili pritvor moraju imati pravni osnov u domaćem zakonu. Pored toga traži se kvalitet zakona, kompatibilnost zakona sa vladavinom prava i pravima koje garantuje EKLJP.⁴ Dakle, radi se o lišenju slobode odnosno određivanju ili produženju pritvora koje je predviđeno nacionalnim krivičnoprocesnim zakonom i to na osnovu presude nadležnog suda. Prema tome, ispunjena su oba konvencijska uslova: postojanje zakonske odredbe koja predviđa odstupanje od prava na slobodu i bezbjednost ličnosti i postojanje presude nadležnog suda. Pod pojmom "presuda nadležnog suda" podrazumijeva se presuda kojom se optuženi oglašava krivim (osuđujuća presuda) i kojom je izrečena kazna zatvora odnosno krivičnopravna sankcija koja se sastoji u lišenju slobode. Test nadležnog suda se ocjenjuje prema zahtjevima člana 6.1 EKLJP, pa npr. administrativni organi, policijski organi ili vojni komandanti na čijim se odlukama zasniva lišenje slobode ne ispunjavaju zahtjeve nadležnog suda. To automatski znači da bi takav pritvor bio u suprotnosti sa standardima člana 5. 1(a) EKLJP.⁵

⁴ Gilles Dutertre, Izvodi iz sudske prakse – Evropski sud za ljudska prava, Savjet/Vijeće Europe, Studis d.o.o. Sarajevo 2002, str.86.

⁵ Odluka Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: Ilascu i dr. protiv Moldavije i Rusije.

Pojam "presuda nadležnog suda" ne podrazumijeva isključivo presudu prvostepenog suda i osudu na kaznu zatvora, već i presudu drugostepenog suda koja ima isti kvalitet. To je presuda kojom se potvrđuje ili preinačava prvostepena presuda kojom se optuženi oglašava krivim i kojom je pravnosnažno izrečena kazna zatvora ili pak presuda drugostepenog suda izrečena nakon održanog pretresa pred drugostepnim sudom kojom je optuženi oglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora, bez obzira koju vrstu presude je izrekao prvostepeni sud (osuđujuća, odbijajuća ili oslobađajuća).

Pritvor mora biti u direktnoj vezi sa osuđujućom presudom kojom je izrečena kazna zatvora, odnosno direktna posledica te presude. Upravo osuđujuća presuda kojom je izrečena kazna zatvora stvara procesnu situaciju za donošenje odluke o pritvoru od strane suda. Stoga pritvor u pravilu slijedi neposredno nakon osuđujuće presude i zbog osuđujuće presude na kaznu zatvora.⁶

Od trenutka izricanja presude kojom se optuženi oglašava krivim i osuđuje na kaznu zatvora zakonitost pritvora se ispituje prema članu 5.1(a) EKLJP, tako da je navedeni pravni osnov primjenjiv tokom cijelog žalbenog postupka, sve do donošenja odluke drugostepenog suda.⁷ U slučaju kršenja prava na suđenje u razumnom roku, kašnjenja u donošenju odluke drugostepenog suda, optuženi se ne može pozvati na član 5.3 EKLJP jer je pritvor određen na osnovu člana 5.1(a) EKLJP, a ne prema članu 5.1.(c) EKLJP na koji se nadovezuju prava garantovana članom 5.3. EKLJP.⁸ Međutim, optuženi se može pozvati na "razuman rok" iz člana 6.1. EKLJP. Dakle, zakonitost pritvora i druga prava garantovana članom 5.1(c) i 5.3 EKLJP prestaju da se primjenjuju danom izricanja prvostepene presude kojom se optuženi oglašava krivim i kojom je izrečena kazna zatvora. Od tog trenutka primjenjiv je član 5.1. (a) sve do donošenja odluke drugostepenog suda po izjavljenim žalbama.⁹

"Presuda nadležnog suda" se tumači kao presuda kojom se optuženi oglašava krivim (osuđujuća) i kojom se izriče kazna zatvora ili druga krivično - pravna sankcija koja se sastoji u lišenju slobode. Dakle, član 5.1(a) je primjenjiv samo u odnosu na jednu vrstu presude (osuđujuća) i na jednu vrstu kazne (kazna zatvora ili drugo krivično pravna sankcija koja podrazumjeva lišenje slobode).

