



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1959 · 50 · 2009

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

© Savet Evrope/Evropski sud za ljudska prava 2012. Ovaj prevod je nastao uz podršku Fiducijarnog fonda za ljudska prava Saveta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund). Tekst prevoda ne obavezuje Sud. Za sve dodatne informacije pročitajte ceo tekst obaveštenja o autorskom pravu na kraju ovog dokumenta.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

PETO ODELJENJE

PREDMET M. PROTIV NEMAČKE

(Predstavka br. 19359/04)

PRESUDA

STRAZBUR

17. decembra 2009.

PRAVOSNAŽNA

10/05/2010

Ova presuda će postati pravosnažna u okolnostima predviđenim članom 44 stav 2 Konvencije. Moguće su redaktorske izmene.

U predmetu M. protiv Nemačke,

Evropski sud za ljudska prava (Peto odeljenje) zasedajući kao veće u čijem su sastavu bili:

Per Lorenzen (Peer Lorenzen), *predsednik*,
Renate Jeger (Jaeger),
Karel Jungvirt (Jungwiert),
Mark Filiger (Villiger),
Izabel Bero-Lefevr (Isabelle Berro-Lefèvre),
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Zdravka Kalajđieva (Kalaydjieva), *sudije*,

i Klaudija Vesterdik (Claudia Westerdiek), *sekretar odeljenja*,

Posle rasprave na zatvorenoj sednici 24. novembra 2009,

Izriče sledeću presudu, usvojenu navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Predmet je formiran na osnovu predstavke (br. 19359/04) koju je protiv Savezne Republike Nemačke Suda po osnovu člana 34 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) podneo nemački državljanin, g. M. (u daljem tekstu: podnosilac predstavke) 24. maja 2004. godine. Podnosiocu predstavke pružena je pravna pomoć. Predsednik veća je 7. jula 2008. pristao na zahtev podnosioca predstavke od 1. jula 2008. da njegov identitet ne bude dostupan javnosti (pravilo 47 stav 3 Poslovnika Suda).

2. Podnosilac predstavke se požalio na kršenje člana 5 stav 1 Konvencije zbog toga što je preventivni pritvor u kome se nalazio trajao duže od deset godina, što je rok utvrđen kao maksimalni za takav pritvor shodno zakonskim odredbama koje su bile na snazi u vreme njegovog krivičnog dela i presude koja mu je za to delo izrečena. Tvrdio je, sem toga, da je retroaktivnim produžetkom njegovog preventivnog pritvora na neograničeni vremenski rok prekršeno njegovo pravo po osnovu člana 7 stav 1 Konvencije da se ne može izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vreme kada je krivično delo izvršeno.

3. Veće Petog odeljenja dostavilo je predstavku 13. marta 2007. Javno ročište o prihvatljivosti i suštini spora održano je u sedištu Suda u Strazburu 1. jula 2008. (pravilo 54 stav 3).

Pred Sudom su se pojavili:

(a) *u ime Države*

Gđa A. VITLING-FOGEL (A. WITTLING-VOGEL), *načelnica u Ministarstvu, agent,*

G. H. ŠEH (SCHÖCH), profesor krivičnog prava, *pravni zastupnik*

G. M. BORNMAN (M. BORNMANN), javni tužilac,

G. B. BEM (B. BÖHM), *načelnik u ministarstvu,*

G. B. BEZERT (B. BÖSERT), *podsekretar u ministarstvu,*

Gđa G. LAUNHART (G. LAUNHARDT), javni tužilac,

G. J. BAHMAN (J. BACHMANN), upravnik zatvora Švalmštat (Schwalmstadt), *savetnici;*

(b) *za podnosioca predstavke*

G. B. ŠRER (B. SCHROER),

G. A.H. ŠTOP (A.H. STOPP),

pravni zastupnik,

G. T. ŠULA (T. SCHULLA),

savetnik.

Sud je saslušao obraćanje gđe Vitling-Fogel, g. Šeha i g. Štopa, kao i njihove odgovore na postavljena pitanja.

4. Odlukom od 1. jula 2008, po održanom ročištu, Sud je proglasio predstavku prihvatljivom.

5. Podnosilac predstavke i Država podneli su dalje pismene izjave i zapažanja (pravilo 59 stav 1).

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

6. Podnosilac predstavke rođen je 1957. godine i trenutno se nalazi u zatvoru Švalmštat.

A. Prethodna osuđivanja podnosioca predstavke i rešenje o njegovom preventivnom pritvoru i izvršenje tog rešenja

1. Prethodna osuđivanja podnosioca predstavke

7. Otkako je podnosilac predstavke prešao starosnu granicu krivične odgovornosti, bio je osuđen najmanje sedam puta, tako da je van zatvora, na slobodi, proveo svega nekoliko nedelja.

8. Između 1971. i 1975. godine bio je u više navrata osuđen za pljačke izvršene u saučesništvu sa drugima i za provale. Iz zatvora je pobjegao četiri puta.

9. Okružni sud u Kaselu, primenjujući krivični zakon u delu koji se odnosi na mlađe punoletnike, počinioce krivičnih dela, 5. oktobra 1977. godine oglasio je podnosioca predstavke krivim za pokušaj ubistva, pljačku počinjenu u saučesništvu sa drugima, nanošenje teških telesnih povreda i ucenu, i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od šest godina. Sud je ustanovio da je otprilike nedelju dana posle puštanja na slobodu podnosilac predstavke, zajedno sa jednim saučesnikom, povredio i opljačkao jednog poznanika i primorao tu žrtvu, inače homoseksualca, da mu potpiše menicu. Štaviše, sutradan, pošto je saznao da je taj poznanik prijavio pljačku policiji, teško ga je povredio i pokušao da ga ubije. Imajući uvid u izveštaj koji je podneo veštak D., sud je zaključio da podnosilac predstavke boluje od patološkog mentalnog poremećaja, usled čega je njegova krivična odgovornost umanjena (član 21 Krivičnog zakonika).

10. Okružni sud u Visbadenu je 8. marta 1979. godine oglasio podnosioca predstavke krivim za nanošenje teških telesnih povreda, osudio ga na godinu i devet meseci zatvora i izdao rešenje po kome on mora biti smešten u psihijatrijsku bolnicu shodno članu 63 Krivičnog zakonika (vidi dole, stav 47). Podnosilac predstavke je povredio zatvorskog čuvara tako što ga je u glavu pogodio metalnom kutijom i izbo ga šrafčigerom, pošto ga je prethodno zatvorski čuvar ukorio.

Kako je potvrdio veštak D., podnosilac predstavke je oboleo od teškog patološkog mentalnog poremećaja, usled čega je njegova krivična odgovornost umanjena.

11. Okružni sud u Marburgu je 9. januara 1981. godine, rešavajući po žalbi, oglasio podnosioca predstavke krivim za nanošenje teških telesnih povreda drugom zatvoreniku, invalidu, pošto su se prethodno njih dvojica upustila u raspravu o tome da li prozor zatvorske ćelije treba ili ne treba da ostane otvoren. Preuzimajući rečenicu iz presude Okružnog suda u Visbadenu donete 8. marta 1979. godine, Okružni sud u Marburgu je osudio podnosioca predstavke na kumulativnu kaznu od dve godine i šest meseci zatvora. Sem toga, ovaj sud je potvrdio rešenje o obaveznom smeštaju podnosioca predstavke u psihijatrijsku bolnicu. Tokom trajanja postupka jedan veštak je ustanovio da više nema znakova da podnosilac predstavke pati od patološkog cerebralnog poremećaja.

2. Rešenje o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke

12. Okružni sud u Marburgu je 17. novembra 1986. godine oglasio podnosioca predstavke krivim za pokušaj ubistva i pljačku i osudio ga na pet godina zatvora. Sud je sem toga izdao rešenje o smeštaju podnosioca predstavke u preventivni pritvor (*Sicherungsverwahrung*) shodno članu 66 stav 1 Krivičnog zakonika (vidi dole, stavovi 49-50). Sud je ustanovio da je,

kada su ublaženi uslovi njegovog boravka u psihijatrijskoj bolnici u kojoj je bio pritvoren od oktobra 1984. godine, podnosilac predstavke 26. jula 1985. opljačkao i pokušao da ubije ženu koja se dobrovoljno ponudila da ga prati na jednodnevnom izletu iz bolnice u grad. Imajući u vidu izveštaj neurološkog i psihijatrijskog veštaka V. (W), sud je zaključio da podnosilac predstavke i dalje ima težak mentalni poremećaj koji se, međutim, više ne može kvalifikovati kao patološki, pa on više ne mora da se podvrgava lečenju. S tih razloga, zaključio je sud, podnosilac predstavke više nije bio u stanju smanjene krivične odgovornosti i više nisu bili ispunjeni preduslovi za njegov smeštaj u psihijatrijsku bolnicu po osnovu člana 63 Krivičnog zakonika. Međutim, on se i dalje odlikovao izrazitom sklonošću ka vršenju krivičnih dela koja ozbiljno ugrožavaju fizički integritet njegovih žrtava. Zato se moglo očekivati - po mišljenju suda - da će on i dalje spontano pribegavati aktima nasilja i s tih razloga je opasan za javnost. Usled toga je preventivni pritvor neophodan.

3. Izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke

13. Od 18. avgusta 1991, kada je izdržao celokupnu kaznu zatvora, podnosilac predstavke se nalazi u preventivnom pritvoru u zatvoru Švalmštat.

