

ОБИМ ПРИМЈЕНЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНИМ ПРЕДМЕТИМА

Др Миодраг Н. СИМОВИЋ*

Сажетак

Аутор се бави питањима која се тичу примјенљивости члана II/3e) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, односно у којим случајевима се може сматрати да се ради “кривичној” оптужби. Оцјена да ли је нека оптужба “кривична” у смислу значења из члана 6 Европске конвенције даје се на основу критеријума: класификовање сходно законодавству, природа прекршаја, те природа и строгост казне. Ови критеријуми не морају да буду кумулативно испуњени. Природа прекршаја укључује два поткритеријума: обим прекршене норме и сврху казне који морају да буду кумулативно испуњени. Што се тиче природе прекршаја, да би се радило о “кривичној” оптужби, обим прекршајне норме мора да буде генералан, а сврха санкције мора да буде одвраћајућа.

Кључне ријечи: *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, Уставни суд Босне и Херцеговине, право на правично суђење, “кривична” оптужба, кривично дјело.*

* Проф. др Миодраг Н. Симовић, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и потпредседник Уставног суда Босне и Херцеговине

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Извори права који садрже одговарајуће одредбе којима се уређује и обим права на правично суђење у кривичним предметима садржани су у одговарајућим међународним документима. Тако се у члану 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹ уређује да “Приликом утврђивања ... било какве кривичне оптужбе против њега, свако ...”. Члан 14 став 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима прописује да “Свако ... о оправданости сваке кривичне оптужбе која је против њега подигнута...”. Или, “Сваки човјек ... приликом доказивања било какве кривичне оптужбе подигнуте против њега...” (члан 8 став 1 Америчке конвенције о људским правима) итд. Значење појмова у свим овим конвенцијама је у суштини исто, тако да, на примјер, не постоји разлика у значењу између термина “утврђивање” и “доказивање”. Међутим, без обзира на постојање јасне разлике између термина “кривична” и “оптужба”, Европски суд за људска права² не прави оштру разлику и усредсређује позицију на критеријуме “кривична” када је питање, у ствари, да ли је лице осумњичено или није³. Уосталом, развијена су специјална правила с обзиром на право на претпоставку невиности, правом које није нужно спојено са гаранцијом на правично суђење⁴.

Испитивањем случајева у којима су пронађена кршења члана 6 Европске конвенције указују на постојање двије групе случајева. Прва група су уобичајени случајеви у којима су утврђене повреде у кривичним поступцима најчешће резултат занемаривања, самовољности, неадекватног законодавства или из неког другог разлога. Друга група случајева су случајеви гдје узимајући у обзир домаће законодавство, није ништа погријешено, али су кршења члана овим случајевима, кршења члана 6 Европске конвенције резултат чињенице да домаће право одређена питања није сврстало у категорију “кривичних” случајева. Ради се најчешће о случајевима који су квалификовани као управни, односно дисциплински у којима је домаћа власт сматрала да се не треба држати услова из члана 6 Европске конвенције. Стога није зачуђујуће зашто је питање шта представља

¹ У даљем тексту: Европска конвенција.

² У даљем тексту: Европски суд.

³ *Phillips против Уједињеног Краљевства*, број 41087/98, од 5. јула 2001. године, § 30.

⁴ Trechsel, Stefan: *Human Rights in Criminal Proceedings*, “Oxford University Press”, New York, 2005, стр. 13.

“кривични“ предмет привукло пажњу читавог судског механизма имплементације овог докумената у Европи⁵.

Европски суд сматра да је “кривична оптужба“ аутономни концепт, тј. неко дјело које је у домаћем закону класификовано као дисциплински прекршај може ипак покренути питање “кривичне оптужбе“ у смислу члана 6 став 1 Европске конвенције, ако је суштински карактер легислативе, по својој природи, прије кривичан него грађански – да би се осигурало да држава не може избјећи обавезу осигуравања правичног саслушања једноставним класификовањем неког дјела дисциплинским прекршајем у свом законодавству⁶. Да би се одредило је ли суштински карактер легислативе кривичан, мора се размотрити читав низ фактора, укључујући посебно: (а) је ли циљ или један од циљева релевантних закона спречавање или кажњавање одређеног понашања; (б) ако постоји циљ спречавања или кажњавања, имплицира ли понашање које треба бити спријечено или кажњено кривицу (питање виности) и (в) која висина казне се може наметнути. Иако се дисциплински поступак не може окарактерисати као “кривични“, ипак су у специфичним околностима могући изузеци⁷. Међутим, према установљеној пракси Европског суда, класификација прекршаја према домаћем закону служи само као први критеријум, односно прелиминарно полазиште за коначну оцјену примјењивости члана 6 Европске конвенције. Европски суд је у својим пресудама установио још два објективна критеријума, и то: природу прекршаја и природу и строгост казне. Критеријум “природа прекршаја“ има два поткритеријума: домашај прекршајне норме и сврха казне. Према наведеним критеријумима, да би се прекршај који није кривични према домаћим законима, сматрао кривичним у смислу члана 6 Европске конвенције, тада домашај прекршајне норме мора бити уопштен, а сврха санкције мора бити превентивна и кажњива. Трећи критеријум, који је у многим случајевима одлучујући, јесте критеријум природе и строгости казне, која је запријеђена прекршиоцу норме. Што се тиче природе казне, судска пракса показује да се затвор сматра кривичном казном *par excellence* и стога даје једном иначе дисциплинском поступку кривични карактер, до те мјере да се члан 6 Европске конвенције мора сматрати примјењивим.

⁵ *Ibidem*, стр. 14.

⁶ Види Европски суд, *Engel против Холандије* (број 1), пресуда од 8. јуна 1976. године, серија А, број 22 и *Oztürk*, пресуда од 27. маја 1984. године, серија А, број 73, ст. 46-50.

⁷ Види Европски суд, *Engel и др.*, пресуда од 8. јуна 1976. године, серија А, број 22, стр. 33-36, тач. 80-85.

У предмету *Campbell u Fell protiv Уједињеног Краљевства*, у којем је поступак могао резултирати одбијањем смањена дијела затворске казне, Европски суд је сматрао да пракса смањења казне код затвореника изазива оправдано очекивање да ће бити ослобођен прије истека затворске казне. Поступак би стога могао, по мишљењу Суда, имати тако озбиљне консеквенце за лице у погледу трајања затворске казне, да се то морало сматрати казном кривичног карактера⁸.

У предмету *Ezeh u Connors против Уједињеног Краљевства*, апликанти су због прекршаја затворских правила добили, први апликант 40 додатних дана затвора, заједно са 14 дана самице, 14 дана искључења од друштвеног рада и 14 дана губитка права на привилегије, а други седам додатних дана затвора и три дана самице. Европски суд је нашао да се лишавање слободе, које је могло бити и које је, заправо, наметнуто апликантима, не може сматрати довољно безначајним или неважним да би отклонило претпостављену кривичну природу оптужби против њих. “У таквим околностима, Европски суд је закључио да су природа оптужби, заједно са природом и строгошћу казни, били такви да су оптужбе против апликаната представљале ‘кривичну оптужбу’ у значењу члана 6 Конвенције⁹.”