⁶ Odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: Van Droogenbroeck protiv Belgije i Engel i dr. protiv Holandije.

⁷ Odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: Wemhoff protiv Njemačke, Labita protiv Italije i Klyakhin protiv Rusije.

⁸ Opširnije: VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo: Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima, IV izdanje, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2006.

⁹ VAN DIJK, Pieter i dr. *ibid.*

2.2 Sudska praksa

Raniji krivičnoprocesni zakoni su poznavali institut obaveznog pritvora nakon izricanja presude kojom se optuženi oglašava krivim i osuđuje na kaznu od pet godina zatvora ili težu kaznu. U međuvremenu je ukinut institut obaveznog pritvora, ali ne samo u slučaju pritvaranja prije donošenja presude, što se moralo učiniti s obzirom na konvencijske standarde, već i u svim fazama krivičnog postupka. U njegovoj primjeni nije bilo otvorenih pitanja koja nije mogla da riješi sudska praksa. Međutim, odlukom Ustavnog suda BiH broj AP 573/07 od 29.04.2009. godine utvrđeno je da je ranija praksa sudova u ovoj oblasti bila neustavna. Zaključak suda: "Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje člana II/3d Ustava BiH i člana 5 stav 1 Evropske konvencije (tačnije člana 5.1(a) EKLJP) ako je pritvor zasnovan na zakonskoj odredbi kojom je propisan obligatoran pritvor, te, stoga, pritvor nije bio zakonit u smislu člana 5 stav 1 Evropske konvencije. Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje člana 5 stav 4 Evropske konvencije kad sud, odlučujući o žalbi protiv odluke o pritvoru, nije preispitao odluku kojom je određen pritvor, već je samo formalno sproveo žalbeni postupak, potvrdio prvostepeno rješenje bez mogućnosti razmatranja okolnosti za pritvor s obzirom na obligatoran karakter pritvora i na taj način pravni lijek koji je apelant izjavio učinio iluzornim".

Suština kršenja zahtjeva člana 5.1(a) EKLJP, prema obrazloženju odluke Ustavnog suda BiH, sastoji se u činjenici postojanja zakonske odredbe koja predviđa obavezan pritvor jer je obavezan pritvor nespojiv sa EKLJP, bez obzira što je određen u skladu sa nacionalnim zakonom. Osim toga, sud koji odlučuje o pritvoru mora imati ovlaštenje i da oslobodi pritvoreno lice.

Povredu garancija člana 5.4 EKLJP Ustavni sud BiH nalazi u nedostatku djelotvornog pravnog lijeka kojim se uspješno može osporiti lišenje slobode imajući u vidu da postojanje zakonske odredbe o obaveznom pritvoru onemogućava sud da preispita zakonitost lišavanja slobode.

Pozivajući se na dosadašnju praksu Evropskog suda, Ustavni sud BiH, najvjerojatnije, zanemaruje činjenicu da Evropski sud pravi suštinsku razliku u pogledu dvije vrste pritvora u krivičnom postupku, prvi koji potpada pod zahtjeve člana 5.1(a) i drugi koji se odnosi na član 5.1(c) EKLJP. Ako se ovo ima u vidu onda su odredbe članova 5.3 i 5.4 EKLJP neprimjenjive na pritvor određen po osnovu člana 5.1(a) EKLJP, pritvor po presudi nadležnog suda. Ovdje se ne radi o pritvoru koji je određen u prethodnom postupku i glavnom postupku (istraga, postupak optuživanja, glavni pretres), već o pritvoru nakon završetka prvostepenog krivičnog postupka ili drugog postupka koji ima karakteristike krivičnog postupka (krivična optužba, krivičnopravna sankcija

