

Odluka Ustavnog suda Crne Gore kojom se usvaja ustavna žalba i ukida presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Kzp.br. 28/10, od 24. juna 2010. godine i presuda Apelacionog suda Crne Gore, Kž.br. 828/09, od 4. decembra 2009. godine i predmet vraća na ponovni postupak i odlučivanje.

Ustavni sud Crne Gore u sastavu: predsjednica Desanka Lopičić i sudije – dr Dragoljub Drašković, Miodrag Iličković, Mevlida Muratović, Hamdija Šarkinović, Budimir Šćepanović i Milorad Gogić, na osnovu odredaba člana 149 stav 1 tačka 3 Ustava Crne Gore, člana 32. tačka 3. i člana 56. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore (»Službeni list Crne Gore«, br. 64/08., 46/13. i 51/13.), na sjednici od 23. jula 2014. godine, donio je

O D L U K U

I. USVAJA SE ustavna žalba.

II. UKIDA SE presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Kzp.br. 28/10, od 24. juna 2010. godine i presuda Apelacionog suda Crne Gore, Kž.br. 828/09, od 4. decembra 2009. godine i predmet vraća na ponovni postupak i odlučivanje.

III. Ova odluka objaviće se u „Službenom listu Crne Gore”.

O b r a z l o ž e n j e

I.1. D.M., iz Podgorice, koga zastupa Branislav M. Tapušević, advokat iz Beograda, podnio je blagovremenu i dozvoljenu ustavnu žalbu protiv presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Kzp.br. 28/10, od 24. juna 2010. godine, Apelacionog suda Crne Gore, Kž.br. 828/09, od 4. decembra 2009. godine i Višeg suda u Podgorici, K.br. 109/08, od 27. aprila 2009. godine, zbog povrede prava iz čl. 24., 29., 32., člana 35. st. 2 i 3., člana 37. Ustava Crne Gore i člana 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

1.1. U žalbi se, pored ostalog, navodi da se u osporenoj presudi Vrhovni sud poziva na “dokaze” i pored jasnog ukazivanja u prvostepenoj presudi da je utvrđenje krivice i postojanje krivičnog djela zasnovano na sistemu indicija, a ne direktnim dokazima. Podnosilac smatra da su mnogi navodi pogrešno i ne sa sigurnošću uzeti kao tačni tj. kao činjenice. Time, navodi podnosilac, u predmetnom slučaju sistem indicija nije takav da se može zaključiti na nesumnjiv način da je podnosilac izvršio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. obrazlažući navode ustavne žalbe podnosilac smatra posebno neprihvatljivim da izvještaj Saveznog kriminalističkog ureda iz Visbadena, u SR Njemačkoj, koji je od suštinskog značaja za predmetni slučaj i utvrđivanje krivice, nije dostavljen odbrani, ni sudovima, već samo mišljenje. Pored toga, nije prihvaćen predlog odbrane da se ekspertski nalaz javno pretresa i omogući

neposredno ispitivanje vještaka na okolnosti konkretnog slučaja. Obrazloženje suda "da bi se time nepotrebno odugovlačio postupak, podnosilac smatra ustavno pravno neprihvatljivim, posebno ako se radi o odgovornosti za koju se može izreći kazna 30 ili 18 godina". Podnosilac dalje navodi da mu nije dostavljena naredba za dopunsko vještačenje i na taj način mu je uskraćena mogućnost kreiranja dodatnih zadataka za vještake. Navedeni pristup sudova je, po mišljenju podnosioca, suprotan pravu na pravično i javno suđenje i pravu na odbranu. Naime, podnosilac žalbe tvrdi da su se sudovi proizvoljno, uopšteno pozvali na utvrđenje umišljaja, bez konkretizacije i individualizacije krivičnog djela. Takođe, podnosilac žalbe ukazuje da su mnogi navodi pogrešno i ne nedvosmisleno uzeti kao tačni, tj. kao činjenice, a u predmetnom slučaju sistem indicija nije takav da se može zaključiti, na nesumnjiv način, da je on izvršio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. Na kraju, podnosilac ustavne žalbe se pozvao na prethodnu, oslobađajuću presudu Višeg suda u Podgorici, K.br.152/04, od 27. decembra 2006. godine, kojom je oslobođen od optužbe da je izvršio krivično djelo iz člana 144. tačka 8. u vezi člana 20. KZ CG i to na osnovu potpuno istih dokaza koji su izvedeni (izuzev dopunskog nalaza vještaka koji utvrđuje jedino veću vjerovatnoću da su tragovi na pušci iz koje nije pucano tragovi osuđenog, ali ne i sa neophodnom sigurnošću) i da je navedena odluka donijeta poštujući principe Ustava, Zakonika o krivičnom postupku i Međunarodnih konvencija o ljudskim pravima. Predlaže da se usvoji ustavna žalba, ukinu osporene presude i predmet vrati na ponovni postupak i odlučivanje.