У својој одлуци у предмету *X против Швајцарске* Европска комисија за људска права је дошла до закључка да је стављање затвореника у самицу, као казна што се касно вратио са допушта, чисто дисциплинска мјера, која се не односи на утврђивање кривичне оптужбе. “Нормални услови живота у затвору (...) већ конституишу лишење слободе без обзира на слободу активности које затвореник може уживати у затвору“. Стога се дисциплинска мјера примијењена на апликанта који је издржавао казну затвора, не може сматрати лишавањем слободе, јер такве мјере су само модификација услова законитог притварања. Слиједи да само степен строгости казне може бити сматран неопходним за примјену члана 6. Међутим, супротно *Engel* предмету, казна која је наметнута апликанту не конституира лишавање слободе и стога што није нарочито оштре природе. У таквом случају дисциплински поступак није покривен значењем члана 6 Конвенције¹⁰.

⁸ Види Европски суд, *Campbell u Fell против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 28. јуна 1984. године, серија А, број 80, став 72.

⁹ Види Европски суд, *Eze u Connors против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 9. октобра 2003. године, Извјештаји о пресудама и одлукама 2003-Х, ст. 21, 28, 129 и 130.

¹⁰ Види бивша Комисија за људска права, представка 7754/77, Одлуке и извјештаји Европске комисије за људска права 11(1978) стр. 216-218.

Члан 6 став 1 Европске конвенције гарантује правичан поступак приликом “утврђивања основаности било какве кривичне оптужбе“ против неког лица. Ако се ради о праву да се кривично гони треће лице, ради његовог кажњавања за одређено кривично дјело, члан 6 Европске конвенције се, у принципу, не примјењује¹¹. С друге стране, у кривичним поступцима, члан 6 Европске конвенције нуди право на заштиту само некоме против кога се “утврђује [...] основаност било какве кривичне оптужбе“. Наиме, само такво лице може се сматрати “жртвом“ у смислу члана 6 Европске конвенције. Према томе, обрнуто тумачење члана 6 Европске конвенције, према којем би се право на правичан поступак гарантовало и некоме ко тражи утврђивање основаности кривичне оптужбе против другог лица, превазилазило би оквире тумачења члана 6 Европске конвенције¹².

ПОЈАМ ТЕРМИНА “КРИВИЧНА ОПТУЖБА“

У одговору на питање шта се подразумева под “кривичном оптужбом“, једна од могућности јесте да то ријеша домаћи законодавац. Друга солуција је да се за циљеве примјене Конвенције покуша створити једна општа дефиниција која ће или респектовати традиционалне појмове или неће бити значајно супротна традицији домаћег права. Наиме, у највећем броју предмета као кривични су класификовани како случајеви у домаћем законодавству, тако и у европским документима о људским правима¹³. Тешкоће се, наравно, могу појавити у областима које се налазе на граници између кривичног права и других грана права. Неспорно би требало бити да је најлакше узимати у обзир домаће законодавство, с тим да и тада могу настати проблеми у контексту расправе да ли је одређена ствар “кажњива“ или је “кривична“. Европски суд се стога определио за алтернативу која подразумева установљење самосталног појма “кривичне оптужбе“, и то најприје у својој одлуци у *Neumeister*-у, када је испитивао појам “оптужба“, а без улажења у даљу расправу о дубљем значењу тог појма¹⁴.

¹¹ Види одлуку о допустивости бивше Европске комисије за људска права, *Helmerts против Шведске*, од 9. маја 1989. године, апликација број 11826/85.

¹² Види одлуку Уставног суда БиХ, број АП-19/02 од 17. марта 2004. године.

¹³ Кривично право најчешће покрива традиционална кривична дјела (између осталог, крађе, убиства и силовања), али и она савремена као што су трговина дрогом и прање новца.

¹⁴ *Neumeister* против Аустрије, од 27. јуна 1968. године, серија А број 8, § 18.

Водећи случај у односу на дефинисање термина “кривични” јесте предмет *Engel и остали против Холандије* у коме је Европски суд морао да утврди да ли су војни дисциплински поступци били кривичног карактера, и то у складу са значењем члана 6 Европске конвенције. Влада Холандије је тврдила да то није био случај, али је Европски суд утврдио: “Конвенција без икакве сумње дозвољава државама да у спровођењу својих функција, као чувари јавног интереса, одрже или утврде разлику између кривичног права и дисциплинског, односно прекршајног права и да повуку линију разграничења, али једино поштујући одређене услове. Конвенција оставља државама слободу да одлуче да ли одређено чињење или нечињење представља кривично дјело када оно није одређено уобичајеном заштитом права које обезбјеђује Конвенција. Таква могућност која производи ефекат на употребу примјенљивих чл. 6 и 7, у начелу не подлијеже супервизији Суда. Обрнут избор, на примјер, подлијеже строжим правилима. Ако су уговорне државе биле у могућности да у оквиру своје дискреционе власти, класификује одређено дјело као прекршај умјесто као кривично дјело или ако процесирају извршиоца мјешовитог дјела у прекршајном поступку, радије него у кривичном поступку, дејство примјене основних одредби чл. 6 и 7 би било потчињено њиховој сувереној вољи. Овакво слободно проширивање до сада може довести до резултата некомпатибилних са остваривањем сврхе и циља Конвенције. Суд због тога има право, по члану 6 Конвенције, одговорити таквом захтјеву и не дозволити да се област прекршајног права присвоји и прошири на рачун области која припадају кривичном праву”¹⁵.

Поменуто становиште Европског суда усмјерено је уједначавању праксе у примјени члана 6 Европске конвенције. У супротном, ако би државе биле у потпуности слободне у одређивању који случајеви се имају сматрати кривичним, област заштите коју обезбјеђује члан 6 би се суштински разликовала од државе до државе.

Код одређивања појма “оптужба” веома је важно знати када почиње и када се завршава примјена члана 6 Европске конвенције, као и да се направи разлика између оних дијелова поступка на које се може примијенити и на које се не може примијенити овај члан. Раније је било спорно да ли се Конвенција примјењује и на поступак прије суђења. Тако, на примјер, право на саслушању у разумном временском

¹⁵ *Engel и остали против Холандије*, од 8. јуна 1976. године, Серија А број 22, § 81. Овај став је поновљен више пута (видјети, на примјер, *Campbell и Fell против Уједињеног Краљевства и Öztürk против Њемачке*, § 49).

року није ограничено само на суђење (главни претрес), а право да осумњичени буде обавијештен о оптужби постоји и прије главног претреса. Уставни суд је прије, у Одлуци број У-22/03¹⁶, имајући у виду и праксу Европског суда, као у предметима *Kraska*¹⁷, *Saunders против Уједињеног Краљевства*¹⁸, *Heaney и Mc Guinness против Ирске*¹⁹ и *Edwards и Lewis против Уједињеног Краљевства*²⁰, заузео становиште да се члан 6 Европске конвенције примјењује на кривични поступак у цјелини, што укључује и прелиминарна саслушања. Право да се неко не присиљава да инкриминише сам себе је један од основних елемената поимања правичног саслушања у кривичним поступцима. Кривични суд који користи доказе добијене принудом, крши члан 6 Европске конвенције²¹.