14. Okružni sud u Gisenu je 14. januara 1992. odbio da preinači u uslovni otpust preventivni pritvor podnosioca predstavke i njegov smeštaj u psihijatrijskoj bolnici. Sud se pritom oslonio na izveštaj veštaka M.-I, koji je zaključio da postoji verovatnoća da će počinitelj predstavke i ubuduće činiti krivična dela, što je posledica njegove sklonosti ka delima u povratu u smislu člana 66 Krivičnog zakonika, s tim što nije naročito verovatno da će krivična dela vršiti usled svog psihijatrijskog stanja u smislu člana 63 Krivičnog zakonika.

15. Podnosilac predstavke je 26. oktobra 1995. godine iskoristio odobreni jednodnevni boravak van zatvora da pobegne, ali se sam potom predao policiji 17. novembra 1995.

16. Okružni sud u Marburgu je 17. novembra 1998. odbio da mu odobri uslovni otpust iz preventivnog pritvora, kao što je prethodno već učinio 20. septembra 1994. odnosno 13. novembra 1996. Sud je uzeo u obzir činjenicu da je podnosilac predstavke, koji se u to vreme povezivao sa skinhedima, u međuvremenu fizički napao jednog zatvorenika sa kojim je zajedno boravio u zatvoru i slomio mu nos, kao i da je žestoko izvređao upravnika zatvora Švalmštat.

B. Sporni postupak

1. Odluka Okružnog suda u Marburgu

17. Okružni sud u Marburgu je 10. aprila 2001. odbacio zahteve podnosioca predstavke da suspenduje njegov preventivni pritvor onako kako je to naložio taj sud 17. novembra 1986, kao i njegov smeštaj u psihijatrijsku bolnicu, do koga je došlo shodno rešenju od 9. januara 1981. godine. Taj okružni sud je, primenjujući član 67e stav 3 Krivičnog zakonika (vidi dole, stav 56) saopštio da u roku od dve godine nijedan zahtev za preispitivanje te odluke neće biti prihvatljiv.

18. Imajući u vidu prethodne presude izrečene podnosiocu predstavke i njegovo ponašanje u zatvoru, okružni sud je ustanovio da se ne može očekivati da podnosilac predstavke, ako bude pušten na slobodu, neće počinuti neko novo teško krivično delo (član 67d stav 2 Krivičnog zakonika, vidi dole, stav 53). Sud je saslušao dokaze koje je prikupio podnosilac predstavke, a koga je zastupao zvanično imenovani pravni zastupnik, lično. Sud se još konsultovao sa zatvorom Švalmštat i okružnim javnim tužilaštvom u Marburgu, a oni su i jedni i drugi preporučili da se mera pritvora koja je određena podnosiocu predstavke ne preinačuje u uslovnu. Sud se takođe saglasio s izveštajem koji je podneo spoljni veštak forenzičke psihijatrije, K. Taj veštak je stao na stanovište da podnosioca predstavke, koji ima narcisoidnu ličnost i u potpunosti je lišen osećaja empatije, ali se istovremeno ne može tretirati kao lice koje je obolelo od nekog psihopatskog poremećaja, treba posmatrati nekoliko godina, pre no što bi se moglo pretpostaviti da on više nije opasan za javnost.

19. Okružni sud je saopštio da donosi rešenje o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke i za period posle 8. septembra 2001, kada će (pošto se odbije vreme koje je podnosilac predstavke proveo van pritvora, posle bekstva) on odslužiti deset godina preventivnog pritvora. Nisu postojale ustavne prepreke za donošenje jedne takve odluke. Prema obrazloženju tog suda, osnov za kontinuirani preventivni pritvor podnosioca predstavke daje član 67d stav 3 Krivičnog zakonika, prema izmenama i dopunama iz 1998. (vidi dole, stav 53). U članu 1a (3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik, prema izmenama i dopunama iz 1998, član o kome je reč proglašen je primenjivim i na zatvorenike čiji je preventivni pritvor određen pre promene zakona (vidi dole, stav 54). Savezni ustavni sud je odbio da prihvati ustavnu žalbu u kojoj je promena zakona bila posredno postavljena kao pitanje. S obzirom na težinu kriminalne prošlosti podnosioca predstavke i moguća buduća kršenja zakona, njegov dalji preventivni pritvor nije nesrazmerna mera.

20. Kada je reč o rešenju o smeštaju podnosioca predstavke u psihijatrijsku bolnicu, njegov zahtev je preuranjen budući da on trenutno niti se nalazi u psihijatrijskoj bolnici, niti se uskoro biti prinudno smešten u nju.

2. Odluka Apelacionog suda u Frankfurtu na Majni

21. Apelacioni sud u Frankfurtu na Majni je 26. oktobra 2001. godine, menjajući u ovom pogledu odluku okružnog suda u Marburgu, poništio rešenje od 9. januara 1981. godine o smeštaju podnosioca predstavke u psihijatrijsku bolnicu. Pošto je potvrdio ostatak odluke okružnog suda, Apelacioni sud je odlučio da ne pretvori u uslovnu meru preventivni pritvor podnosioca predstavke naložen presudom okružnog suda u Marburgu od 17. novembra 1986. godine, i naložio je da podnosilac predstavke ostane u pritvoru i po isteku deset godina pritvora 8. septembra 2001. Apelacioni sud je potvrdio da u roku od dve godine neće biti prihvatljiv zahtev za preispitivanje te odluke.

22. Apelacioni sud je utvrdio da je rešenje o smeštaju podnosioca predstavke u psihijatrijsku bolnicu bespredmetno. Pozivajući se na izveštaje veštaka koji su od 1985. godine podnošeni krivičnim sudovima, kao i na novi izveštaj veštaka K. koji je sam taj sud zatražio, sud je naveo da je jasno da podnosilac predstavke više ne pati od teškog mentalnog poremećaja koji bi trebalo kvalifikovati kao patološki.

23. Kada je reč o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke, koga je zastupao njegov pravni zastupnik, Apelacioni sud je, podržavajući razloge koje je naveo okružni sud, ustanovio da je podnosilac predstavke do te mere opasan da je neophodan njegov kontinuirani pritvor. S obzirom na krivična dela koja je počinio i za koja se može očekivati da će ih počiniti po puštanju iz zatvora, njegov kontinuirani pritvor predstavlja srazmernu meru. U roku od dve godine ne mogu se očekivati nikakve materijalne promene okolnosti koje su odlučujuće za njegov pritvor (član 67e stav 3 Krivičnog zakonika).

24. Prema Apelacionom sudu, član 67d stav 3 Krivičnog zakonika, izmenjen i dopunjen 1998, bio je ustavan. Sud je priznao da bi, u vreme kada je doneto rešenje o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke, taj pritvor prestao najkasnije posle 10 godina pritvora. Međutim, član 2 stav 6 Krivičnog zakonika (vidi dole, stav 48) dopuštao je retroaktivno pogoršanje položaja podnosioca predstavke kada je reč o popravnim (korektivnim) i preventivnim merama, kao što je preventivni pritvor. Te mere se ne klasifikuju kao kazne, već su to preventivne mere, pa samim tim nisu zabranjene prema članu 103 stav 2 Osnovnog zakona (Ustava) (vidi dole, stav 61) kao retroaktivne krivične odredbe.

25. Isto tako, kontinuirani preventivni pritvor podnosioca predstavke nije bio u koliziji sa načelnom zabranom retroaktivnih odredaba koja je temelj vladavine prava. Važan osnov koji počiva na javnom interesu, konkretno na zaštiti javnosti od opasnih počinitelaca, opravdava donošenje takvih retroaktivnih odredaba od strane zakonodavca u ovom slučaju.

3. Odluka Saveznog ustavnog suda

26. Podnosilac predstavke, koga je zastupao njegov pravni zastupnik, podneo je 26. novembra 2001. Saveznom ustavnom sudu žalbu na odluke kojima je naložen njegov dalji preventivni pritvor, čak i po isteku roka od 10 godina. On je pre svega naveo da su te odluke zasnovane na članu 67d stav 3 Krivičnog zakonika, izmenjenog i dopunjenog 1998, prema čijim odredbama trajanje prvog perioda preventivnog pritvora osuđenog lica može biti retroaktivno produženo sa maksimalnog roka od 10 godina na neograničeni vremenski rok. Shodno tome, ovom odredbom je prekršena zabrana retroaktivnog kažnjavanja po osnovu člana 103 stav 2 Osnovnog zakona, zabrana retroaktivnog zakonodavstva koja je jedan od temelja vladavine prava, načelo srazmernosti i njegovo pravo na slobodu po osnovu člana 2 stav 2, druga rečenica, Osnovnog zakona (vidi dole, stav 57). Štaviše, ta sporna odredba podrazumeva da se njemu odbija mogućnost bilo kakvog ublažavanja uslova pritvora koje bi mu omogućilo da dobije pozitivan nalaz u tom smislu da više ne predstavlja opasnost za javnost. Posledica svega toga je da ta odredba zapravo podrazumeva njegov doživotni boravak u zatvoru, bez ikakvih izgleda za puštanje na slobodu.

27. Pošto je održao ročište na kome je takođe konsultovao psihijatrijske veštake i nekoliko upravnika zatvora, kolegijum od osam sudija Saveznog ustavnog suda je 5. februara 2004. odbacio ustavnu žalbu podnosioca predstavke (br. 2 BvR 2029/01) kao neosnovanu. U svojoj temeljito obrazloženoj precedentnoj presudi (*leading judgment*) (na čak 84 stranice) Sud je stao na stanovište da je član 67d stav 3 Krivičnog zakonika, protumačen u vezi sa članom 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik, onako kako je on izmenjen i dopunjen 1998. godine, u skladu sa Osnovnim zakonom.

(a) Pravo na slobodu

28. Savezni ustavni sud je stao na stanovište da preventivni pritvor na osnovu člana 67d stav 3 Krivičnog zakonika na srazmeran način ograničava slobodu zaštićenu članom 2 stav 2 Osnovnog zakona (Ustava).