koja odgovara kazni zatvora...). Odluku o lišenju slobode donosi nadležan sud koji ispunjava sve zahtjeve nezavisnog i nepristrasnog suda u smislu člana 6.1 EKLJP. Pritvor je određen u postupku koji propisan nacionalnim zakonom i u skladu sa zakonskom procedurom. Dakle, lice se lišava slobode u skladu sa zakonom na osnovu presude, osude na kaznu zatvora koju je donio nadležan sud. Zakon je predvidio i mogućnost obaveznog pritvora u slučaju osude na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu, a fakultativan pritvor ako se radi o blažoj kazni zatvora. Mogućnost određivanja obaveznog pritvora, čini se, sama po sebi ne može predstavljati povredu člana 5.1(a) EKLJP, jer sud na kraju prvostepenog krivičnog postupka, prilikom donošenja prvostepene presude, ima ovlaštenje da donese i oslobađajuću presudu i pritvoreno lice odmah pusti na slobodu. Pravo puštanja na slobodu pritvorenog lica je jednostavno inkorporirano u postupak donošenja i izricanja prvostepene presude. Upravo zbog toga u pitanju je posebna vrsta pritvora, pritvor po presudi nadležnog suda, na osnovu presude nadležnog suda, pritvor proistekao nakon osuđujuće presude i sl.

Zatim, postavlja se i pitanje da li postoji kršenje člana 5.4 EKLJP odnosno da li je pritvorenom licu uskraćeno pravo na efikasan, djelotvoran pravni lijek. Naime, ako je pritvor obavezan s obzirom na izrečenu kaznu zatvora onda drugostepeni sud nije u mogućnosti preispitati zakonitost pritvora već samo formalno sprovesti žalbeni postupak. U tom slučaju posebna žalba na rješenje o određivanju pritvora zaista ne bi bila efektivan pravni lijek. Međutim, ponovo treba naglasiti da se ovdje radi o posebnoj vrsti pritvora koji se određuje na kraju krivičnog postupka i da zahtjevi člana 5.4 EKLJP nisu primjenjivi na ovu vrstu pritvora.¹⁰ Odluka o pritvoru je direktna posledica završetka krivičnog postupka koji rezultira presudom kojom se optuženi oglašava krivim i osuđuje na kaznu zatvora. Ovdje je preispitivanje zakonitosti pritvora uključeno u samu odluku suda, prvostepenu osuđujuću presudu kojom je izrečena kazna zatvora i u kojoj je preispitivanje zakonitosti lišenja slobode izvršeno *ex officio*. Dakle, ovdje je primjenjiva tzv. teorija o uključenosti i značenju kontrole koju predviđa član 5.4 EKLJP (pravo na žalbu protiv odluke o pritvoru), jer je sud pritvoreno lice oglasio krivim i osudio na kaznu zatvora u određenom trajanju pa je supervizija, preispitivanje koje zahtijeva član 5.4 EKLJP uključeno u samu osuđujuću presudu.¹¹ U takvim procesnim situacijama prvostepena osuđujuća presuda ima kvalitet utvrđenog zakonskog osnova za pritvor opšteg karaktera, a visina izrečene kazne zatvora karakter posebnog zakonskog osnova za određivanje pritvora. Pritvorenom licu nije uskraćeno pravo na efektivan pravni lijek jer se žalbom protiv prvostepene osuđujuće presude mogu uspješno osporavati svi činjenični i pravni zaključci prvostepenog suda, a time i zakonitost opšteg

¹⁰ Odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: De Wilde protiv Holandije i Engel i dr. protiv Holandije.