Зато се на питање да ли апелант има или да ли ће имати правично суђење пред редовним судовима, не може дати одговор док је поступак у току. С обзиром на сложеност кривичног поступка, евентуални процедурални пропусти и недостаци који се појаве у једној фази поступка, могу бити исправљени у некој од наредних фаза истог тог поступка²². Слиједом тога, није могуће, у принципу, утврдити да ли је кривични поступак био правичан док се поступак правноснажно не оконча²³. Комплексност питања повезаних са интерпретацијом појма “оптужба“, која мора бити посматрана у контексту специфичне гаранције члана 6, може се сагледати и у случају *Philips против Уједињеног Краљевства*²⁴ у коме је Суд прво испитао да ли је члан 6 став 2 примјењен и дошао до негативног резултата, а онда утврдио да је члан 6 став 1 примјењен, али да није постојала повреда²⁵.

¹⁶ Објављена у “Службеном гласнику БиХ“ број 24/04 од 28. маја 2004. године.

¹⁷ Пресуда од 19. априла 1993, А. 254-Б, *Crociani против Италије*, Годишњак XXIV (1981).

¹⁸ Пресуда од 17. децембра 1996. године, РЈД 1996-VI.

¹⁹ Апликација број 34720/97, пресуда од 21. децембра 2000. године.

²⁰ Апликације број 39647/98 и 4046/98, пресуда од 22. јула 2003. године.

²¹ Види Европски суд, *Saunders против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 17. децембра 1996. године, РЈД 1996-VI и *Heaney и Mc Guinness против Ирске*, апликација број 34720/97, пресуда од 21. децембра 2000. године.

²² Одлука Уставног суда БиХ, број АП-997/07 од 9. маја 2007. године.

²³ Види, Европски суд, *Barbera, Meeseque и Jabardo против Шпаније*, пресуда од 6. децембра 1988. године, серија А, број 146, став 68; Уставни суд БиХ, одлука број У-63/01, од 27. јуна 2003. године, тачка 18, објављена у “Службеном гласнику БиХ“ број 38/03.

²⁴ Број 41887/98 од 5. јула 2001. године, §§ 34 и 39.

²⁵ Господин *Стивен Филипс* је био осуђен за кривична дјела производње, продаје и промета дрогом. У складу са осудом, царине и министарство финансија су именовали финансијског инспектора за дрогу који ће испитати његову финансијску ситуацију у циљу да одреди која ће од његових финансијских средстава бити конфискована. Закон је садржаво претпоставку која је значила да финансијска средства која је био стекао у периоду од последњих шест година се имају сматрати имовином стеченом у вршењу кривичних дјела трговине дрогом, осим ако он не може

Члан 6 се примјењује у свим процесним фазама које су директно усмјерене на доношење одлуке о кривњи оптуженог. Почиње са истрагом и траје све до исцрпљивања правних лијекова, укључујући и поступак пред уставним судом. Од правила да се члан 6 Европске конвенције престаје да примјењује онда када пресуда постане правноснажна, изузетак је извршење пресуде (нпр. *Assanidze против Цорџије*²⁶). Суд је исправно истакао: “Ако државни надлежни органи одбијају или избјегавају да се повинују пресуди која ослобађа оптуженог или чак одуговлаче са поступањем у складу са пресудом, гаранције члана 6 које је оптужени уживао током главног поступка, постају дјелимично илузорне“.

С друге стране, постоје одређене процесне ситуације у којима се члан 6 не примјењује. На примјер, у случају *Neumeister против Аустрије*²⁷ Суд је јасно истакао да се члан 6 не примјењује у *habeas corpus* поступку. Међутим, такво размишљање Суда се сада појављује као дјелимично застарјело²⁸. Став је такође Суда да “правни лијекови који се односе на притвор и враћање у притвор несумњиво припадају области кривичног права и да извор одредбе на коју се позива експресно ограничава захтјеве правичног суђења у одређивању ... било какве кривичне оптужбе, са чијим појмом правни лијекови у питању су очигледно неповезани“. Ово потврђује да је одлучујући елемент директна веза са одлуком о кривици оптуженог²⁹.

Члан 6 став 1 не захтијева само да само суђење буде правично него и да буде јавно³⁰. Суд подржава становиште да поступци морају бити оцјењивани “у цјелини“, али и да је начело “јавности поступка“ примјенљиво ограничено. Члан 6 став 3 се примјењује у претходном

стварно доказати да су то средства “невиног поријекла“. Господин Филипс је одбио да учествује у таквом поступку и приближно 91.400 фунти му је било конфисковано.

²⁶ Број 71503/01 од 8. априла 2004. године, § 183. У овом случају апликант је задржан у затвору три године након његовог ослобађања које је одредио суд.

²⁷ Од 27. јуна 1968. године, Серија А број 8.

²⁸ Trechsel, оп. цит., стр. 33.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Члан 6 став 1 Европске конвенције говори о јавној расправи, а закони о кривичном поступку третирају сједницу вијећа суда. С обзиром на чињеницу да се Европска конвенција, сходно члану II/2 Устава БиХ, директно примјењује у БиХ, овај појам мора да се тумачи у духу појма јавне расправе из члана 6 став 1 Европске конвенције. Када је ријеч о присуствовању подносиоца жалбе пред другостепеним судом и примјени домаћег законодавства на тај случај, релевантно је становиште из праксе Европског суда сходно коме: “Да ли окривљени има право да присуствује јавном саслушању и брани свој случај пред жалбеним судом, [...] зависи од посебних одредаби домаћег законодавства посматраног као цјелина“ (види, Европски суд, *Ekbatani против Шведске*, пресуда од 26. маја 1988. године, тачка 25).

поступку и тумачи се и као право на повјерљиву комуникацију са браниоцем, што искључује јавност.

Није необично да се законским одредбама одређује неодложно одузимање возачке дозволе услед извршења озбиљних саобраћајних деликата који стварају дилеме у погледу питања да ли од возача треба одузети дозволу док је на улици, онда када је аутомобилска несрећа проузроковала смртну посљедицу или када је она била изазвана од стране возача који је управљао возилом под утицајем опојних дрога и алкохола. О овоме се радило у случају *Escoubet*, у којем је Суд дошао до закључка да није постојала кривична оптужба, јер је “конфискација” наређена прије него што је поступак отпочет³¹. Њена сврха по домаћем закону је била “склонити опасног возача са улице на одређени период времена”³². “Била је то само превентивна мјера која није повезана са утврђивањем кривице. Коначно, била је такође ограничена само на 15 дана”³³. Члан 6 Европске конвенције се због тога није примијенио.