29. Sud je naglasio da što duže neko lice boravi u preventivnom pritvoru, to su stroži zahtevi u pogledu srazmernosti lišenja slobode. Međutim, član 67d stav 3 Krivičnog zakonika uzima u obzir pojačanu važnost prava na slobodu posle 10 godina lišenja slobode. On postavlja viši standard u pogledu ugroženih pravnih interesa (tako da se uvodi zaštita samo u odnosu na pretnje fizičkom ili mentalnom integritetu žrtava) i u pogledu dokaza da je podnosilac predstavke opasan (pa je otud potreban propisno utemeljen i obrazložen izveštaj iskusnog eksternog psihijatrijskog veštaka). Na taj način je takođe ustanovljeno da prekid pritvora predstavlja pravilo, a rešenje o produženju - izuzetak, nešto što se koristi samo kao poslednja mera, kad nijedna druga više ne može da se preduzme. Sem toga, zahvaljujući

proceduralnim odredbama u vezi s preventivnim pritvorom (član 67c st. 1, 67d stavovi 2 i 3 i član 67e Krivičnog zakonika) predviđaju redovno preispitivanje, kako bi se ustanovilo da li se pritvor koji je nekom licu određen može privremeno prekinuti ili u potpunosti obustaviti. Zbog posebnog značaja koji ublažavanje uslova pritvora ima za prognozu budućeg ponašanja (stepena opasnosti) nekog lica, Sud koji je nadležan za izvršenje kazne nema pravo da bez dovoljnog obrazloženja prihvati odluku zatvorskih vlasti kojom one odbijaju da ublaže uslove pritvora kao mogući uvod u potpuni prekid preventivnog pritvora zatočenog lica.

30. Preventivni pritvor ne služi kao osveta za ranija krivična dela, već kao mera kojom se sprečavaju buduća takva dela. S tih razloga, savezne pokrajine (*Länder*) moraju obezbediti da pritvorenik bude u prilici da se uslovi njegovog/njenog pritvora u punoj meri poboljšaju, tako da budu kompatibilni sa zahtevima koji se postavljaju u pogledu uslova u zatvorima.

(b) Zabrana retroaktivnih krivičnih zakona

31. Savezni ustavni sud je dalje izneo stanovište da član 67d st. 3 Krivičnog zakonika, sagledan zajedno sa članom 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik, nije predstavljao kršenje člana 103 st. 2 Osnovnog zakona. Apsolutna zabrana retroaktivne primene krivičnih zakona koja je tim članom uvedena ne odnosi se na korektivne i preventivne mere, kao što je preventivni pritvor, koji je predviđen Krivičnim zakonikom.

32. Tumačeći pojmove "kažnjen" i "kažnjiv čin" u članu 103 st. 2 Osnovnog zakona, Savezni ustavni sud je ustanovio da se taj član primenjuje samo na državne mere koje izražavaju suverenu zabranu nezakonitog i kažnjivog ponašanja i podrazumevaju uvođenje kazne kojom se kompenzuje krivica. Imajući u vidu genezu Osnovnog zakona i svrhu člana 103 st. 2, konstatuje se da se to ne primenjuje na ostale državne mere koje predstavljaju mešanje u prava pojedinca.

33. Pre svega valja reći da se član 103 st. 2 Osnovnog zakona ne proširuje na popravne i preventivne mere, koje su oduvek smatrane merama koje se razlikuju od kazni shodno dvojnog sistemu kazni i korektivno-preventivnih mera koji je predviđen Krivičnim zakonikom. Činjenica da je neka mera u neposrednoj vezi sa nezakonitim ponašanjem ili da podrazumeva znatno mešanje u pravo na slobodu nije sama po sebi dovoljna. Za razliku od kazne, preventivni pritvor nema za cilj kažnjavanje kriminalne krivice, već je to čisto preventivna mera koja ima za cilj zaštitu javnosti od opasnog počinioca. Shodno tome, preventivni pritvor nije obuhvaćen članom 103 st. 2, iako je neposredno povezan sa kvalifikovanim krivičnim delom.

(c) Zaštita legitimnih očekivanja u skladu s vladavinom prava

34. Savezni ustavni sud je dalje zaključio, odlučivši u ovom pitanju većinom od šest glasova prema dva, da je ukidanje maksimalnog roka

trajanja pritvora kada je preventivni pritvor prvi put naložen, kao i primena odgovarajuće odredbe (član 67d st. 3 Krivičnog zakonika sagledanog zajedno sa članom 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik) na kriminalce koji su stavljeni u preventivni pritvor pre no što je on usvojen i stupio na snagu i koji u tom trenutku još nisu u potpunosti odslužili kazne na koje su osuđeni, bila u skladu sa zaštitom legitimnih očekivanja zajamčenih u državi u kojoj postoji vladavina prava (član 2 st. 2 sagledan u vezi sa članom 20 st. 3 Osnovnog zakona, vidi dole, stav 59).

35. Sud je naglasio da član 67d st. 3 Krivičnog zakonika, onako kako je izmenjen i dopunjen, ne menja retroaktivno pravne posledice za koje je ustanovljeno da proističu iz nekog krivičnog dela i utvrđeno u pravosnažnoj presudi suda koji je izrekao presudu i odlučivao o kazni. Oduvek su sudovi bili ti koji su odgovorni za izvršenje kazni i koji su bili nadležni da odluče da li će i koliko dugo osuđeno lice biti u preventivnom pritvoru.

36. Ipak, maksimalna dužina prvog perioda preventivnog pritvora, onako kako je utvrđena u staroj verziji člana 67d stavovi 1 i 3 Krivičnog zakonika pružala je pritvorenima razlog da očekuju puštanje na slobodu po isteku roka od 10 godina. Međutim, shodno članu 2 st. 6 Krivičnog zakonika (vidi dole, stav 48), desetogodišnji maksimalni period trajanja preventivnog pritvora, kao i sve druge korektivne i preventivne mere, od početka je bio podložan zakonskim promenama.

37. Odmeravajući sve interese o kojima je ovde reč, Savezni ustavni sud je zaključio da dužnost zakonodavca da zaštiti pripadnike javnosti od mešanja u njihov život, zdravlje i rodni integritet nadjačava to što se pritvorenik uzda u kontinuiranu primenu roka od 10 godina. Budući da je član 67d st. 3 Krivičnog zakonika bio formulisan kao izuzetak u odnosu na pravilo i u svetlosti procesnih jemstava koja su za njega vezana, ova retroaktivna primena tog člana nije bila nesrazmerna.

(d) Ljudsko dostojanstvo

38. Savezni ustavni sud je potom ustanovio da ljudsko dostojanstvo, otelotvoreno u članu 1 st. 1 Osnovnog zakona, ne postavlja ustavni zahtev da postoji fiksni rok trajanja preventivnog pritvora osuđenog lica. Ljudsko dostojanstvo nije povređeno čak ni dugim trajanjem preventivnog pritvora, ukoliko je to neophodno zbog trajne opasnosti koju on ili ona predstavljaju. Međutim, cilj preventivnog pristupa treba da bude rehabilitacija pritvorenika i postavljanje temelja za njegov odgovoran život van zatvora. Ljudsko dostojanstvo nalaže postojanje zakona i programa izvršenja koji pritvorenima pružaju stvarne izgleda da ponovo steknu slobodu.

39. Preventivni pritvor u svom sadašnjem obliku ispunjava te zahteve. Sudovi odgovorni za izvršenje kazni pre svega su bili dužni da pred istek roka izdržavanja zatvorske kazne na koji je dato lice osuđeno ispituju (član 67 st. 1 Krivičnog zakonika) i da potom to čine najmanje svake dve godine (član 67e st. 2 Krivičnog zakonika) da li ova mera može biti privremeno

obustavljena. Ako je u preventivnom pritvoru provedeno deset godina, oni su proglašavali meru isteklom po osnovu člana 67d st. 3 Krivičnog zakonika ukoliko više nisu postojale nikakve konkretne opasnosti. U praksi, lica koja su se nalazila u preventivnom pritvoru puštana su na slobodu pošto su određeni vremenski rok provela u zatvoru.

(e) Preseljenje predmeta iz nadležnosti zakonitog sudije

40. Konačno, Savezni ustavni sud je stao na stanovište da ovde ne važi zabrana preseljenja predmeta iz nadležnosti zakonitog sudije, zajamčena članom 101 st. 1 Osnovnog zakona (vidi dole, stav 60). Član 67d st. 3 Krivičnog zakonika ne proglašava nepotrebnom sudsku odluku o nastavljanju preventivnog pritvora prilikom čijeg su donošenja uzete u obzir sve okolnosti datog slučaja.

C. Praktično izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru protiv podnosioca predstavke

41. U zatvoru Švalmštat lica koja se poput ovog podnosioca predstavke nalaze u preventivnom pritvoru, smeštena su u zasebnu zgradu, tako da su odvojeni od zatvorenika koji se nalaze na izdržavanju redovne zatvorske kazne. Ta lica imaju određene privilegije u poređenju sa osuđenim počiniocima krivičnih dela koji se nalaze na izdržavanju kazne. Na primer, oni imaju pravo da nose svoju odeću i da je sami peru, i imaju više džeparca. Mogu da se bave sportom u zasebnim sportskim dvoranama i mogu nekoliko sati svakog dana da ostanu napolju, u dvorištu. Svoje ionako komfornije ćelije mogu opremiti dodatnim nameštajem i opremom, a posete njima mogu duže da traju.