2. Za potrebe ustavnosudskog postupka pribavljen je spis predmeta Višeg suda u Podgorici, K.br. 109/08.

3. Ustavni sud, saglasno odredbi člana 149. stav 1. tačka 3. Ustava Crne Gore, odlučuje o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava. Prema odredbi člana 48. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore («Službeni list Crne Gore», br. 64/08., 46/13. i 51/13.) ustavna žalba može se podnijeti protiv pojedinačnog akta državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave ili pravnog lica koje vrši javna ovlaštenja, zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava. U postupku povodom ustavne žalbe Ustavni sud utvrđuje da li je podnosiocu žalbe povrijeđeno ustavno pravo, pri čemu se, po pravilu, ne upušta u pitanje jesu li sudovi pravilno i potpuno utvrdili činjenično stanje i ocijenili dokaze. Za Ustavni sud relevantne su samo one činjenice od čijeg postojanja zavisi ocjena o povredi ustavnog prava.

4. Razmatrajući spis predmeta, Ustavni sud je utvrdio sljedeće činjenice i okolnosti od značaja za odlučivanje u ovom ustavno-sudskom postupku:

4.1. Presudom Višeg suda u Podgorici, K.br. 109/08., od 27. aprila 2009. godine, D.M. (podnosilac ustavne žalbe) je oglašen krivim zbog izvršenja, kao saizvršilac, krivičnog djela teškog ubistva u pokušaju iz čl.144. tač. 8. u vezi čl. 20. Krivičnog zakonika Crne Gore

("Službeni list Republike Crne Gore", br.70/04., 13/04.). Podnosilac ustavne žalbe je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 30 (trideset) godina u koju kaznu je uračunato vrijeme provedeno u pritvoru od 3. juna 2006. godine do 27. decembra 2006. godine.

4.1.1. U obrazloženju presude se u suštini, navodi: (...). Ocjenom izvedenih dokaza i navoda odbrane optuženog (podnosioca ustavne žalbe), Sud je našao da je utvrđeno da je optuženi, po prethodnom dogovoru i po ranije razrađenom planu sa, još uvijek nepoznatim licima izvršio radnje stavljene mu na teret, opisane kao u izreci presude. (...) Nesumnjivo je utvrđeno da je dana 27. maja 2004. godine oko 23,45 časova, ul. „13 jul” u Podgorici lišen života sada pok. D.J. na koga je ispaljeno više projektila iz automatske puške M70 AB2, broj B51227. (...) Nesumnjivo je utvrđeno da su navedeni projektili ispaljeni iz putničkog vozila marke "Golf III CL", tamno teget plave boje sa zatamnjanim staklima i registarskim oznakama PG 347-77, iz istog vozila iz označenog vatrenog oružja ispaljeno je i više projektila i na telohranitelja pok. D.J., M.M. koji hici su istog promašili.

(...) Od strane ovlašćenih službenika automobil, iz kojeg je utvrđeno da su ispaljeni projektili, pronađen je 29. maja 2004. godine na parkingu stambene zgrade u ul. Svetozara Markovića.(...) nesumljivo je utvrđeno da su u njemu, pored oružja iz kojeg su ispaljeni projektili i čaura istih, nalazila i druga automatska puška M70 AB2 broj B584145 iz koje nije pucano. (...) U postupku je na osnovu izvještaja i nalazima vještaka iz Saveznog kriminalističkog ureda u Visbadenu, koje je sud ocijenio kao stručan, objektivan i jasan, utvrđeno da se na automatskoj pušci M70 AB2 broj B584145 nalaze kontaktni tragovi optuženog zajedno sa tragovima više lica. Sud je utvrdio da je automobil "Golf III CL" kupljen od V. V. 6. februara 2004. godine i da je kontakt uspostavljen od strane kupca sa mobilnog telefona "Nokia 6310" čiji je vlasnik bio optuženi i koji je kasnije prodao E.A. V. V. nije prepoznao optuženog kao kupca. Stakla na vozilu su zatamnjena u servisu U.M., koji takođe nije prepoznao podnosioca ustavne žalbe kao naručioca zatamnjivanja stakala. Takođe, u blizini mjesta na kojem je pronađen parkirani predmetni automobil, službenik CB Podgorica je pronašao providnu plastičnu kesu u kojoj se nalazila limenka "Red bul" napitka i ostaci sjemenki od pistača. Utvrđeno je u nalazu vještaka iz Saveznog kriminalističkog ureda u Visbadenu da se na pronađenoj limenci "Red bula" nalaze tragovi podnosioca žalbe. Pored toga, na crvenoj dukserici pronađenoj i oduzetoj u kući optuženog i oduzete od oca podnosioca žalbe pronađene su jedna, odnosno dvije barutne čestice istog sastava, kao i barutne čestice pronađene u čaurama ispaljenih projektila. Sud je, na osnovu izjava svjedoka, dovodeći iste u vezu sa drugim dokazima, utvrdio i to da optuženi nije imao valjan alibi u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Takođe, sud je utvrdio da optuženi, u periodu od 22 časa, 54 minuta i 7 sekundi, pa do 00 časova, 7 minuta, 42 sekunde nije imao registrovanih poziva, mada je istog dana od 9,00 časova, 53 minute i 44 sekunde, do tog momenta imao 75 dolaznih i odlaznih poziva, što vodi logičnom zaključku da je telefon bio isključen u kritično vrijeme.