Циљ кривичног поступка јесте правноснажна пресуда, која ће то постати након што су сви редовни правни лијекови исцрпљени или када су рокови за подношење жалбе истекли. Једном када је пресуда коначна, нема мјеста за даље поступке по члану 6 Европске конвенције, нпр. не постоји више пресумпција невиности³⁴. Међутим, када је одобрено поновно суђење, све гаранције члана 6 се примјењују и на ово ново суђење. У том контексту, треба се позвати на став бивше Европске комисије за људска права у предмету *X против Аустрије*³⁵. У наведеном предмету Европска комисија за људска права је заузела становиште да се члан 6 Европске конвенције не примјењује на поступак поводом захтјева за обнову поступка, јер такав поступак не “утврђује [...] основаност било какве кривичне оптужбе против апеланта”. Овај поступак одлучује само о томе да ли ће бити одобрено поновно суђење. Да је прихваћен захтјев за понављање поступка, апелант би имао право на поновно одлучење о његовом захтјеву уз гаранцију свих стандарда члана 6 Европске конвенције. Ипак, ако случај није обновљен, члан 6 став 1 Европске конвенције се не може примијенити, а ни члан II/3.е) Устава БиХ не пружа ширу заштиту³⁶.

³¹ *Escoubet против Белгије*, број 26780/95, § 35.

³² *Ibidem*, § 33.

³³ Trechsel, оп. цит., стр. 35.

³⁴ *Ibidem*, стр. 36.

³⁵ Види одлуку о допуствости поводом апликације број 7761/77 од 8. маја 1978. године, Одлуке и извјештаји (ОИ), број 14. страна 171 и даље.

³⁶ Одлука Уставног суда БиХ, број АП-2661/05 од 9. новембра 2006. године.

Најважнији аспект претпоставке невиности тиче се основа пресуде, што је тјесно повезано са захтјевом да суд буде непристрасан. У кривичном поступку суд мора да претпостави невиност оптуженог без икаквих предувјерења и може да га осуди само на основу доказа изнесених током суђења. Такође, принцип претпоставке невиности значи и да је терет доказивања искључиво на тужилаштву, те да се има примијенити принцип *in dubio pro reo*, дакле да и најмања сумња у вези са доказом мора да иде у прилог оптуженог³⁷. Европски суд је дефинисао да је принцип пресумпције невиности прекршен и ако “оптуженом није претходно била доказана кривица у складу са законом и, што је битно, ако му није пружена прилика да користи своје право на одбрану, а судска одлука која се њега тиче одражава став да је он крив”³⁸.

Ако одређена држава захтијева екстрадицију лица из друге државе, поставља се питање да ли је то лице оптужено за кривично дјело. Међутим, још увијек поступак екстрадиције није покривен чланом 6 због тога што лице у том случају није оптужено по јурисдикцији државе од које се захтијева екстрадиција³⁹. Уз то, прелиминарни поступци који се тичу утврђивања да ли судија може у конкретном случају бити независан и непристрасан, не одређује меритум тог случаја и члан 6 се због тога не примјењује⁴⁰.

Пракса је Европског суда према којој да би се приступило заштити права гарантованих чланом 6 Европске конвенције, поступак се мора односити на одређивање грађанских права⁴¹ и обавеза или кривичне пријаве. Европски суд је утврдио у предмету *Maaoouia*⁴² и то поновио у предмету *Mamatkulov u Abdurasulovic*⁴³ да се одлуке које се

³⁷ Види Европски суд, раније цитирана пресуда *Barbera, Messeque u Jabardo против Шпаније*, став 77.

³⁸ Види Европски суд, *Minelli против Швицарске*, пресуда од 25. марта 1983. године, серија А, број 62, став 37.

³⁹ *Ibidem*, стр. 36.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Појам “спора“, у смислу значења члана 6 став 1 Европске конвенције, подразумијева “све поступке чији је резултат пресудан за приватна права и обавезе“ чак и када се поступак тиче спора између појединца и јавне власти која дејствује у оквиру својих овлашћења; карактер “законодавства које одређује како ће се проблем ријешити“ и “овлашћења“ која припадају предметном органу имају мали значај (види, Уставни суд БиХ, Одлука АП-540/04 од 18. јануара 2005. године, став 20 и Европски суд, *Ringeisen против Аустрије*, пресуда од 16. јула 1971. године, Серија А број 13, став 94).

⁴² Види *Maaoouia против Француске*, пресуда од 5. октобра 2000. године, Извјештаји о пресудама и одлукама 2000-Х, тач. 38-41.

⁴³ *Mamatkulov u Abdurasulovic против Турске*, пресуда о меритуму од 6. фебруара 2003. године, тач. 80 и 81.

тичу уласка, боравка, депортације и изручења странаца не односе на утврђивање “грађанских права и обавеза“ или “кривичне оптужбе против њега“ у смислу члана 6 став 1 Европске конвенције. Овакву праксу је подржао и Дом за људска права у БиХ који је у својој одлуци закључио да се у предмету у којем се подносилац пријаве жалио на кршење права на приступ суду у поступку изручења пред Судом БиХ, не може примијенити члан 6 Европске конвенције, јер се поступак изручења подносиоца пријаве не односи на утврђивање “грађанских права и обавеза“ или “кривичне оптужбе“ против њега у смислу члана 6 Европске конвенције⁴⁴.

КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ДА ЛИ ОПУЖБА ИМА “КРИВИЧНИ“ КАРАКТЕР

У случају *Engel* Суд је утврдио три критеријума који морају бити примијењени да би се одлучило да ли оптужба има “кривични“ карактер:

“... на првом мјесту, неопходно је утврдити, уважавајући правни систем одређене државе, да ли одредбе које дефинишу оптужбу за одређено кривично дјело припадају кривичном или прекршајном праву или су дио оба права подједнако – ово, међутим, представља само полазну тачку. Овако остварене индикације имају само формалну и релативну вриједност која мора бити испитана у свјетлу заједничког именитеља, свака у свом законодавству различитих држава.

Права природа дјела јесте фактор од већег значаја. Кад припадник оружаних снага буде оптужен за чињење или нечињење које је наводно супротно законској одредби управљајући операцијама оружаних снага, држава може, по правилу, примјењивати према њему дисциплинско или прекршајно право прије него кривично...

Међутим, супервизија од стране суда ту не престаје. Оваква супервизија би се уопште показала илузорном ако се не би узела у обзир тежина казне која се може примијенити на оптуженог. У друштвима у којима се поштују строга законска правила, лишења слободе, која због својих карактеристика могу бити одређена као казне, припадају сфери ‘кривичног’ изузев оних који због своје природе, трајања или начина извршења не могу бити знатно штетна. Озбиљност онога што представља улог у овој игри, традиција уговорених држава и

⁴⁴ Види, Дом за људска права у БиХ, одлука број ЦХ/03/1412 *Енвер Сула против БиХ*.

значај поштовања физичке слободе човјека – захтијевају да све буде тако...⁴⁵.