42. Kada je reč o merama koje imaju za cilj reintegrisanje u društvo, licima koja se nalaze u preventivnom pritvoru u zatvoru Švalmštat, kao i licima koja su pritvorena u drugim zatvorima, nude se nedeljne diskusione grupe u kojima će biti predložene ideje za rekreativne aktivnosti i za organizovanje svakodnevnog života. Sem toga, postoji mogućnost individualnih diskusija kako bi se poboljšala integrisanost pritvorenika u grupu, a svake druge nedelje organizuje se zajedničko veče koje, između ostalog, ima za cilj motivisanje pritvorenika da prihvate lečenje koje im se nudi. Kad se ustanovi da je to potrebno, pritvorenicima se nude sesije individualne terapije sa spoljnim terapeutom, ili im se nudi grupna terapija u socioterapeutskom odeljenju drugog zatvora. Pritvorenik takođe može zatražiti konsultacije sa psihologom ili sa dežurnim socijalnim radnikom, kako bi izašao na kraj sa kriznim situacijama.

43. Podnosilac predstavke je dobijao terapiju od trenutka kada je stavljen u preventivni pritvor. Od početka 1993. godine on ima terapijske sesije sa psihologom u zatvoru Švalmštat. Od septembra 2000. do marta 2003. imao je redovne individualne terapijske sesije sa jednim eksternim psihologom.

U tom trenutku je utvrđeno da više nije indikovano nastaviti završenu terapiju. Pored toga, podnosioca predstavke su redovno pregledali psihijatri, kako bi procenili u kojoj je meri opasan i kako bi, u slučaju potrebe, izdali dozvolu za ublažavanje zatvorskog režima. Što se tiče ublažavanja uslova preventivnog pritvora podnosioca predstavke, on trenutno ima dozvolu za kratke periode odsustva uz pratnju (*Ausführungen*) nekoliko puta godišnje. Takođe redovno prima posete (u proseku nekoliko puta mesečno) svoje verenice, sa kojom je veren od 2005. godine. S jednim kratkim prekidom, on sve vreme radi u zatvoru, a trenutno je angažovan u metaloprerađivačkoj radionici zatvora s neto zaradom od oko 350 do 543 evra mesečno.

44. Prema izveštaju psihijatrijskog veštaka i dodatnom psihološkom izveštaju sačinjenom u septembru 2006. godine, podnosilac predstavke je ostvario značajne korake ka reintegrisanju u društvo, posebno time što je stavio tačku na svoj kriminalni identitet, onaj koji je razvijao od detinjstva, i na taj način što sada pokušava da prvo razmisli, pa tek onda nešto uradi. Njegov novi odnos sa verenicom mogao bi se tumačiti kao novi pozitivan razvoj koji će takođe poboljšati njegove socijalne okolnosti u slučaju da bude pušten iz zatvora. Međutim, ove tendencije se još nisu stabilizovale, a kod njega se i dalje uočavaju odsustvo lojalnosti i empatije za druge, kao i znaci opasne impulsivnosti, što se ponovo manifestovalo kada je podnosilac predstavke udario u lice kolegu zatvorenika posle sukoba koji su imali oko pleha za pečenje 2005. godine. Veštak je preporučio da se zadrže na snazi i oprezno proširuju aktuelne mere koje imaju za cilj ublažavanje uslova preventivnog pritvora podnosioca predstavke.

II. RELEVANTNO UNUTRAŠNJE, UPOREDNO I MEĐUNARODNO PRAVO I PRAKSA

A. Unutrašnje pravo i praksa

1. Kazne i popravne i preventivne mere

45. U nemačkom Krivičnom zakoniku postoji razlika između kazni (*Strafen*) i takozvanih korektivnih i preventivnih mera (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) koje se preduzimaju u slučaju nezakonitih akata. Ovaj dvojni sistem sankcija, čije se uvođenje razmatralo i koje je bilo predmet polemika još od kraja 19. veka, inkorporiran je u Krivični zakonik Zakonom o rešavanju problema opasnih počinitelaca-povratnika i o merama popravne i preventivne prirode (Zakon o recidivistima - *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung*) od 24. novembra 1933. godine. Propisi o preventivnom pristupu

ostali su na snazi, suštinski nepromenjeni, posle 1945. godine, a od 1969. do danas nekoliko su puta bila predmet reformi koje je inicirao zakonodavac.

46. Kazne (vidi članove 38 *et seq.* Krivičnog zakonika) uglavnom se sastoje od zatvorskih i novčanih kazni. Kazna se utvrđuje u zavisnosti od krivice optuženog (član 46 st. 1 Krivičnog zakonika).

47. Popravno-preventivne mere (vidi član 61 *et seq.* Krivičnog zakonika) sastoje se uglavnom od smeštaja u psihijatrijsku bolnicu (član 63 Krivičnog zakonika) ili u objekat za detoksikaciju (član 64 Krivičnog zakonika) ili u preventivni pritvor (član 66 Krivičnog zakonika). Svrha je ovih mera da se rehabilituju opasni počinioci ili da se javnost od njih zaštiti. Te mere mogu biti određene pored kazne na koju su počinioci osuđeni (uporedi članove 63 *et seq.*). One, međutim, moraju biti srazmerne težini počinjenih dela, ili dela koja se mogu očekivati od tih optuženih, kao i stepenu u kojem oni predstavljaju opasnost (član 62 Krivičnog zakonika).

48. Temporalna primenjivost odredaba Krivičnog zakonika zavisi od toga da li je reč o kaznama, ili pak o popravno-preventivnim merama. Kazna se određuje zakonom koji je na snazi u vreme kada je delo izvršeno (član 2 st. 1 Krivičnog zakonika); ako se zakon koji je na snazi u vreme izvršenja dela izmeni i dopuni pre no što sud izrekne presudu, onda se primenjuje blaži zakon (član 2 st. 3). S druge strane, odluke o popravno-preventivnim merama donose se na temelju zakona koji je na snazi u trenutku donošenja odluke, sem ukoliko to zakonom nije drugačije propisano (član 2 st. 6).

2. Odredbe Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku kojima se uređuje preventivni pritvor

(a) Rešenje o preventivnom pritvoru

49. Sud koji izriče presudu može, u vreme kada donosi presudu počiniocu, doneti rešenje o njegovom preventivnom pritvoru pod određenim okolnostima, pored kazne zatvora, u slučaju da se dokaže da je počinitelj opasan za javnost (član 66 Krivičnog zakonika).

50. Pre svega, sud koji izriče kaznu donosi rešenje o preventivnom pritvoru pored izrečene kazne, ako je lice osuđeno zbog namerno počinjenog krivičnog dela na najmanje dve godine zatvora i ukoliko su ispunjeni sledeći dodatni uslovi. Prvo, počinitelj je već morao imati izrečene dve osuđujuće kazne, od kojih nijedna ne može biti kraća od godinu dana zatvora, a obe su dosuđene zbog namerno počinjenih krivičnih dela pre ovog najnovijeg krivičnog dela. Drugo, počinitelj je prethodno morao biti u zatvoru ili je morao biti pritvoren shodno korektivno-preventivnoj meri s rokom od najmanje dve godine. Treće, iz sveobuhvatne ocene počinioca i njegovih postupaka mora se uočiti da taj počinitelj, s obzirom na svoju sklonost vršenju teških krivičnih dela, prvenstveno onih u kojima se nanosi velika, bilo psihička bilo fizička, šteta žrtvama ili koja podrazumevaju veliki

ekonomski gubitak, predstavlja opasnost za širu društvenu zajednicu (vidi član 66 stav 1).

51. Član 67c Krivičnog zakonika uređuje rešenja o preventivnom pritvoru koja nisu izvršena neposredno pošto je postala pravosnažna presuda kojom su ta rešenja doneta. Stav 1 tog člana propisuje da, ukoliko se zatvorska kazna izvršava pre preventivnog pritvora čije je rešenje doneto u isto vreme kada i presuda o zatvorskoj kazni, sud koji je odgovoran za izvršenje kazni (to jest, specijalno Veće okružnog suda koje čine troje profesionalnih sudija, vidi članove 78a i 78b(1)(1) Zakona o organizaciji sudova) mora da razmotri, pre isteka roka zatvorske kazne, da li je preventivni pritvor tog lica i dalje neophodan sa stanovišta njegovog cilja. Ako to nije slučaj, sud uslovno obustavlja od izvršenja rešenje o preventivnom pritvoru; od trenutka izricanja te odluke teče nadzor nad ponašanjem datog lica (*Führungsaufsicht*).

(b) Trajanje preventivnog pritvora

(i) Odredba koja je bila na snazi do 31. januara 1998.

52. U vreme kada je podnosilac predstavke počinio krivično delo i kada mu je izrečena presuda i odmerena kazna, član 67d Krivičnog zakonika, u delu koji je ovde relevantan, glasio je kako sledi:

Član 67(d) Trajanje pritvora

“(1) Pritvor u objektu za detoksikaciju ne može biti duži od dve godine, a prvi period preventivnog pritvora ne može biti duži od deset godina. ...

(2) Ako ne postoji odredba o maksimalnoj dužini trajanja ili ako krajnji rok još nije istekao, sud uslovno suspenduje dalje izvršenje rešenja o pritvoru čim postoje opravdani razlozi da se proveriti može li pritvorenik biti pušten na slobodu a da ne počinini nova nezakonita dela. Suspendovanje rešenja automatski podrazumeva nadzor nad ponašanjem počinioca.

(3) Ako je maksimalni rok istekao, pritvorenik se pušta na slobodu. Mera se time obustavlja.”

(ii) Izmenjena odredba na snazi od 31. januara 1998.