(...) Prethodno činjenično utvrđenje vezano za učešće optuženog u izvršenju predmetnog krivičnog djela zasnovano je u nedostatku direktnih, neposrednih dokaza, na posrednim dokazima među kojima je takva međusobna veza da se oni pojavljuju kao karika

jednog lanca u potpunom skladu i predstavljaju ne zbir dokaza nego sistem indicija koji u svom skupu i povezanosti isključuje svaku drugu verziju i mogućnost osim ove koju je utvrdio sud.

4.2. Presudom Apelacionog suda Crne Gore, Kž.br. 828/09, od 4. decembra 2009. godine, uvažena je žalb D.M. i po službenoj dužnosti preinačena presuda Višeg suda u Podgorici samo u dijelu odluke o visini kazne na način da je, za krivično djelo teško ubistvo u pokušaju iz člana 148. tač. 8. u vezi člana 20. KZ-a i krivično djelo otmice iz člana 164. stav.1 KZ-a za koje je optuženi pravosnažno osuđen presudom Višeg suda u Podgorici, K.br. 152/04, od 27. decembra 2006. godine, optuženi osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od devetnaest godina i u koju mu je uračunato vrijeme koje je proveo u pritvoru od 3. juna 2004. godine do 27. decembra 2006. godine i od 27. aprila 2009. godine pa nadalje. U ostalom dijelu prvostepena presuda ostala je neizmijenjena.

4.2.1. U obrazloženju presude, pored ostalog, navedeno je: (...). Neosnovani su žalbeni navodi optuženog kojima se ukazuje na povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 376. st. 1. tač. 11. ZKP-a; Sud smatra nejasnim na osnovu čega optuženi i njegovi branioci tvrde da je limenku "Red bula" mogao baciti bilo ko, bilo kad jer su dan nakon pronalaska limenke u blizini pronađeni ključevi predmetnog vozila, a da u vrijeme pronalaska kесе izvršilac djela nije bio poznat. Prvostepeni sud je shodno čl. 345. st. 2. ZKP-a po saglasnom predlogu stranaka pročitao osnovni i dopunski nalaz i mišljenje vještaka - ekspertskeg tima iz Visbadena, pa je prvostepeni sud shodno čl. 369. st. 7. ZKP-a u obrazloženju pobijane presude dao razloge zbog čega je odbio dokazne predloge odbrane da se neposredno ili putem video-linka sasluša predstavnik Saveznog kriminalističkog ureda u Visbadenu. Dalje, Apelacioni sud smatra da je prvostepeni sud dao jasne i uvjerljive razloge koji su saglasni sa dokazima izvedenim na glavnom pretresu, kao i da je izreka presude jasna i razumljiva. Osnovano se u žalbama branilaca optuženog navodi da je prvostepeni sud na stani 109 izveo zaključak da optuženi "nije taj koji je pucao" već da se nalazio na zadnjem sjedištu vozila "Golf 3" naoružan. (...) Tačno je i to da prvostepeni sud za takvu svoju tvrdnju nije dao valjane razloge, niti takve svoje tvrdnje potkrijepio dokazima, ali kod činjenice da je pravilan zaključak prvostepenog suda da se optuženi kritične večeri nalazio u vozilu "Golf 3", onda takva manjkavost, kao i ona da u spisima predmeta nema naredbe o vještačenju stručnom timu eksperata iz Visbadena nijesu od takvog značaja da bi nužno dovele do ukidanja pobijane presude. Apelacioni sud je uvažio žalbu podnosioca žalbe u dijelu odluke o visini kazne uz obrazloženje da po čl. 35 st. 2 tač. 3 KZ nije dozvoljeno izreći kaznu zatvora od trideset godina za pokušaj krivičnog djela.

4.3. Presudom Vrhovnog suda Crne Gore, Kzp.br. 28/10, od 24. juna 2010. godine, odbijeni su zahtjevi osuđenog D.M. i njegovih branilaca za ispitivanje zakonitosti pravosnažne presude, kao neosnovane.