У одлуци која је донијета више од 20 година касније и послеједногих потврђивања ове основне одлуке, формулација је осјетно поједностављена: “Суд непрестано понавља да концепт ’кривична оптужба’, у оквиру значења предвиђеног чланом 6 Европске конвенције, јесте потпуно самосталан и аутономан. У ранијој фази прецедентног права Суд је утврдио три критеријума која морају бити узета у обзир када се одлучује да ли је лице ’оптужено за кривично дјело’ у смислу члана 6. То су: одређивање врсте кривичног дјела према националном законодавству, природа дјела и тежина казне које то лице ризикује сносити”⁴⁶.

Суд је доследно употребљавао ово правило уз изузетак утврђен у пресуди у случају *Bendenoun против Француске*⁴⁷ у којем се радило о пореској наплати. Надлежни органи су тврдили да у тамошњем националном законодавству санкција која се у таквом случају примјењује јесте “пореска казна“ (*tax penalty*), а не “кривична казна“ (*criminal penalty*). Дјело је било окарактерисано као “превара“ (*manoeuvres frauduleuses*), а не као “утаја пореза“ (*soustraction fraudeuse*). У вези са санкцијом, надлежни органи су истицали да је она новчана једино по природи, да је пропорционална вриједности, односно висини утајеног пореза и да не производи исте посљедице као “права“ (*real*) кривична санкција. Овај случај, ипак, није ушао у анале кривичног права⁴⁸.

Не потцјењујући значај који су национална законодавства утврдила у увођењу казни за утају пореза, Суд је у предмету *Bendenoun против Француске* установио неколико аргумената који их побијају. Најприје, Суд сматра да кривично дјело треба да се односи на све грађане са овлашћењима пореских обвезника, а не само на групу грађана са специјалним статусом. Затим, у конкретном случају прописивање санкције имало је за циљ више кажњавање и застрашивање, него надокнаду штете, односно санкције су “подведене под генерално опште правило чија сврха јесте застрашење и кажњавање“. Најзад, количина новца у питању је замашна (приближно милион француских франака) тако да је господин *Bendenoun* могао

45 *Engel и остали против Холандије*, §. 82. То се поново појављује у случају *Campbell и Fell* против Уједињеног Краљевства, § 68 и 69.

46 *АП, МП и ТП против Швајцарске*, од 29. августа 1997. године, Извјештаји 1997 – V, § 39.

47 *Bendenoun против Француске*, од 24. фебруара 1994. године, Серија А број 284, §§ 45.

48 Trechsel, оп. цит., стр. 17.

отићи у затвор ако је не би успио платити. Суд је процјењивао сваки од ових различитих аспеката и утврђивао да иако ниједан од њих није одлучујући, “узети заједно и кумулативно“ чине оптужбу “кривичном“ у смислу члана 6 став 1 Европске конвенције⁴⁹. У случају *Putz против Аустрије*⁵⁰ Суд је упућивао на три алтернативна критерија утврђена у његовом прецедентном праву, а није упућивао на случај *Bendenoun*. Ближе анализе, штавише, указују да су разлике заиста минималне – у случају *Bendenoun* Суд је правио разлику између области која подржава санкцију која је у питању, на једној страни, и опште области законодавства, на другој⁵¹.

КЛАСИФИКАЦИЈА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ПО НАЦИОНАЛНОМ ПРАВУ

Критеријум који се односи на класификацију дјела по националном праву, није посебно значајан, јер је тешко замислити да надлежни органи могу да утврде да одређено дјело нема карактер “кривичног“ ако је оно као такво одређено кривичним законом⁵². Зато је Суд је истакао да је “овај фактор релативног значаја и служи једино као полазна тачка“⁵³. Проблем се једино појављује у случајевима гдје неко понашање није класификовано као кривично дјело, као што је било у случају *Öztürk* гдје је било предмет декриминализације⁵⁴. Санкције уведене за привредна кривична дјела, као што је утаја пореза, такође припадају кривичној сфери⁵⁵. С друге стране, у апликацији коју је поднио господин *Kremzow*, Комисија је утврдила да национално право прави јасну разлику између дисциплинских и кривичних

⁴⁹ Видјети и *Ezeh и Connors против Уједињеног Краљевства*, од 9. октобра 2003. године, §§ 88 и 89.

⁵⁰ *Putz против Аустрије*, од 22. фебруара 1996. године, Извјештаји 1996 – I, § 31

⁵¹ Trechsel, оп. цит., стр. 17.

⁵² Такав случај регистрован је у одлуци Уставног суда БиХ, број АП 2281/05, од 6. јула 2007. године. Апелацијама је покренуто питање да ли је на апеланткињу и апеланта ретроактивно примијењен Кривични закон БиХ у смислу члана 7 став 1 Европске конвенције, и то члан 239 Кривичног закона БиХ којим је прописано кривично дјело – неизвршење одлуке Уставног суда БиХ. Уставни суд је закључио да у вријеме када је апелант извршио радње за које је осуђен није постојала норма на основу које је осуђен, стога није ни могао да буде свјестан да радње које је предузео представљају кривично дјело, те је у односу на њега дошло до повреде члана 7 став 1 Европске конвенције.

⁵³ *Venhat против Уједињеног Краљевства*, од 10. јуна 1996. године, Извјештаји 1996– III, § 55.

⁵⁴ *Öztürk против Њемачке*, од 21. фебруара 1984. године, Серија А број 73, § 47.

⁵⁵ *Bandenoun против Француске*.

аспеката и заузела је одлучан став да се у том случају радило о дисциплинском праву⁵⁶.

Правило је да је оптужба “кривична“ ако се тиче начина које се у основи односи на сва лица, а не само на одређену групу лица и ако наметнута санкција првенствено има за циљ одмазду. Зато лакши преступи, посебно када су “декриминализовани“, настављају бити дио кривичног права и област примјене члана 6⁵⁷. Уз то, Суд је у случају *Benham* донио пресуду која умјесто упућивања на карактер дјела, упућује на карактер поступка⁵⁸, позивајући се на случај *Ravnsborg* гдје је утврдио: “Пажња мора бити усмјерена на стварне елементе поступка у питању да би одредило да ли у том случају постоји ‘оптужба’ у смислу члана 6 Конвенције⁵⁹. Међутим, то није идентично са оним што је речено у случају *Engel*⁶⁰.

У пракси на питање да ли одређено понашања представља кривично кривично дјело, Суд одговор налази у упоредном праву и пракси која је уобичајена између уговорених држава. Суштински елемент је карактер законодавног правила које се примјењује, а не само кривично дјело које је било заиста или наводно почињено од стране осумњичених лица.

У случају *Engel* Суд није покушао да дефинише шта су карактеристике дисциплинских поступака, примјењујући да “када припадник оружаних снага буде оптужен за чињење или нечињење, које је наводно супротно законској одредби, управљајући операцијама оружаних снага, држава може, по правилу, примијенити према њему дисциплинско право прије него кривично⁶¹. Анализу дисциплинских преступа Суд је прецизније дефинисао у случају *Weber* и дошао до закључка да су “дисциплинске санкције генерално утврђене да би осигурале да се припадници одређених група придржавају одређених правила понашања“, да “у великој већини уговорених држава откривање информација у истрази која још увијек траје, представља акт који је некомпатибилан са свим правилима и који је кажњив низом одредби“, као и да странке учествују у поступку као лица која су потчињена јурисдикцији суда и не долазе у дисциплинску сферу правосудног система. И као што је законодавство о коме се ради

⁵⁶ *Kremzow против Аустрије*, апликација 16417/90.