¹¹ Gilles Dutertre, *ibid.*, str.133-134.

uslova za određivanje pritvora sadržanog u osuđujućoj presudi. Dakle, kod obaveznog pritvora žalba protiv prvostepene osuđujuće presude je djelotvoran pravni lijek jer se istom može osporiti postojanje opšteg uslova za određivanje pritvora. Uostalom, uspješnost žalbe i svako ukidanje prvostepene osuđujuće presude institut oligatornog pritvora neizbježno pretvara u fakultativan pritvor sa svim pravima koja obezbjeđuju odredbe članova 5.1(c) i 5.3 i 5.4 EKLJP. Ako je u pitanju fakultativan pritvor onda pritvoreno lice ima na raspolaganju dva efikasna pravna lijeka, žalbu protiv prvostepene osuđujuće presude kojom se osporava opšti uslov za određivanje pritvora i žalbu protiv rješenja o određivanju (produženju) pritvora kojom se osporava postojanje posebnog zakonskog osnova. Osnovanost jedne ili obje žalbe obavezuje sud da donese odluku kojom se pritvoreno lice pušta na slobodu, prije završetka žalbenog postupka ako se radi o žalbi protiv rješenja, odnosno prilikom donošenja drugostepene odluke ako se radi o žalbi protiv prvostepene presude.

Z a k l j u č a k

Nakon izricanja prvostepene ili drugostepene presude pritvor, kao najteža mjera procesne prinude, može imati obligatoran ili fakultativan karakter. Primarni uslov za određivanje pritvora je donošenje i izricanje presude kojom se optuženi oglašava krivim i kome se izriče kazna zatvora kao najteža krivičnopravna sankcija. Visina izrečene kazne zatvora je opredjeljujući faktor koji čini pritvor obaveznim ili fakultativnim. Nakon izricanja prvostepene presude prilikom odlučivanja o pritvoru sud postupa *ex officio* i od tog trenutka prestaju da se primjenjuju zakonske odredbe o pritvoru koje važe za prethodni i glavni krivični postupak. Dakle, nakon završetka prvostepenog krivičnog postupka primjenjuju se krivičnoprocesne odredbe koje ispunjavaju konvencijski standard "zakonitog pritvora na osnovu presude nadležnog suda".

Odluka o pritvoru u drugostepenom krivičnom postupku može biti procesna posledica preinačenja ili ukidanja prvostepene presude. U slučaju preinačenja sud postupa po službenoj dužnosti i pritvor se može samo odrediti ili ukinuti, što zavisi od vrste drugostepene presude i vrste i visine izrečene krivičnopravne sankcije. Dakle, odredbe o pritvoru nakon presude nadležnog suda i dalje su primjenjive, pa je pritvor i dalje obligatoran ili fakultativan.

Međutim, ako dođe do ukidanja prvostepene presude tada drugostepeni sud postupa *ex officio* samo ako se optuženi već nalazi u pritvoru. Pritvor se produžava ili ukida, ali od ovog trenutka prestaju da se primjenjuju odredbe o pritvoru poslije osuđujuće presude kojom je izrečena kazna zatvora jer ta presuda pravno više ne postoji. To istovremeno znači da više nisu primjenjive

međunarodnopravne odredbe o pritvoru i garancije člana 5.1(a) EKLJP, već međunarodnopravni osnov koji je sadržan u članovima 5.1(c) i 5.3 EKLJP. Zbog toga pritvor više ne može biti obavezan jer se primjenjuju opšte odredbe o pritvoru koje važe za prethodni i glavni stadijum krivičnog postupka.

EKLJP i praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u krivičnim postupcima uopšte, poznaju dvije vrste pritvora:

- **prvi**, koji potpada pod standarde člana 5.1 (a) EKLJP i primjenjiv je nakon izricanja presude nadležnog suda (prvostepenog ili drugostepenog suda), tačnije nakon donošenja osuđujuće presuda kojom je izrečena kazna zatvora.
- **drugi**, koji ispunjava zahtjeve 5.1 (c) EKLJP i primjenjiv je na sve faze krivičnog postupka prije završetka glavnog pretresa i izricanja presude (istraga, postupak optuživanja i glavni pretres), zbog postojanja osnovane sumnje da je izvršeno krivično djelo kako bi se spriječilo moguće izvršenje novog krivičnog djela ili bjekstvo učinioca.