4.3.1. U obrazloženju presude, pored ostalog, navedeno je: (...). Nižestepeni sudovi su u svojim presudama pravilno zaključili da radnje osuđenog sadrže sva obilježja krivičnog djela teško ubistvo u pokušaju, jer na takav zaključak upućuju izvedeni dokazi i utvrđene činjenice u postupku. Razloge koje je dao prvostepeni sud u svojoj presudi, kako u pogledu postojanja krivičnog djela u pitanju, tako i u pogledu krivice podnosioca ustavne žalbe za isto, s razlogom je prihvatio i drugostepeni sud koji je u smislu čl. 400 st. 1 ZKP-a ocijenio sve one bitne žalbene navode osuđenog i njegovih branilaca koji su bili od značaja za donošenje pravilne i zakonite odluke. Sud je utvrdio da nije povrijeđen Krivični zakonik na štetu osuđenog iz čl. 377. tač. 1. ZKP-a, kao i da ne postoji niti jedna okolnost iz čl. 377. tač. 2. ZKP-a, koja bi isključila krivicu podnosioca ustavne žalbe za izvršenje ovog krivičnog djela. Nižestepeni sudovi su pravilno zaključili da je optuženi D.M. postupao kao saizvršilac u izvršenju predmetnog krivičnog djela o čemu su dali jasne i uvjerljive razloge na osnovu kojih činjenica i okolnosti kritičnog događaja nalaze da preduzete radnje optuženog opisane u izreci prvostepene presude predstavljaju radnju saizvršilaštva, u smislu odredbe člana 23. Krivičnog zakonika. Neosnovani su navodi iz zahtjeva da su nižestepeni sudovi učinili bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 376. st. 1. tač. 10. ZKP-a time što su presudu zasnovali na pronađenim biološkim tragovima na limenci "Red bula", koji su utvrđeni da pripadaju optuženom i to iz razloga što je ovaj dokaz pribavljen u skladu sa odredbom čl. 246. st. 3. ZKP-a. Navodi iz zahtjeva branilaca osuđenog da su nižestepeni sudovi učinili bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 376. st. 1. tač. 11. ZKP-a, ne mogu biti predmet ocjene zahtjeva za ispitivanje zakonitosti pravosnažne presude, jer je u odredbi čl. 438. tač. 2. ZKP-a, propisano da se zahtjev može podnijeti zbog povrede odredaba krivičnog postupka propisanih u čl. 376. st. 1. tač. 1., 5., 8., 9. i 10. ovog zakonika. Sud ukazuje da su ostali navodi iz zahtjeva odbijeni zbog nemogućnosti da budu predmet ocjene zahtjeva za ispitivanje zakonitosti pred Vrhovnim sudom.

5. Za ocjenu o povredi ustavnih prava podnosioca neposredno su mjerodavne odredbe sljedećih propisa:

Ustava Crne Gore:

“Član 29.

Svako ima pravo na ličnu slobodu. Lišavanje slobode dopušteno je samo iz razloga i u postupku koji je predviđen zakonom. Lice lišeno slobode mora odmah biti obaviješteno na svom jeziku ili jeziku koji razumije o razlozima lišenja slobode. Lice lišeno slobode istovremeno mora biti upoznato da nije dužno ništa da izjavi. Na zahtjev lica lišenog slobode, organ je dužan da o lišenju slobode odmah obavijesti lice koje lišeni slobode sam odredi. Lice lišeno slobode ima pravo da njegovom saslušanju prisustvuje branilac koga izabere. Nezakonito lišavanje slobode je kažnjivo.

Član 32.

Svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim, nepristrasnim i zakonom ustanovljenim sudom.

Član 35.

Svako se smatra nevinim dok se njegova krivica ne utvrdi pravosnažnom odlukom suda. Okrivljeni nije obavezan da dokazuje svoju nevinost. Sumnju u pogledu krivice sud je obavezan da tumači u korist okrivljenog.

Član 37.

Svakome se jemči pravo na odbranu, a posebno: da na jeziku koji razumije bude upoznat sa optužbom protiv sebe; da ima dovoljno vremena za pripremanje odbrane i da se brani lično ili putem branioca kojega sam izabere.“

Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda:

“Član 5. stav 1.(a)

1. Svako ima pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:

a) u slučaju zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda;

Član 6.

1. Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s cijelog ili s dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbjednosti u demokratskom društvu, kada to zahtijevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.

2. Svako ko je optužen za krivično djelo smatraće se nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona.

3. Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

a) da u najkraćem mogućem roku, podrobno i na jeziku koji razumije, bude obaviješten o prirodi i razlozima za optužbu protiv njega,

b) da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane;

c) da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtijevaju;

d) da ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega;

e) da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.”

Zakonika o krivičnom postupku ("Službeni list Republike Crne Gore", br. 71/03, 7/04, 47/06), koji je važio u vrijeme nastanka konkretnog spora:

“Član 117.

(1) Vještačenje određuje pisanom naredbom organ koji vodi postupak. U naredbi će se navesti u pogledu kojih činjenica se obavlja vještačenje i kome se povjerava. Naredba se dostavlja i strankama.(2) Ako za određenu vrstu vještačenja postoji stručna ustanova ili se vještačenje može obaviti u okviru državnog organa, takva vještačenja, a naročito složenija, povjeravaće se, po pravilu, takvoj ustanovi, odnosno organu. Ustanova, odnosno organ određuje jednog ili više stručnjaka odgovarajuće specijalnosti koji će izvršiti vještačenje. (3) Kad vještaka određuje organ koji vodi postupak, taj organ će, po pravilu, odrediti jednog vještaka, a ako je vještačenje složeno - dva ili više vještaka. (4) Ako za koju vrstu vještačenja postoje kod suda stalno određeni vještaci, drugi vještaci se mogu odrediti samo ako postoji opasnost od odlaganja ili ako su stalni vještaci spriječeni ili ako to zahtijevaju druge okolnosti.”

6. Najviše vrijednosti ustavnog poretka Crne Gore su vladavina prava i poštovanje prava čovjeka. Ustavni sud ukazuje da je dužnost svih organa državne vlasti Crne Gore pa

time i nadležnih sudova, u konkretnom slučaju, tumačiti zakone sa navedenim ustavnim vrijednostima. Ustavni sud će ispitati da li su osporenim presudama sudova podnosiocu povrijeđena prava iz čl. 5. i 6. Evropske konvencije.