⁵⁷ О овоме је расправљано и у случају *Öztürk против Њемачке* и *Lutz против Њемачке*, од 25. августа 1987. године, Серија А, број 123.

⁵⁸ *Benham против Уједињеног Краљевства*, § 56.

⁵⁹ *Ravnsborg против Шведске*, од 23. марта 1994. године, Серија А број 283–Б, § 47.

⁶⁰ *Engel и остали против Холандије*, § 84.

⁶¹ *Ibidem*, § 82.

примјенљиво на читаву популацију, тако и дјело које је одређено тим законодавством и санкција која је одређена за то дјело тим законодавством се имају сматрати 'кривичним'⁶². Ипак, да би одређену казну могли сматрати 'дисциплинском', суштинска ствар јесте да се одређено правило понашања односи на ограничен број лица која припадају одређеној групи и да је казна уведена да санкционише одређено понашање супротно унутрашњим правилима понашања те групе⁶³.

ДЈЕЛА "МЈЕШОВИТОГ КАРАКТЕРА"

У пракси нису ријеткост случајеви да нека дјела имају елементе и дисциплинске и кривичне природе заједно. Питање који елемент тада треба сматрати доминантним, Суд је расправио и у случају *Campbell и Fell*, гдје се радило о нападу на затворског чувара. Суд је истакао да "... лоше владање од стране затвореника може имати различите облике и тако нешто мора бити створено у самом уму; одређена дјела представљају ништа више сем питања унутрашње дисциплине, док остала дјела не могу бити посматрана на исти начин. Прво, одређени случајеви могу бити озбиљнији и тежи од осталих; у ствари правила одређују дјела... Друго, илегалност и тајност неких дјела не укључује чињеницу да су она извршена у затвору и одређена понашања која су правилима одређена као преступи, могу такође бити одређена кривичним правом као преступи..."⁶⁴.

"У ствари, често се дешава да преступи почињени од стране лица која су подвргнута строгом дисциплинском режиму, као што су припадници оружаних снага или државни службеници или затвореници, подлијежу двјема врстама санкција: дисциплинским и кривичним. Такође је тачно да ова два типа санкција требају бити одређена у различитим типовима поступка. На сваки начин, ако постоји само један облик поступка, онда то мора бити кривични; лице не смије губити право на заштиту коју им пружа члан 6 само због чињенице да у том случају и поред кривичних елемената постоје и дисциплински"⁶⁵.

У одлуци Уставног суда БиХ, број АП-55/06 од 5. јуна 2007. године апелант је проглашен кривим и кажњен због дјела које је

⁶² *Weber против Швајцарске*, од 22. маја 1990. године, Серија А број 177, § 103.

⁶³ Trechsel, оп. цит., стр. 21.

⁶⁴ *Campbell и Fell против Уједињеног Краљевства*, од 28. јуна 1984. године, Серија А број 80, § 71.

⁶⁵ Trechsel, оп. цит., стр. 21.

класификовано као прекршај сходно Закону о основама безбједности саобраћаја на путевима. То значи да оптужба није класификована као кривична. Међутим, то није одлучујуће за примјену гаранција из члана 6 Европске конвенције. У конкретном случају, норма којом је прописан прекршај односи се на све учеснике у саобраћају, она има општи карактер и не примјењује се само на неку специфичну групу, професију или сл. С друге стране, дисциплинске санкције углавном се установљавају како би се обезбиједило да припадници одређених група поштују одређена правила⁶⁶. Што се тиче сврхе казне, она је генерално у прекршајном поступку спречавање дјелатности којим се врши повреда јавног поретка, спречавање учиниоца да чини прекршаје и његово преваспитавање, васпитни утицај на друге да не чине прекршаје, јачање морала и утицај на развијање одговорности и дисциплине грађана. У конкретном случају, сврха казне је сходно Закону о основама безбједности саобраћаја на путевима, осигурање безбједности саобраћаја на јавним путевима што је у јавном интересу. Уставни суд сматра да све ово упућује на закључак да се ради о “кривичној” оптужби, а не о дисциплинској санкцији. С обзиром на то да је Уставни суд утврдио на основу критеријума природе прекршаја да се ради о “кривичној” оптужби, природа и строгост казне нису више релевантни⁶⁷. Ипак, Уставни суд сматра да је значајна и чињеница да су у конкретном случају прописане новчане казне у знатном износу, као и да изречене новчане казне под законом одређеним околностима могу да се замијене казном затвора што, такође, упућује на закључак да се ради о “кривичној” оптужби.

ПРИРОДА И СТЕПЕН СТРОГОСТИ САНКЦИЈЕ

Критеријум природе и степена строгости санкције се сматра посебно значајним, а нарочито у контексту приступа Суда који је у почетку био предмет у случају *Engel*: Конвенција мора бити тумачена на такав начин да се тим тумачењем искључи било каква злоупотреба која може проистећи из овлашћења надлежних органа да примјењују дисциплинске поступке у циљу наметања строгих санкција лицима, без неопходности поштовања процедуралних гаранција члана 6⁶⁸.

⁶⁶ Види Европски суд, *Weber против Швајцарске*, пресуда од 22. маја 1990. године.

⁶⁷ Види Европски суд, *Öztürk против Савезне Републике Њемачке*, пресуда од 21. фебруара 1984. године.

⁶⁸ Trechsel, оп. цит., стр. 22.

Санкција има одлучујући значај у том смислу да нема кривичне оптужбе ако не постоји могућност изрицања осуде и одређивања казне. То није случај када се утврди да оптужени није способан да се изјасни пред судом, али може довести до одређивања мјере безбједности упућивања у специјалистичку болницу за душевне болести.⁶⁹ Међутим, то подразумијева да слање лица које има недостатак кривичне одговорности на психијатријско лијечење у специјализованим здравственим установама за душевне болести не значи неопходно и примјену члана 6, иако строге процедуралне гаранције члана 5 став 4 Европске конвенције се настављају примјењивати⁷⁰.