53. Član 67d Krivičnog zakonika izmenjen je i dopunjen u vreme kada je podnosilac predstavke prvi put boravio u preventivnom pritvoru; izmena i dopuna odredbe izvršena je Zakonom o borbi protiv krivičnih dela seksualnog nasilja i drugih opasnih krivičnih dela (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*) od 26. januara 1998, koji je stupio na snagu 31. januara 1998. Izmenjena odredba, u delu relevantnom za ovaj predmet, glasi:

Član 67d Trajanje pritvora

“(1) Pritvor u objektu za detoksikaciju ne može biti duži od dve godine ...

(2) Ako ne postoji odredba o maksimalnoj dužini trajanja ili ako vremenski rok još nije istekao, sud će uslovno suspendovati dalje izvršenje rešenja o pritvoru čim se može očekivati da lice o kome je reč više neće počinuti nijedan protivzakoniti akt po svom puštanju na slobodu. Suspenzija automatski podrazumeva nadzor nad ponašanjem počinioca.

(3) Ako je lice provelo deset godina u preventivnom pritvoru, sud proglašava tu meru isteklom ako nema opasnosti da će pritvorenik, zbog svojih kriminalnih sklonosti, počinuti teška krivična dela koja će imati znatne psihološke posledice ili naneti teške fizičke povrede žrtvama. Istek mere automatski podrazumeva nadzor nad ponašanjem počinioca.”

54. Kada je reč o primenjivosti *ratione temporis* člana 67d Krivičnog zakonika, onako kako je on izmenjen i dopunjen, Uvodni zakon za Krivični zakonik, u relevantnom delu, glasi kako sledi:

Član 1a Primenjivost pravila o preventivnom pritvoru

“(3) Član 67d Krivičnog zakonika, onako kako je izmenjen i dopunjen Zakonom o borbi protiv krivičnih dela seksualnog nasilja i drugih opasnih krivičnih dela od 26. januara 1998. (Službeni list I/Das Bundesgesetzblatt I, S. 160), primenjuje se bez ograničenja.”

55. Kada je reč o sudskom ispitivanju koje je propisano članom 67d stav 3 Krivičnog zakonika i o potonjim odlukama po osnovu člana 67d stav 2, član 463 stav 3 Zakonika o krivičnom postupku, onako kako je izmenjen i dopunjen Zakonom o borbi protiv krivičnih dela seksualnog nasilja i drugih opasnih krivičnih dela, obavezuje sud koji je odgovoran za izvršenje kazni i da konsultuje veštaka u vezi s pitanjem da li postoji verovatnoća da osuđeno lice poćini teška krivična dela kada bude pušteno na slobodu, i da imenuje branioca, da zastupa to lice.

(c) Preispitivanje preventivnog pritvora osuđenog lica

56. Pored članova 67c stav 1 i 67d stavovi 2 i 3 Krivičnog zakonika, član 67e Krivičnog zakonika propisuje preispitivanje preventivnog pritvora osuđenog lica. Sud može u svakom trenutku da preispita da li bi dalje izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru trebalo uslovno suspendovati. Sud je dužan da to učini u utvrđenim vremenskim rokovima (stav 1 člana 67e). Za lica u preventivnom pritvoru, taj vremenski rok iznosi dve godine (stav 2 člana 67e). Sud može da skрати ovaj rok, ali takođe može, u okviru zakonskih ograničenja, da odredi rokove pre isteka kojih će svaka molba za preispitivanje biti proglašena neprihvatljivom (stav 3 člana 67e).

3. Odredbe Osnovnog zakona i sudske prakse Saveznog ustavnog suda

57. Član 2 stav 2, druga rečenica, Osnovnog zakona propisuje da je sloboda pojedinca nepovrediva.

58. Shodno članu 20 stav 3 Osnovnog zakona, zakonodavna vlast vezana je ustavnim sistemom, a izvršna i pravosudna zakonom i pravom.

59. Shodno uhdanoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda, član 2 stav 2 protumačen u vezi sa članom 20 stav 3 Osnovnog zakona štiti legitimna očekivanja u državi u kojoj postoji vladavina prava. Zakon može biti retroaktivan u tom smislu da, iako njegove pravne posledice ne nastaju dok on ne bude objavljen, njegova definicija obuhvata događaje "koji su pokrenuti" pre no što je sam zakon objavljen (takozvani *unechte Rückwirkung*; vidi odluke Saveznog ustavnog suda u zbirci sažetih prikaza odluka Saveznog ustavnog suda (*BVerfGE*), tom 72, str. 200 *et seq.*, 242, i tom 105, str. 17 *et seq.* i 37 *et seq.*). Kada je reč o retroaktivnim zakonima u tom smislu, načela pravne sigurnosti i zaštite legitimnih interesa ne uživaju opšti prioritet u odnosu na nameru zakonodavca da promeni postojeći pravni poredak u odgovor na promenjene okolnosti. Zakonodavac može doneti takve retroaktivne zakone ako je važnost svrhe zakona za zajedničko dobro veća od važnosti interesa zaštite legitimnih očekivanja (vidi presudu Saveznog ustavnog suda u ovom slučaju, str. 70-73, uz mnogobrojna pozivanja na praksu tog suda).

60. Shodno članu 101 stav 1 Osnovnog zakona, niko ne može biti premešten iz nadležnosti zakonitog sudije.

61. Shodno članu 103 stav 2 Osnovnog zakona, delo može biti kažnjivo samo ako je činjenica njegove kažnjivosti bila zakonom utvrđena pre no što je delo počinjeno.

4. Pravila i praksa u vezi sa izvršenjem rešenja o preventivnom pritvoru

(a) Zakon o izvršenju kazni

62. (Savezni) Zakon o izvršenju kazni (*Strafvollzugsgesetz*) propisuje pravila za izvršenje kazni lišenja slobode u zatvorima i za izvršenje popravno-preventivnih mera kojima se lica o kojima je reč lišavaju slobode (vidi član 1 tog Zakona). Odredbe tog Zakona bile su primenjive u svim pokrajinama (*Länder*) do 31. decembra 2007; otada su same *Länder* stekle pravo da zakonski uređuju ta pitanja. U meri u kojoj su one već iskoristile to ovlašćenje, odredbe koje su utvrdile pokrajine (*Länder*) za izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru ne razlikuju se bitno od onih koje su navedene u Zakonu o izvršenju kazni.

63. Član 2 Zakona o izvršenju kazni bavi se svrhom izvršenja kazni lišenja slobode. Tokom izvršenja kazne lišenja slobode pritvorenik treba da se osposobi da od tada vodi društveno odgovoran život bez toga da poćini neko krivićno delo (svrha izvršenja; prva rećenica). Izvršenje kazne lišenja slobode takođe ima za cilj zaštitu javnosti od novih krivićnih dela (druga rećenica).

64. Članovi 129 do 135 Zakona o izvršenju kazni sadrže specijalna pravila za izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru. Član 129 propisuje da lica koja se nalaze u preventivnom pritvoru moraju biti pritvorena u bezbednim uslovima radi zaštite javnosti (prva rečenica). Ona treba da dobiju pomoć kako bi mogla da se prilagode životu van zatvora (druga rečenica). Ukoliko nije drugačije propisano (članovi 131 do 135 navedenog Zakona), odredbe koje se odnose na izvršenje zatvorskih kazni primenjuju se *mutatis mutandis* na preventivni pritvor (član 130 tog Zakona).

65. Shodno članu 131 Zakona o izvršenju kazni, oprema i objekti u ustanovama u kojima se pritvorenici drže u preventivnom pritvoru, pre svega, pritvoreničke ćelije, kao i posebne mere koje se preduzimaju za zaštitu njihove dobrobiti, moraju biti tako koncipirani da pomognu pritvorenicima da na razuman način organizuju svoj život u toj ustanovi i da ih zaštiti od štete koja može nastati od dugog lišenja slobode. Koliko je god to moguće, treba uzimati u obzir njihove lične potrebe. Član 132 rečenog Zakona propisuje da pritvorenici mogu nositi vlastitu odeću i da mogu da koriste sopstvenu posteljinu, ako to nije zabranjeno iz razloga bezbednosti i pod uslovom da se sami staraju o čišćenju, popravkama i redovnom menjanju o sopstvenom trošku. Sem toga, shodno članu 133 navedenog Zakona, pritvorenici imaju pravo da rade za platu, ako to služi cilju podučavanja, održavanja ili unapređenja veština potrebnih da docnije, kad budu pušteni na slobodu, nađu plaćeni posao. Oni takođe dobijaju džeparac. Shodno članu 134 tog Zakona, uslovi pritvora mogu biti ublaženi i može se izdati dozvola za odsustvo u dužini do jednog meseca, kako bi se proverila spremnost i pripremljenost pritvorenika da izađu na slobodu.

66. Član 140(1) Zakona o izvršenju kazni propisuje da se preventivni pritvor izdržava ili u zasebnoj ustanovi ili u zasebnom krilu zatvora za izvršenje zatvorskih kazni.

(b) Statistika

67. Shodno statističkim podacima koje je predočila Država, a koje podnosilac predstavke nije osporio, nemački sudovi koji izriču kazne doneli su ukupno 75 rešenja o preventivnom pritvoru u 2005. godini, od čega su se 42 rešenja odnosila na počinioce krivičnih dela seksualnog nasilja. Na dan 31. marta 2007. u Nemačkoj je u preventivnom pritvoru bilo ukupno 415 lica. Godine 2002, prosečna dužina trajanja prvog perioda preventivnog pritvora bila je između dve godine i tri meseca i sedam godina, u različitim *Länder*. Te godine, 261 lice koje je prvi put stavljeno u preventivni pritvor bilo je obuhvaćeno abolicijom maksimalne dužine preventivnog pritvora od 10 godina prema članu 67d stav 3 Krivičnog zakonika, pročitano u vezi sa članom 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik sa izmenama i dopunama iz 1998. Godine 2008. 70 lica je još bilo pod dejstvom te promene zakona i nalazili su se u preventivnom pritvoru više od deset godina.