7. Podnosilac žalbe ukazuje da je nezakonito lišen slobode i na taj način mu je povrijeđeno osnovno ljudsko pravo, iz člana 29. Ustava i člana 5. Evropske konvencije, kojima je propisano da je lišenje slobode dopušteno samo iz razloga i u postupku koji je predviđen zakonom i da postoji presuda od strane nadležnog suda.

7.1. Evropski sud za ljudska prava u predmetu *B. protiv Austrije*, (presuda od 28. marta 1990. godine, Serija A, broj 175.) uslov "zakonitosti" lišenja slobode obrazlaže na sljedeći način:

"38. Lišenje slobode u smislu člana 5. stav 1. tačka (a), (...), (...), pretpostavlja, (...), utvrđenje krivice (...), nakon što je ustanovljeno u skladu sa zakonom da je postojalo krivično djelo i određena kazna ili druge mjere koje uključuju lišenje slobode."

7.1.1. S obzirom da se u konkretnom slučaju radi o nespornoj formalno-pravnoj pretpostavci za lišenje slobode, jer je načelno samo riječ o tome da mora postojati presuda, to je, ustavna žalba s aspekta člana 29. Ustava i člana 5. stav 1.(a), po ocjeni Ustavnog suda, *prima facie*, neosnovana.

8. Ustavni sud je, navod podnosioca žalbe, da postojanje ranije presude u istom krivičnom predmetu (K.br.152/04, od 27. decembra 2006. godine), kojom je oslobođen od optužbe za predmetno krivično djelo, predstavlja dokaz *per se* da pobijana za Ustavni sud konačna presuda Vrhovnog suda nije u skladu s Ustavom i standardima ljudskih prava i sloboda, ocijenio irelevantnim. Princip demokratije, po nalaženju Ustavnog suda, koji prožima sudski sistem, daje pravo svakoj višoj sudskoj instanci da preispita odluku niže instance, te da zauzme pravno obavezujući stav formalno-pravno stavljajući van snage pravni stav niže pravne instance. S tačke gledišta Ustavnog suda, ovaj princip, tumačen u skladu sa principom iscrpljivanja pravnih lijekova (član 48. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore), znači da je za Ustavni sud pravno relevantna konačna odluka, koju će preispitati na osnovu ustavnih standarda. To ne znači, naravno, da Ustavni sud mora zanemariti presudu nižeg suda, već je može uzeti u obzir u smislu analize pravičnosti postupka "kao cjeline".

9. Ocjenjujući navod iz ustavne žalbe da postupak pred sudovima nije bio u skladu s odredbama člana 32. Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud, ukazuje da u principu, nije nadležan da vrši provjeru utvrđenih činjenica i načina na koji su sudovi protumačili pozitivnopravne propise, osim ukoliko odluke sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka suda ne uključuje ili pogrešno primjenjuje ustavno pravo, kad je primjena pozitivnopravnih propisa bila očigledno proizvoljna ili kada je došlo do povrede osnovnih

procesnih prava, kao što su pravo na pravičan postupak, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i u drugim slučajevima (Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, zahtjev br.19354-02). Pravičnost postupka ocjenjuje se na osnovu postupka kao cjeline (Evropski sud za ljudska prava, *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije*, presuda od 6. decembra 1988. godine, Serija A, broj 146, stav 68). Nedostatak u jednoj fazi može se osporavati i ispraviti u drugoj, narednoj fazi postupka. Pravo na pravičan postupak obavezuje sud da predoči razloge presude koji strankama omogućavaju da djelotvorno koriste raspoložive pravne lijekove. Princip pravičnog suđenja, takođe zahtijeva da se sud pozove na određenu pravnu normu.

10. S obzirom na to da se ustavna žalba velikim dijelom bazira na stavu da se krivična osuda ne može zasnivati na sistemu indicija kao posrednih dokaza, već da mora imati svoju osnovu u direktnim dokazima, na osnovu kojih se mogu utvrditi činjenice na jasan, pouzdan, temeljan i apsolutno utvrđen način, Ustavni sud mora ispitati da li je podnosilac žalbe imao pravično suđenje u okolnostima konkretnog slučaja, te da li je utvrđenje krivice za predmetno krivično djelo bilo arbitrarno. Zadatak Ustavnog suda je i da utvrdi da li je dokazni postupak bio proizvoljan ili ne.