У случају *Engel* Суд је истакао да санкције, укључујући лишење слободе и остала ограничења слободе, по правилу воде ка преступу који се класификује као кривично дјело, осим ако по својој природи, трајању и начину извршења санкције нису нарочито тешке. У том случају, дводневно лишење слободе је било премало да би било “кривично“, док је на другој страни упућивање у дисциплинску установу на два или три мјесеца довољно да би се сматрало кривичним⁷¹. У случају *Eggs* и *Borrelli* пет дана лишења слободе се није сматрало као толико строга казна да би случај добио кривични карактер⁷². У случају *Ezeh* Суд је пронашао да “досуђивање додатних дана од стране управника затвора, представља ново лишење слободе уведено из кажњивих разлога након утврђивања кривице... Сходно томе, дата лишења слободе, подобна да буду и у ствари и јесу изречена тадашњим апликантима, постоје под претпоставком да оптужбе подигнуте против њих јесу кривичне“⁷³. С друге стране, не постоји лишење слободе у случајевима када се ради о издржавању притвора, као што је на примјер, у случају када је притвореник кажњен одвајањем или усамљењем односно упућивањем у самицу⁷⁴. Ако се такве мјере предузимају из безбједносних разлога, оне су и даље далеко од кривичних санкција⁷⁵. Разматрање прецедентног права, према томе, доводи нас до закључка да на питање – да ли је санкција лишења слободе сигуран критеријум разликовања кривичне од дисциплинске

⁶⁹ *William Samuel Kerr против Уједињеног Краљевства*, апликација 63356/00.

⁷⁰ Trechsel, оп. цит., стр. 22.

⁷¹ *Engel и остали против Холандије*, § 85.

⁷² *Eggs против Швајцарске*, апликација 10313/83 (1978).

⁷³ *Ezeh и Connors против Уједињеног Краљевства (GC)*, од 9. октобра 2003. године, §§ 125 и 126.

⁷⁴ *Roelofs protiv Holandije*, апликација 19435/92.

⁷⁵ *Ibidem*.

санкције, не може бити дат аподиктичан одговор, мада постоји заиста снажна претпоставка да он то јесте⁷⁶.

Новчана санкција као што су новчане казне, такође одређено дјело доводе у сферу “кривичног“. У случају *Weber против Швајцарске* максимална новчана казна је износила 500 швајцарских франака и Суд је пронашао да “према ономе што је било предмет случаја, то је било сасвим довољно“⁷⁷. У случају *Putz* новчане казне које су изречене достигле су 5.000, 7.500 и 10.000 аустријских шилинга, али, ипак, Суд није сматрао да је ово само за себе довољно да би одређено дјело чинило “кривичним“⁷⁸. У случају *Öztürk* Суд је изјавио да је сам критеријум малог значаја: “Не постоји ништа што би указивало да одређено дјело одмах подразумијева одређени степен озбиљности по Конвенцији“⁷⁹. У вези са дискусијом о висини новчаних казни, Суд је упућивао на два одговарајућа питања: да ли новчана казна може бити замијењена лишењем слободе и (ако може, на колико дана) и да ли она улази у полицијски или неки други регистар.⁸⁰ Није довољно само рећи да одлука мора бити донијета, по правилу, “од случаја до случаја“ него се треба имати и посебног обзира према ономе што представља “улог“ у одређеним предметима случаја⁸¹.

У случају *Pierre – Bloch* један дио казне се састојао од обавезе плаћања суме новца на рачун трезора, чији износ је био једнак износу незаконито потрошеног новца на изборну кампању. Суд је закључио да “одвојено од чињенице да висина суме која се мора платити није одређена према некој фиксираној скали нити је утврђена унапријед, неколико карактеристичних кажњавања разликују ову обавезу плаћања од новчаног кривичног у прецизном смислу и, прије свега, она није забиљежена у аналима кривичног права; правило због којих непрекидне казне нису уведене, уважавајући сложеност кривичних дјела, се не примјењује и издржавање казне затвора није доступно немогућности плаћања казне. У погледу њене природе, обавеза плаћања трезору суме новца еквивалентне износу прекорачења, не може бити установљена као новчана казна“⁸².

Алтернативне санкције укључују и рад за опште добро на слободи и одузимање одређених права, као што је право на управљање

⁷⁶ Trechsel, оп. цит., стр. 24.

⁷⁷ *Weber против Швајцарске*, од 22. маја 1990. године, Серија А број 177, § 34.

⁷⁸ *Putz против Аустрије*, § 37.

⁷⁹ *Öztürk против Немачке*, § 53

⁸⁰ *Ravnsborg против Шведске*, § 35.

⁸¹ Trechsel, оп. цит., стр. 24.

⁸² *Pierre – Bloch против Француске*, од 21. октобра 1997. године, Извјештаји 1997–VI, § 58

возилом. Питање које су онда појављује односи се на строгост таквих санкција⁸³. Суд је размотрио тај проблем и у случају *Malige против Француске* гдје се није радило о одузимању саме возачке дозволе, него о одузимању одређених поена који би, ако би евентуално достигли одређен број, водили одузимању возачке дозволе. То представља, опет, аутоматску последицу осуде и строгу казну⁸⁴. Неспорно је да право на управљање моторним возилом је основа модерног и свакодневног живота и неопходност за вршење одређене дјелатности, па је Суд закључио да је члан 6 у том случају примјенљив⁸⁵.

У случају *Pierre – Bloch против Француске*, поред обавезе уплаћивања одређене суме новца на рачун трезора, апликант је од стране Уставног суда кажњен забраном учествовања на изборима у периоду од једне године: “Сврха таквог кажњавања јесте приморати кандидате да поштују максимални лимит. Казна, као таква, једна је од мјера којом се обезбјеђује правилно понашање током парламентарних избора, па се стога, по својој сврси налази изван ‘кривичне’ сфере. Истина, као што је апликант истакао, забрана изласка на изборе је такође један од облика одузимања одређених грађанских права одређених француском кривичним законом. Без обзира на то, на тој инстанци казна је ‘споредна’ или ‘додатна’ уз главне казне изречене од стране кривичних судова...; на тој дистанци њихова кривична природа потиче од ‘главне’ казне уз коју је изречена⁸⁶. Одлучујућа карактеристика да ова санкција има кривични карактер јесте да је она усмјерена на кандидате на изборима, тј. ограничен број лица. У ствари, она се приближава дисциплинским мјерама⁸⁷.

У пракси се поставило и питање да ли ја за одређивање кривичног карактера санкције битна изречена санкција или максимално одређена казна у закону. Јасан одговор на то питање дао је Суд, истичући да “коначан резултат жалбе не може поништити значај онога што је на самом почетку представљало улог⁸⁸. Строгост је “одређена упућивањем на максималне потенцијалне казне које су одређене релевантним законом⁸⁹. Санкција које је евентуално изречена не може бити одлучујући елемент одређивање њене строгости⁹⁰. У тим

⁸³ Trechsel, оп. цит., стр. 25.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Malige против Француске*, од 23. септембра 1998. године, Извјештаји 1998–VII, § 37 и 38.

⁸⁶ *Pierre – Bloch против Француске*, § 56

⁸⁷ Trechsel, оп. цит., стр. 25.

⁸⁸ *Campbell и Fell против Уједињеног Краљевства*, § 72.

⁸⁹ *Ezeh и Connors против Уједињеног Краљевства*, § 120.

⁹⁰ Trechsel, оп. цит., стр. 26.

случајевима релевантно питање јесте казна која може бити разумно очекивана, и то више него она која је теоретски могућа, посебно у правним системима који утврђују широк распон између минималне и максималне казне⁹¹.