68. Shodno statističkom materijalu koji je dostavila Država, a koji podnosilac predstavke nije osporio, Nemačka je 2006. godine imala 95 zatvorenika na 100.000 stanovnika, dok je, na primer, u isto vreme Estonija imala 333 zatvorenika na 100.000 stanovnika, Republika Češka 185 zatvorenika, Španija 149, Engleska i Vels 148, Francuska 85, Švajcarska 83, Danska 77 i Norveška 66. Štaviše, prema godišnjoj krivičnoj statistici Saveta Evrope, Pregled za 2006. godinu, od 12. decembra 2007. (PC-CP (2007) 9 prov. 2, p. 47), ukupni broj zatvorenika osuđen na kazne zatvora u trajanju od deset i više godina, sve do doživotnog zatvora, iznosio je na dan 1. septembra 2006. 2.907 u Nemačkoj, 402 u Estoniji, 1.435 u Republici Češkoj, 3.568 u Španiji, 12.049 u Engleskoj i Velsu, 8.620 u Francuskoj, 172 u Danskoj i 184 u Norveškoj.

B. Uporedno pravo

1. Sistemi zaštite javnosti od opasnih počinitelaca

69. Prema informacijama i materijalu koji je dostavljen Sudu, zemlje članice Saveta Evrope odabrale su različite načine zaštite javnosti od osuđenih počinitelaca krivičnih dela koji su u vreme izvršenja dela postupali sa punom krivičnom odgovornošću (kao što je slučaj i sa ovim podnosiocem predstavke u relevantno vreme) i kod kojih postoji opasnost da po puštanju iz pritvora počine nova teška krivična dela, te oni stoga predstavljaju opasnost za javnost.

70. Pored Nemačke, još najmanje sedam drugih visokih strana ugovornica Konvencije usvojilo je sisteme preventivnog pritvora za osuđene počiniocce koji se ne smatraju ljudima poremećenog uma, drugačije rečeno, za one koji su u trenutku izvršenja dela postupali sa punom krivičnom odgovornošću, a koji se smatraju opasnima za javnost jer su skloni recidivizmu. Te zemlje obuhvataju Austriju (vidi članove 23 et seq. i 47 et seq. austrijskog Krivičnog zakonika, kao i članove 435 et seq. austrijskog Zakonika o krivičnom postupku), Dansku (vidi član 70 et seq. danskog Krivičnog zakonika), Italiju (vidi članove 199 et seq. italijanskog Krivičnog zakonika), Lihtenštajn (vidi član 23 et seq. i član 47 Krivičnog zakonika Lihtenštajna, kao i članove 345 et seq. Zakonika o krivičnom postupku Lihtenštajna), San Marino (vidi član 121 et seq. Krivičnog zakonika San Marina), Slovačku (vidi članove 81 i 82 slovačkog Krivičnog zakonika) i Švajcarsku (vidi članove 56 et seq. švajcarskog Krivičnog zakonika). Po pravilu, rešenja o preventivnom pritvoru u tim državama donose sudovi koji izriču presude i ta rešenja se uglavnom izvršavaju pošto lica o kojima je reč odsluže zatvorske kazne (sa izuzetkom Danske, gde se mera preventivnog pritvora izriče umesto zatvorske kazne). Opasnost koju predstavljaju počinioci periodično se preispituje i oni se puštaju na uslovnu slobodu ako više ne predstavljaju opasnost za javnost.

71. Kada je reč o mestu boravka u pritvoru i trajanju pritvora, lica za koja je doneto rešenje o preventivnom pritvoru smeštaju se u specijalne ustanove u Austriji (vidi član 23 austrijskog Krivičnog zakonika), Lihtenštajnu (vidi član 23 Krivičnog zakonika Lihtenštajna), San Marinu (vidi članove 121 et seq. Krivičnog zakonika San Marina), Slovačkoj (vidi član 81 slovačkog Krivičnog zakonika) i Švajcarskoj (vidi član 64 švajcarskog Krivičnog zakonika). Iako italijanski zakon takođe propisuje da preventivni pritvor treba da se organizuje u specijalnim ustanovama (uporedi članove 215 et seq. italijanskog Krivičnog zakonika) izgleda da u praksi te institucije više ne postoje tako da lica o kojima je reč borave u običnim zatvorima pod specijalnim pritvorskim režimom. Opasni počinioci u preventivnom pritvoru u Danskoj takođe borave u redovnim zatvorima u specijalnom pritvorskom režimu. U Danskoj, Italiji, San Marinu, Slovačkoj (vidi izričite odredbe člana 82 stav 2 slovačkog Krivičnog zakonika) i u Švajcarskoj primenjive odredbe ne propisuju maksimalnu dužinu trajanja preventivnog pritvora. Nasuprot tome, u Austriji i Lihtenštajnu takav pritvor ne može biti duži od deset godina (vidi član 25 stav 1 i austrijskog Krivičnog zakonika i Krivičnog zakonika Lihtenštajna).

72. Što se tiče vremenske primenjivosti odredaba o preventivnom pritvoru, valja primetiti da, shodno formulaciji primenjivih odredaba u nekima od država o kojima je reč, te odredbe mogu biti retroaktivno primenjene. Tako, shodno članu 200 italijanskog Krivičnog zakonika, odluka o preventivnim merama treba da bude zasnovana na zakonu koji je na snazi u vreme njihovog izvršenja, a shodno članu 2 stav 3 slovačkog Krivičnog zakonika, te odluke moraju biti utemeljene na zakonu koji je na snazi u vreme donošenja odluke kojom se nalaže ta mera bezbednosti. Prema članu 4 stav 1 danskog Krivičnog zakonika, pitanje o tome da li neko krivično delo treba da bude kažnjeno preventivnim pritvorom rešava se primenom zakona koji je na snazi u trenutku izricanja presude u krivičnom postupku. Krivični zakonik San Marina isto tako ne zabranjuje retroaktivnu primenu preventivnih mera. Nasuprot tome, retroaktivna primena je, kako izgleda, zabranjena kada je reč o merama preventivnog pritvora shodno članovima 23 stav 1 et seq. kako austrijskog Krivičnog zakonika, tako i Krivičnog zakonika Lihtenštajna, a ista je situacija i sa švajcarskim zakonom.

73. U mnogim drugim visokim stranama ugovornicama Konvencije ne postoji sistem preventivnog pritvora i opasnost koju počinioci predstavljaju uzima se u obzir kako prilikom određivanja kazne, tako i prilikom izvršenja te kazne. S jedne strane, kazne zatvora se uvećavaju u svetlosti činjenice o opasnosti koju predstavljaju počinioci, posebno u slučajevima krivičnog dela u povratu. U tom smislu treba naglasiti da, za razliku od sudova u većini visokih strana ugovornica Konvencije, sudovi koji u Ujedinjenom Kraljevstvu izriču kazne prave jasnu i izričitu distinkciju između kaznenog i preventivnog dela kazne doživotnog zatvora. Retributivni ili kazneni

period određuje se tako da odrazi kaznu koja je izrečena počiniocu. Kada je retributivni deo kazne odslužen, zatvorenik se smatra osobom koja se nalazi na odsluženju preventivnog dela kazne i može biti pušten na uslovnu slobodu ako ne predstavlja opasnost za društvo (vidi, *inter alia*, članove 269 i 277 Zakona o krivičnom pravosuđu iz 2003. i član 28 Zakona o krivičnim delima (kaznama) iz 1997.). S druge strane, opasnost koju počinioci predstavljaju u celini gledano utiče kako na uslove koje oni imaju u pritvoru, tako i na njihove izgleda da dobiju smanjenje kazne ili da budu pušteni na uslovnu slobodu.

2. Razlika između kazni i preventivnih mera i posledice te razlike

74. Kada je reč o razlici između kazni i preventivnih mera u visokim stranama ugovornicama Konvencije i o posledicama koje proističu iz kvalifikacije sankcija o kojima je reč, mora se naglasiti da se isti tip mera može okvalifikovati kao dodatna kazna u jednoj zemlji, a kao preventivna kazna u drugoj zemlji. S tih razloga, nadzor nad ponašanjem lica po puštanju na slobodu, na primer, predstavlja dodatnu kaznu shodno članovima 131-36-1 et seq. francuskog Krivičnog zakonika, a istovremeno predstavlja preventivnu meru shodno članovima 215 i 228 italijanskog Krivičnog zakonika.

75. Sem toga, Zakon od 25. februara 2008. o preventivnom pritvoru posle izricanja kazne i umanjenju krivičnoj odgovornosti zbog mentalnog poremećaja (*Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*) uveo je preventivni pritvor u francusko pravo. Shodno članu 706-53-13 francuskog Zakonika o krivičnom postupku, ta mera može biti naložena protiv izuzetno opasnih počinitelja koji predstavljaju veliku opasnost od recidivizma, zato što imaju težak poremećaj ličnosti. Francuski Ustavni savet je u svojoj odluci od 21. februara 2008. (br. 2008-562 DC, Službeni list (*Journal officiel*) od 26. februara 2008, str. 3272) utvrdio da se takav preventivni pritvor, koji nije zasnovan na krivici osuđenog lica, već je njegova svrha da se spreči da lica učine krivična dela u povratu, ne može okvalifikovati kao kazna (stav 9 odluke). U tom smislu, Ustavni savet je stao na isto ono stanovište na koje je stao i nemački Savezni ustavni sud kada je reč o preventivnom pritvoru u nemačkom pravnom poretku (vidi stavove 31-33, gore). Ipak, imajući u vidu njegovu kustodijalnu prirodu, moguće vreme trajanja, činjenicu da je on beskonačno obnovljiv kao i činjenicu da se rešenje o njemu izdaje pošto je izrečena osuđujuća presuda suda, francuski Ustavni savet je smatrao da se preventivni pritvor posle izrečene kazne ne može retroaktivno naložiti protiv lica koja su osuđena za krivična dela počinjena pre objavljivanja Zakona (stav 9 odluke Ustavnog saveta). U tom smislu, francuski Ustavni savet je doneo drugačiji zaključak od onoga koji je doneo nemački Savezni ustavni sud (vidi stavove 31-33 kao i stavove 34-37 gore).