10.1. Analizom sprovedenog postupka, Ustavni sud je ocjenio da sud nije pogrešno koristio izraz "dokaz". Naime, u relevantnim odredbama Zakonika o krivičnom postupku, ne pravi se razlika između direktnih i indirektnih dokaza (indicija), već ih Zakon tretira pod jednim zajedničkim, generičkim izrazom "dokaz". Samim tim, korišćenje izraza "dokaz" ne mora automatski voditi zaključku da se misli na "direktni dokaz", a koji očigledno u predmetnom slučaju nijesu bili raspoloživi, na šta su i prvostepeni i drugostepeni sud *explicite* ukazali. Nadalje, suprotno stavu podnosioca žalbe, činjenice relevantne za primjenu krivičnih normi mogu biti utvrđivane i na indicijama i na direktnim dokazima, ili na kombinaciji jednih ili drugih. Jer, ni Krivični zakonik, ni Zakon o krivičnom postupku ne isključuju mogućnost da se utvrdi krivica optuženom isključivo na indicijama, a što je od izuzetnog značaja za predmetni slučaj. Prema tome, u krivičnom postupku su ne samo dozvoljeni već i bitni kako direktni dokazi, tako i indirektni za dokazivanje krivice ili nevinosti optuženog. Štaviše, i direktni i indirektni dokazi imaju istu formalnopravnu snagu. Ipak, za dokazivanje indicijama vrijedi pravilo da one moraju djelovati kao čvrst zatvoren krug koji dopušta samo jedan zaključak u odnosu na relevantnu činjenicu, te da objektivno potpuno isključuje mogućnost drugačijeg zaključka u odnosu na istu činjenicu. Dakle, činjenice utvrđene posrednim dokazima moraju biti nesumnjivo utvrđene i međusobno čvrste i logički povezane, tako da upućuju na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. Takođe, 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 mogućnost od one koju je utvrdio prvostepeni sud.

10.2. Korišćenje izraza "sistem indicija", po nalaženju Ustavnog suda, znači ukazivanje na zaključak da indicije, kada se posmatraju izolovano, mogu izazivati određenu sumnju i/ili

niži stepen "vjerovatnoće" u odnosu na počinioca krivičnog djela ili samo djelo. Drugim riječima, pojedine činjenice koje se dokazuju posrednim dokazima ne moraju nužno biti dokazane van svake razumne sumnje. Međutim, kada se uzmu sve indicije zajedno, kao jedinstven sistem ili "lanac", može se desiti da se izgubi osjećaj "nedovoljnog stepena vjerovatnoće" ili sumnje da je optuženi izvršio određeno krivično djelo. Jer, ukoliko sistem indicija upućuje na zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo, koje mu se stavlja na teret, tada i optuženi ima mogućnost da dokazima opovrgne taj zaključak. Ova situacija, u kojoj sud može opravdano da očekuje od optuženog da opovrgne indirektne dokaze koji vode ka zaključku njegove krivice, ne predstavlja povredu principa nevinosti, niti principa *in dubio pro reo*, kao ni procesne postavke prema kojoj u krivičnom postupku tužilac dokazuje krivicu optuženog, a ne optuženi svoju nevinost. Na ovakav zaključak ukazuje i prvostepeni sud. U svojoj presudi br. K. 109/08., od 27. aprila 2009. godine, sud je jasno naveo da se pobijano utvrđenje krivice i osuđenje *"u nedostatku direktnih (neposrednih) dokaza, zasniva na posrednim dokazima izvedenim na pretresu između kojih dokaza je takva međusobna veza da se oni pojavljuju kao karika jednog lanca u potpunom skladu i predstavljaju ne zbir dokaza nego sistem indicija i u svom skupu i povezanosti isključuju svaku drugu verziju i mogućnost od ove koju je utvrdio sud"*.

10.3. Konačno, gore navedeni stavovi nijesu suprotni principu pravičnosti, kao temeljnog prava na pravično suđenje, u smislu člana 32. Ustava i člana 6. Evropske konvencije. Ustavni sud naglašava da pitanje definisanja "dokaza", provođenje dokaznog postupka, vrednovanje dokaza, radi utvrđenja odlučnih činjenica stvar je, prije svega, nacionalnog zakonodavca i redovnih sudova, a ne ustavotvorca ili Ustavnog suda (Evropski sud za ljudska prava, *Van der Hurk protiv Holandije*, presuda od 19. aprila 1994. godine, Serija A broj 288, stav 60). Jer, pravo na pravično suđenje koje garantuje međunarodno pravo i Ustav, polazi od toga da su učestvovanje u dokaznom postupku i "jednakost oružja" bitni elementi pravičnog suđenja, a ne određivanje granica u vezi toga šta će se definisati kao "dokaz". Osim toga, kontrola ustavnosti dokaznog postupka ne svodi se na kontrolu zakonitosti, jer je to zadatak redovnih sudova (Ustavni sud, presuda UŽ-III br. 55/10., od 24. februara 2011. godine).

11. Podnosilac je u ustavnoj žalbi istakao i povredu prava na pravično suđenje koje garantuje procesnu ravnopravnost kao što je jednakost oružja i pravo na direktno učestvovanje u dokaznom postupku. Posebno ističe da je ekspertska izvješta Saveznog kriminalističkog ureda, u Visbadenu, od ključnog značaja za predmetni slučaj i utvrđenje krivice i da se ne može prihvatiti obrazloženje o irelevantnosti i ekonomičnosti vođenja postupka, s obzirom da mu je izrečena kazna zatvora od 19 godina. Iznosi navod da vještak iz Visbadena nije dostavio nalaz, već samo mišljenje, tj. zaključke. Ukazuje da nije imao priliku, uprkos izričitom zahtjevu, da provjeri nalaz, te da ispita vještaka na okolnosti na koje je dao svoje mišljenje. Ističe da mu nije dostavljena naredba za dopunsko vještačenje, zbog čega nije mogao učestvovati u kreiranju zadataka vještaka.