У случајевима у којима се долази до закључка да би члан 6 Европске конвенције требало примијенити, истакнуто је да санкција има за циљ кажњавање и служи као средство застрашивања⁹². Занимљиво је примјетити да овај елемент није онај на који се упућује да би се одредила строгост санкције, нити последице које она производи према лицима, него се користи као критеријум по којем се квалификује карактер самог преступа⁹³. Тако је у случају *Ravnsborg Суд* истакао да: “Постоје правила која омогућавају суду да санкционише неправилно понашање у поступку прије него што оно постане заједничка црта правних система Уговорених држава. Таква правила произилазе из незамјенљивог права суда да осигура правилно и уредно функционисање судских поступака. Мјере одређене од стране судова по таквим правилима више су сличне примјени дисциплинских овлашћења него одређивање казне за учињено кривично дјело. Наравно, државама је остављено да одлуче шта се има сматрати озбиљним примјерима неправилног понашања у смислу кривичног права, али то није било у питању код изнесеног примјера посматрања новчаних казни које су биле изречене апликанту⁹⁴. Ипак, Суд није пронашао убједљиве аргументе надлежних органа који праве разлику између кажњавања и застрашивајућих циљева одређених преступа: оваква посматрања не искључују једна друге и препознајемо их као карактеристичне црте кривичних казни⁹⁵.”

Једно од питања које може да буде спорно јесте однос између ових критеријума – да ли они морају бити испуњени кумулативно или је довољно постојање једног од њих? Суд је одредио да су они алтернативни, што значи да се члан 6 Европске конвенције има примијенити ако је испуњен макар један од тих критеријума⁹⁶. Суд, међутим код овог одређења није у потпуности досљедан⁹⁷. У случају *Campbell u Fell Суд* “сматра да (прва два) фактора, док год нису сами за себе довољни да би довели до закључка да преступ за који је апликант

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Öztürk против Немачке*, § 53.

⁹³ Trechsel, оп. цит., стр. 26 и 27.

⁹⁴ *Ravnsborg против Шведске*, § 34.

⁹⁵ *Ezeh u Connors против Уједињеног Краљевства*, § 105.

⁹⁶ *Ravnsborg против Шведске*

⁹⁷ Trechsel, оп. цит., стр. 28.

оптужен мора бити сматран ‘кривичним’ да би се остварила сврха Конвенције, даје им заиста одређену нијансу која се у потпуности не поклапа са нијансом чисто дисциплинских ствари⁹⁸. Касније у случају *Ezeh* као алтернативе се спомињу само други и трећи критеријум.

ДИСЦИПЛИНСКИ ПРЕДМЕТИ КАО ГРАЂАНСКА ПРАВА И ОБАВЕЗЕ

У више својих одлука Суд се бавио примјеном члана 6 Европске конвенције на поступке који су по свом карактеру дисциплински, а не “кривични”, али су предмет судске заштите. Ради се, на примјер, о споровима који се односе на област оружаних снага, државних службеника и школства у којима је Суд најчешће примјењивао став 1 члана 6. У случају *König против Њемачке* Суд је пронашао да утврђивање да ли је доктор медицине починио прекршај правила понашања и да ли он треба бити суспендован, намеће расправу о његовим грађанским правима и обавезама због тога што то може водити забрани, иако вјероватно ограничену у времену, за доктора да уђе у приватне правне уговоре са пацијентима којима ће он пружити своје услуге. Међутим, ако се дисциплински поступак води према полицајцу за којег је пронађено да се понашао супротно правилима етике и био отпуштен, то се не односи на грађанска права и обавезе, нити на оптужбу у кривичном смислу, па се стога члан 6 Европске конвенције не примјењује⁹⁹. С друге стране, “неједнакост између носилаца слободне професије и јавних службеника (случај *Beamte*) може, на бази садашње Конвенције, бити елиминисана једино сврставањем обје категорије на исти ниво¹⁰⁰. У том правцу је усмјерена и пресуда Суда у предмету *Vilho Eskelinen et al. против Финске*¹⁰¹, од 19. априла 2007. године, којом је утврђено да је у овом случају дошло до повреде члана 6 става 1 у погледу трајања поступка и до повреде члана 13 Конвенције. Апликанти су се жалили на повреду члана 6 став 1 због дужине поступка који се односио на услове њихове службе коју обављају у својству јавних службеника и на чињеницу да домаће надлежне власти нису одржале јавну расправу. Влада Финске је оспорила примјењивост члана 6, и то из два основа: сматрала је да се не

⁹⁸ *Campbell и Fell против Уједињеног Краљевства*, § 71.

⁹⁹ *Otelo Saraiva de Carvalho против Португалије*, апликација 9208/80.

¹⁰⁰ Trechsel, оп. цит., стр. 29.

¹⁰¹ Апликација број 63235/00.

ради о “праву“ и, ако постоји право, да оно није “грађанске“ природе¹⁰². У овом предмету заједнички основ је да су апликанти имали приступ суду на основу домаћег права. Према томе, члан 6 став 1 је примјењив. Суд истиче да његов закључак у погледу примјењивости члана 6 не прејудицира одговор на питање како разне гаранције тог члана¹⁰³ треба примијенити на спорове који се односе на државне службенике.

УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

Пракса Суда показује да постоји више критеријума за одређивање појма “кривичне“ оптужбе у смислу члана 6 Европске конвенције. Најзначајнији од њих јесте карактер дјела који се не манифестује само по природи неправилног понашања, нити по нормама које су прекршене, већ и по типу санкција које могу бити изречене. По правилу, Суд не одступа од употребе тих критеријума иако у њиховом процјењивању користи као праксу уговорних држава.

¹⁰² Влада је оспорила примјењивост члана 6, тврдећи да је позиција апликаната, осим позиције административне асистенте, имплицирала директно учешће у вршењу јавне власти и функцијама чији је циљ заштита општих интереса државе (у овом погледу, Влада се позвала на предмет *Pellegrin против Француске*, [GC], број 28541/95, 1999–VIII, став 66).

¹⁰³ На примјер, обим преиспитивања домаћих судова, види *Zumbobel против Аустрије*, пресуда од 21. септембра 1993. године, Серија А број 268–А, стр. 14, став 32.

Miodrag N. Simović, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka and Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

SCOPE OF THE APPLICATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN CRIMINAL CASES

Summary

The author tackles issues concerning the applicability of Article II(3)(e) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that is instances in which one may consider to have “criminal” charges. Assessment as to whether some charges are “criminal”, within the meaning of Article 6 of the European Convention, is made on the basis of the following criteria: classification under the legislature, nature of the offence, and nature and severity of punishment. These criteria need not be cumulatively met. Nature of the offence implies two sub-criterion: the scope of the violated norm and the purpose of the punishment, which must be cumulatively met. As far as the nature of the offence, to be classified as “criminal” charges, the scope of the violated norm has to be general, and the purpose of the sanction must be dissuading.

Key words: *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the right to a fair trial, “criminal” charges, criminal offence.*