11.1. Ustavni sud podsjeća da načela pravičnog postupka uključuju način na koji se dokazi predlažu i izvode na glavnoj raspravi pred sudom. Osnovno načelo je da okrivljeni u krivičnom postupku mora imati djelotvornu mogućnost osporiti dokaze protiv sebe.

11.1.1. U tom smislu, Evropski sud za ljudska prava je, u predmetu *LB Interfinanz A.G. protiv Hrvatske /29549/04/*, (presuda od 27. marta 2008. godine), izrazio stav:

“ 24 (...). Načelo jednakosti procesnih oružja zahtijeva postojanje razumne mogućnosti obje stranake da izlože činjenice i osnaže ih svojim dokazima, u takvim uslovima koji niti jednu od stranaka ne stavljaju u bitno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku (...).

11.1.2. U predmetu *Erkapić protiv Hrvatske*, (presuda od 25. aprila 2013. godine, zahtjev br. 51198/08.), Evropski sud za ljudska prava je ukazao na kontekst u kojem se mora cijieniti vjerodostojnost dokaza:

“72. Kad se utvrđuje je li postupak u cjelini bio pošten, potrebno je uzeti u obzir i jesu li poštovana prava obrane. Posebno se mora ispitati je li podnosiocu pružena prilika osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovoj upotrebi. Uz to, mora se uzeti u obzir kvalitet dokaza, uključujući i pitanje bacaju li okolnosti u kojima je pribavljen sumnju na njegovu pouzdanost ili tačnost (vidi, između mnogo drugih izvora, *Sevinç i ostali protiv Turske* (odl.), br. 8074/02, 8. januara 2008.; *Bykov protiv Rusije* [VV], br. 4378/02, stavak 90., 10. marta 2009. i *Lisica protiv Hrvatske*, br. 20100/06, stav 49., 25. februara 2010.).

73. U tom kontekstu Sud ponavlja kako je na osnovu člana 6. stav 1. Konvencije njegov zadatak utvrditi jesu li dokazi za ili protiv okrivljenika izvedeni na način koji osigurava pošteno suđenje (vidi *Barim protiv Turske* (odl.), br. 34536/97, 12. januara 1999.), bez obzira na vrstu ili težinu optužbi protiv okrivljenog jer javni interes o kojemu je riječ i kazna za konkretno djelo ne mogu opravdati mjere koje ukidaju sam suštinu podnosiocčevih prava na odbranu (*Jalloh protiv Njemačke* [VV], br. 54810/00, stavak 97., ECHR 2006-IX). Kao što je Sud već naprijed naznačio, na nacionalnim je sudovima da ocjene dokaze koji su im predočeni kao i mjerodavnost dokaza koji okrivljeni nastoji iznijeti. Sud međutim mora utvrditi je li postupak uzet u cjelini, uključujući način na koji su izvedeni dokazi, bio pošten kako to traži član 6., stav 1. Konvencije (vidi *Laska i Lika protiv Albanije*, br. 12315/04 i 17605/04, stav 57., 20. aprila 2010.).“

11.1.3. U predmetu *C.B. protiv Austrije* (aplikacija br. 30465/06., od 4. aprila. 2013. godine.), Evropski sud je naglasio da vještak, generalno “pomaže u razrješavanju pitanja ili problema koji se postavljaju u postupku koje je sudija ili sutkinja u nemogućnosti da riješi”. Međutim, u istom tom predmetu ukazuje se na slučaj *Mirilashvili protiv Rusije* (aplikacija broj 6293/04, od 11.12.2008. godine, stav 191), Evropski sud je zaključio:

“40. (...). Još uvijek, korišćenje tih prava od odbrane mora biti izbalansirano interesima pravilnog upravljanja pravdom (...).

11.1.4. U predmetu *In Al-Khawaja i Tahery protiv Velike Britanije* (aplikacija br. 26766/05 i 22228/06, od 15. decembra.2011. godine) Evropski sud je iznio stav u vezi sa

izrazom "odlučujući" koji se primjenjuje na dokaze koji služe kao osnov za osudu, tj. sudsku odluku:

"131. Sud primećuje da se čini kako riječ "jedini" u smislu jednog dokaza protiv optuženog...ne prouzrokuje poteškoće, već je glavna kritika usmjerena na riječ "odlučujući". Odlučujući (ili "determinirajući") u ovom kontekstu znači više od dokazanog. Nadalje, izraz znači više od toga da se bez dokaza šanse za osuđujuću presudu smanjuju, a šanse za oslobađajuću raste, test koji... bi značio da se praktično kvalifikuju svi dokazi. Umjesto toga, riječ "odlučujući" bi se shvatio u užem smislu kao indikacija dokaza od takve signifikantnosti ili značaja da bi najvjerovatnije bio determinirajući za izhod predmeta. Tamo gdje je dokaz neizveden, ali je poduprt drugim dokazima, procjena toga da li je dokaz odlučujući zavisi od snage podržavajućih dokaza: što je podržavajući dokaz jači, to je manje vjerovatno da će dokaz neprisutnog svjedoka tretirati se kao odlučujući."

11.2. Uvidom u spis predmeta Ustavni sud je, pored ostalog, utvrdio da je advokat podnosioca ustavne žalbe na zapisnik o glavnom pretresu, od 13. aprila 2009. godine, istakao primjedbe na dopunski nalaz vještačenja Saveznog kriminalističkog ureda u Visbadenu, Kt 31 - 2004/2609/35, od 17. februara 2009. godine i predložio da se u nastavku dokaznog postupka neposredno sasluša predstavnik vještaka iz Visbadena ili da se komunikacija sa istim obavi putem video linka, što je prvostepeni sud odbio. Viši sud u Podgorici je, takođe donio rješenje kojim je na glavnom pretresu, od 16. aprila 2009. godine, odbio navedeni predlog odbrane (...), *"jer neposredno saslušanje navedenih vještaka ne bi doprinijelo potpunijem rasvjetljavanju krivično pravne stvari, te bi se izvođenjem tih dokaza nepotrebno odugovlačio postupak"*, pri tom, ne dajući konkretne, suštinske i zadovoljavajuće razloge odbijanja predloga za direktnim suočavanjem odbrane sa vještakom.

11.3. Ustavni sud naglašava da u krivičnim postupcima i tužilac i sud moraju voditi računa da optuženom stave na raspolaganje sve dokaze koji bi mu mogli ići ne samo na teret, već i u korist (Evropski sud za ljudska prava, *Edwards protiv Velike Britanije*, presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A broj 247-B, st. 36). Neposredno izvođenje dokaza u prisustvu optuženog predstavlja jedan od elementarnih postulata pravičnog postupka, tako da odbrana ima mogućnost da stavi prigovore, postavi pitanja, ukaže na nedostatke i sl. (Evropski sud za ljudska prava, *Barbera, Meeseque i Jabardo protiv Španije*, presuda br. 10590, od 6. decembra 1988. godine, serija A broj 146).

11.4. Nesporno je da se član 6. stav 3.(d) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda odnosi samo na "svjedoke", a ne na "vještake", međutim, Ustavni sud ukazuje da se sva prava iz stava 3. člana 6. Konvencije izvode iz generalnog principa pravičnog suđenja, koji je garantovan stavom 1. i čini njegov sastavni dio, a koji, opet, garantuje proceduralne postulate, kao što su jednakost oružja i pravo na direktno učestvovanje u dokaznom postupku. (*De Haesi Gijssels protiv Belgije*, presuda br. 19983/92. i *Bonisch protiv Austrije*, presuda br. 8658/79., od 6. maja 1985.). Samim tim, po ocjeni Ustavnog suda, direktno saslušanje vještaka je veoma bitno za optuženog kada se razmatra princip pravičnog

suđenja. Ovakvo tumačenje je podržano domaćim zakonom koji "vještačenje" uključuje u dokazni postupak u širem smislu riječi, i koji, u principu, obavezuje sud da se ono izvede neposredno, saglasno odredbi člana 338. stav 3. Zakonika o krivičnom postupku. Konačno, zakonska obaveza vještaka da bude nepristrasan u svom nalazu i mišljenju (član 120. Zakonika) treba da bude shvaćena i kao prilika da optuženi dokaže svoju nevinost.

11.5. Ustavni sud je, stoga, utvrdio da odbijanje dokaznih predloga podnosioca ustavne žalbe, u konkretnom slučaju, nije bilo u skladu "s jednakošću oružja", kao jednom od zahtjeva koncepta pravičnog suđenja, iz člana 32. Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Ovaj zaključak Ustavnog suda dobija na težini, posebno zbog činjenice što je zahtjev za vještačenje iniciran od strane tužilaštva i pretpostavke da će vještak dati nepristrasan i profesionalan nalaz i mišljenje (Evropski sud za ljudska prava, *Olsson protiv Švedske*, presuda od 24. aprila 1988. godine, Serija A, broj 130, stav 89.). Pored toga, podnosilac ustavne žalbe nije imao mogućnost da utiče na način vještačenja koji bi, eventualno, bio u korist odbrane, jer mu naredba o vještačenju, tj. dopuni vještačenja, nije ni dostavljena.

12. Polazeći od utvrđene povrede prava na pravično suđenje, nadležni sud će u ponovnom postupku omogućiti podnosiocu žalbe da se suoči sa kompletnim mišljenjem i nalazom vještaka, te da preispita vještaka na okolnosti datog nalaza i mišljenja, u skladu sa stavovima Ustavnog suda.

13. Budući da je utvrđena povreda iz člana 32. Ustava i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud nije razmatrao eventualne povrede ustavnih prava, iz čl. 35. i 37. koje je podnosilac istakao u ustavnoj žalbi.

14. Na osnovu iznijetih razloga, odlučeno je kao u izreci.

III. Odluka o objavljivanju ove odluke zasnovana je na odredbi člana 151. stav 2. Ustava Crne Gore i člana 34. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

Už-III br. 387/10
23. jul 2014. godine
P o d g o r i c a

PREDSJEDNICA
USTAVNOG SUDA CRNE GORE,
Desanka Lopičić, s.r.