C. Zapažanja međunarodnih nadzornih tela o preventivnom pritvoru

1. Komesar za ljudska prava Saveta Evrope

76. Komesar za ljudska prava Saveta Evrope g. Tomas Hamarberg (Thomas Hammarberg) saopštio je sledeće u izveštaju koji je podneo o poseti Nemačkoj od 9. do 11. i od 15. do 18. oktobra 2006. (CommDH (2007) 14 od 11. jula 2007.) u vezi s pitanjem na šta je mislio kada je govorio o "sigurnosnom pritvoru (*Sicherungsverwahrung*)" (tj. preventivnom pritvoru):

“203. Tokom posete, Komesar je razmotrio pitanje preventivnog pritvora sa vlastima nekih *Länder*, sudijama i medicinskim veštacima. Komesar je svestan javnog pritiska kome su sudije i medicinski veštaci izloženi kada donose odluke u pogledu puštanja na slobodu lica koje bi moglo da učini teško krivično delo u povratu. Nije moguće s punom sigurnošću predvideti da li će neko lice stvarno počiniti krivično delo u povratu. Psihijatri redovno ocenjuju ponašanje lica koja se nalaze u zatvoru, a koja bi mogla da se ponašaju drugačije van zatvora. Pored toga, teško je predvideti sve uslove koji čekaju počinioca kada izađe iz zatvora.

204. Komesar poziva na izuzetno opreznu primenu preventivnog pritvora. Valjalo bi razmotriti i alternativne mere pre no što se pribegne preventivnom pritvoru. Komesar je zabrinut zbog povećanog broja ljudi lišenih slobode po osnovu preventivnog pritvora. On želi da ohrabri nemačke vlasti da naruče nezavisne studije o primeni preventivnog pritvora, kako bi mogle da vrednuju tu meru sa stanovišta zaštite šire javnosti i sa stanovišta njenog uticaja na pritvorenog pojedinca. ...

206. Sem toga, komesar je obavešten da lica koja se drže u preventivnom pritvoru redovno stradaju od gubitka perspektive za budućnost i odustaju od rada na sebi, predajući se (sudbini) i gubeći svaku nadu. To bi, kako izgleda trebalo da podstakne pružanje psihološke i psihijatrijske pomoći i nege. Povremeno mogu biti podeljena medicinska mišljenja o delotvornosti te vrste lekarske nege pružene licima u preventivnom pritvoru, ali nikako ne treba potpuno isključiti mogućnost njihove konačne rehabilitacije i puštanja na slobodu. Shodno tome, lica koja se nalaze u preventivnom pritvoru treba da dobiju odgovarajući medicinski tretman ili drugi vid nege koji se bavi njihovom konkretnom situacijom.”

2. Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja

77. U svome izveštaju nemačkoj vladi o poseti Nemačkoj od 20. novembra do 2. decembra 2005. (CPT/Inf (2007) 18 od 18. aprila 2007), Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT) izneo je sledeće zaključke u vezi s "jedinicom za preventivni pritvor (*Sicherungsverwahrung*)" u zatvoru Berlin-Tegel:

“94. Materijalni uslovi u toj jedinici bili su dobrog ili čak veoma dobrog standarda, uz nekoliko posebno pozitivnih elemenata: dobro opremljene sobe za po jednu osobu sa sanitarnim čvorom; svetle i relativno prostorne zajedničke odaje; mala kuhinja sa

opremom za sve zatvorenike koji tu mogu da pripreme sebi neko toplo piće ili lagani međuobrok, uz prostor namenjen pranju, sušenju i peglanju.

95. Načelno gledano, lica koja su smeštena u ovu jedinicu imala su mogućnost da se bave istim aktivnostima kao i obični zatvorenici (u smislu rada, obrazovanja itd.). Pored toga, shodno relevantnom zakonodavstvu, ova lica su imala koristi i od izvesnog broja posebnih povlastica. Pre svega, valja reći da su vrata ćelija ostajala otvorena tokom celog dana, a lica koja su smeštena u ovu jedinicu imala su dodatno dopuštenje za posete (dva sata mesečno umesto jednog sata mesečno), vežbe na otvorenom (četiri sata umesto jednog sata o vikendima i praznicima), dobijanje paketa (šest paketa godišnje, umesto samo tri) i džeparac (ako nema posla). Takođe valja reći da su sva lica koja su smeštena u ovu jedinicu imala neograničeni pristup telefonu.

96. Barem u teoriji, ova jedinica je pružala mogućnosti za pozitivno kustodijalno životno okruženje. Međutim, nisu svi ljudi koji su tu smešteni bili kadri da iskoriste mogućnosti koje su im se pružale, što nije iznenađujuće ako se ima u vidu da, prema oceni zdravstvenog osoblja, većina ako ne i svi ti ljudi pate od višestrukih poremećaja ličnosti. Ogromna većina njih bila je potpuno demotivisana, samo su dvojica vežbala na otvorenom, trojica su radila sa punim, a jedan sa nepunim radnim vremenom. Dvanaestorici ljudi koji su se nalazili u ovoj jedinici ponuđen je posao, ali oni nisu bili spremni da u tome učestvuju. S tih razloga, ogromna većina zatvorenika provodila je vreme usamljeno sedeći u svojim ćelijama, ne radeći ništa, baveći se jedino gledanjem televizije ili igranjem video-igrica.

Čak i među onim pritvorenicima koji su prividno preuzimali odgovornost za svoj svakodnevni život i hvatali se u koštac s time, postojalo je osećanje da su sve aktivnosti samo strategija da se nekako "pregura" boravak, bez ikakve stvarne svrhe. Kao što se moglo očekivati, to je, kako izgleda, bilo u neposrednoj vezi sa njihovim beskonačnim *Sicherungsverwahrung*. Nekoliko pritvorenika sa kojima smo razgovarali izrazili su jasan osećaj da nikada neće izaći na slobodu, a jedan je kazao da je priprema za smrt jedino što može da uradi.

97. Prema onome što navodi zatvorska uprava, zatvorsko osoblje s njima radi pridržavajući se specijalnih kriterijuma postupanja, čiji je osnovni cilj da pojedinci budu oslobođeni iz preventivnog pritvora (*Sicherungsverwahrung*), uz težište stavljeno na svođenje na minimum opasnosti za širu javnost, kao i na otklanjanje fizičkih i psiholoških posledica dugoročnog pritvora. Ipak, delegacija je uočila da u je praksi primetno da zaposleni (uključujući tu i socijalnog radnika) retko borave u ovoj jedinici, usled čega su kontakti između zaposlenog osoblja i pritvorenika svedeni na minimum. ...

99. Čak ni za druge pritvorenike koji bar naizgled bolje izlaze na kraj sa svojom situacijom ovo odsustvo angažovanja osoblja u jedinici nije bilo opravdano. To što se pritvorenicima prepušta odgovornost i izvestan stepen nezavisnosti ne znači da zatvorsko osoblje treba da ih prepusti same sebi. Ne može se ignorisati dužnost staranja o pritvorenicima, posebno kada je reč o jednoj ovako posebnoj grupi. Delegacija je stekla snažan utisak da sami zaposleni u zatvoru nemaju jasnu predstavu o tome kako da u svome radu pristupe ovim pritvorenicima. Isto onako kao što postoji potreba da se pritvorenici podstaknu i psihički ojačaju, kako bi bili u stanju da preuzmu kontrolu nad svojim životima u pritvoru, postoji i potreba za trajnom podrškom koja će im se pružati da bi mogli da izađu na kraj sa ovim neograničenim pritvorom, kao i da se uhvate u koštac sa nasleđem teške predašnje istorije delinkventnog ponašanja i evidentnim psihološkim problemima. Psihološka brigada i

podrška su, po svemu sudeći, bili ozbiljno neadekvatni; **CPT preporučuje da se bez odlaganja preduzmu koraci da bi se ovaj nedostatak otklonio.**

100. Teško pitanje o tome kako u praksi primeniti humanu i koherentnu politiku u vezi s postupanjem prema licima koja su stavljena u *Sicherungsverwahrung* treba rešavati hitno i to na najvišem nivou. Rad sa ovom grupom pritvorenika svakako će biti jedan od najtežih izazova sa kojima se suočavaju zaposleni u zatvoru.

Zbog potencijalno neograničenog boravka malog (ali rastućeg) broja ljudi u preventivnom pritvoru (*Sicherungsverwahrung*) potrebno je da postoji izuzetno jasna vizija ciljeva u toj jedinici i načina na koji se ti ciljevi mogu realno ostvariti. Za takav pristup potreban je visok nivo brihe i staranja što podrazumeva tim multidisciplinarnih stručnjaka, intenzivni rad sa pritvorenicima na individualnoj osnovi (kroz neodložno pripremljene individualne planove) u koherentnom okviru za napredovanje ka puštanju na slobodu, što treba da bude realna opcija. Sistem takođe treba da dozvoli mogućnost održavanja porodičnih kontakata, gde god je to primereno.

CPT preporučuje da nemačke vlasti bez odlaganja pristupe analizi pristupa *Sicherungsverwahrung* u zatvoru Tegel i, ako je to pogodno, u drugim objektima u Nemačkoj u kojima su smeštena lica podvrgnuta *Sicherungsverwahrung*, u svetlosti gore navedenih primedaba.”

3. Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija

78. U svojim završnim napomenama usvojenim na zasedanju od 7. do 25. jula 2008. u izveštaju koji je podnela Francuska shodno članu 40 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (CCPR; vidi CCPR/C/FRA/CO/4 od 31. jula 2008), Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija ustanovio je sledeće:

“16. Komitet je zabrinut zbog polaganja prava Države-članice da, shodno Zakonu br 2008/174 (25. februara 2008), stavlja optuženike za krivična dela u civilni preventivni pritvor na rok od godinu dana s mogućnošću produžetka (*réention de sureté*) zbog "opasnosti koju predstavljaju", čak i pošto su izdržali kaznu zatvora na koju su izvorno osuđeni. Iako je Ustavni savet zabranio retroaktivnu primenu ovog zakona, i mada sudija koji izriče kaznu krivičnom optuženiku razmišlja o mogućnosti budućeg civilnog preventivnog pritvora u sklopu izvornog dispozitiva predmeta, ipak, po mišljenju Komiteta, ova praksa može biti problematična po osnovu članova 9, 14 i 15 Pakta.”

PRAVO

I. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 5 KONVENCIJE

79. Podnosilac predstavke se u predstavi požalio da je njegovim kontinuiranim preventivnim pritvorom dužim od roka od 10 godina, što je

bio maksimalni rok za takav pritvor shodno zakonskim odredbama primenjivim u vreme izvršenja njegovog krivičnog dela i presude, bio prekršen član 5 stav 1 Konvencije koji, u svom relevantnom delu, glasi kako sledi:

“Svako ima pravo na slobodu i bezbednost 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; ...

c) u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršilo krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju; ...

e) u slučaju zakonitog lišenja slobode da bi se sprečilo širenje zaraznih bolesti, kao i zakonitog lišenja slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droge ili skitnica; ...”

80. Država je osporila ovo stanovište.

A. Podnesci stranaka

1. Podnosilac predstavke

81. Prema onome što je podnosilac predstavke naveo u svome podnesku, njegov preventivni pritvor nije bio obuhvaćen članom 5 stav 1 (a) Konvencije. Nije postojala dovoljna uzročno-posledična veza između njegovog kontinuiranog pritvora po isteku roka od deset godina pritvora i njegove osude 1986. godine. Kada je Okružni sud u Marburgu 1986. godine doneo rešenje o njegovom preventivnom pritvoru, takav pritvor mogao (JE) trajati najviše deset godina, u skladu sa primenjivim zakonskim odredbama. Ne može se isključiti mogućnost da Okružni sud u Marburgu možda ne bi doneo rešenje o preventivnom pritvoru da je znao da ta mera može ostati na snazi i duže od deset godina. Njegov kontinuirani preventivni pritvor po izdržanom periodu od deset godina s tih razloga se temeljio isključivo na promeni zakona sprovedenoj 1998, kada je ukinuta gornja granica dužine prvog perioda preventivnog pritvora, a ne više na presudi koja je njemu izrečena 1986. godine. Da nije bilo promene zakona, on bi automatski bio pušten na slobodu 2001. godine, i pritom sud koji je nadležan za izvršenje kazne ne bi bio vlastan da naloži produžetak njegovog preventivnog pritvora. S obzirom na apsolutni vremenski rok prvog perioda preventivnog pritvora koji je u vreme kada je njemu izrečena presuda bio zakonom utvrđen, promena zakona kojim se ukida maksimalna dužina trajanja ticala se i pitanja da li preventivni pritvor treba da bude primenjiv, a ne samo aranžmana za njegovo izvršenje, tako da uzročno-posledična veza između

njegovog oglašenja krivim i njegovog preventivnog pritvora više nije postojala posle deset godina pritvora.

82. Sem toga, podnosilac predstavke je zastupao stanovište da njegov pritvor nije bio "zakonit" ni "u skladu sa zakonom propisanim postupkom", kako to nalaže član 5 stav 1. Za razliku od Saveznog ustavnog suda, mnogi pravni teoretičari smatrali su da su preventivni pritvor i ukidanje maksimalne dužine njegovog trajanja od deset godina ako je rešenje o njemu doneto prvi put, neustavni. Maksimalna dužina trajanja prvog perioda preventivnog pritvora utvrđena je zakonom. Kada je on počinio svoje krivično delo, on nije mogao da predvidi da će maksimalna dužina trajanja biti ukinuta i to tako da stupi na snagu odmah u vreme kada se već nalazio u preventivnom pritvoru, niti je mogao da predvidi da se može dogoditi da bude zadržan u preventivnom pritvoru duže od deset godina. Njegovo pravo na zakonito hapšenje nije ni na koji način moglo biti izbalansirano strahovanjem za javnu bezbednost.

2. Država

83. Po mišljenju Države, kontinuirani preventivni pritvor podnosioca predstavke bio je u skladu sa članom 5 stav 1 (a) Konvencije. Preventivni pritvor podnosioca predstavke, po isteku deset godina pritvora dogodio se "posle oglašenja krivim i izricanja presude", jer je još uvek postojala dovoljna uzročno-posledična veza između njegove izvorne presude i lišenja slobode. U svojoj presudi od 17. novembra 1986. Okružni sud u Marburgu je oglasio podnosioca predstavke krivim i osudio ga na pet godina zatvora i naložio njegov preventivni pritvor, bez pozivanja na bilo koju maksimalnu dužinu trajanja. Shodno odredbama Krivičnog zakonika, Okružni sud u Marburgu, bio je dužan da prilikom izricanja kazne odluči da li će naložiti ili neće naložiti preventivnu meru, ali je Okružni sud nadležan za izvršenje kazni bio dužan da donese odluku o izvršenju te mere, posebno u pogledu dužine preventivnog pritvora osuđenog lica. Tako su i sud koji je izrekao kaznu i sud koji je odgovoran za izvršenje kazne učestvovali u "presudi nadležnog suda" za podnosioca predstavke. Po osnovu člana 2 stav 6 Krivičnog zakonika (vidi gore, stav 48) zakonodavac je uvek imao mogućnost da ponovo uvede preventivni pritvor bez određenja maksimalne dužine trajanja i da to odmah stupa na snagu. S obzirom na to, potonje ukidanje maksimalne dužine prvog perioda preventivnog pritvora nije raskinulo uzročno-posledičnu vezu koja postoji između prvobitnog oglašenja podnosioca predstavke krivim 1986. godine i njegovog kontinuiranog preventivnog pritvora.

84. Država je potom tvrdila da je kontinuirani preventivni pritvor podnosioca predstavke bio "zakonit" i "u skladu sa zakonom propisanim postupkom" kako je to propisano članom 5 stav 1. Domaći sudovi su potvrdili usaglašenost daljeg pritvora podnosioca predstavke sa nacionalnim zakonodavstvom. Protivno tvrdnjama koje su iznete u podnesku podnosioca

predstavke, njegov preventivni pritvor nije se zasnivao isključivo na promeni člana 67d Krivičnog zakonika, već je taj pritvor naredio Okružni sud u Marburgu u aprilu 2001, u skladu sa postupkom propisanim Zakonikom o krivičnom postupku. Ovo je isto tako zadovoljavalo test predvidljivosti. Maksimalna dužina perioda preventivnog pritvora nije morala biti predvidljiva u trenutku kada je delo izvršeno, budući da opasnost koju po javnost predstavlja podnosilac predstavke nije nužno prestala po isteku određenog vremenskog perioda. Isto tako, podnosilac predstavke nije mogao legitimno očekivati da maksimalna dužina prvog perioda preventivnog pritvora neće biti ukinuta, ne samo zbog toga što je zaštita društva morala uživati prioritet u odnosu na to očekivanje. Shodno članu 2 stav 6 Krivičnog zakonika, odluke koje se tiču popravno preventivnih mera morale su se donositi na osnovu odredaba koje su bile na snazi u vreme donošenja odluke (i kada je reč o odluci suda koji izriče presudu i kada je reč o odluci sudova odgovornih za izvršenje kazni), a ne na osnovu onih koje su bile primenjive u vreme izvršenja krivičnog dela. Zato je jasno da je zakonodavac mogao u svakom trenutku da ovlasti sudove da nalože preventivni pritvor za bilo koji neograničeni vremenski period. Štaviše, postojali su brojni zahtevi da se ponovo ukine gornja granica za prvi period preventivnog pritvora, koja je uvedena tek 1975. godine.

85. Sem toga, Država je navela da kontinuirani preventivni pritvor ovog podnosioca predstavke nije bio proizvoljno naložen, budući da su sudovi odgovorni za izvršenje kazni naložili preventivni pritvor duži od deset godina samo kao izuzetak od pravila po kome je ta mera onda okončana i na osnovu toga da je njeno produženje moguće samo ako postoji opasnost da će lice o kome je reč počinuti teško krivično delo seksualnog nasilja ili kakve druge nasilne prirode .

B. Ocena Evropskog suda

1. Rekapitulacija relevantnih načela

a. Osnovi za lišenje slobode

86. Član 5 stav 1 podstavovi (a) do (f) sadrže iscrpni spisak dopustivih osnova za lišenje slobode, i nijedno lišenje slobode ne može biti zakonito ako se ne svrstava pod jedan od tih osnova (vidi, *inter alia*, *Guzzardi v. Italy*, 6. novembra 1980, stav 96, Series A no. 39; *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, stav 49, ECHR 2000-III; i *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, stav 43, ECHR 2008-...). Međutim, primenjivost jednog osnova ne mora nužno isključivati mogućnost primene drugog osnova; u zavisnosti od okolnosti, lišenje slobode može biti opravdano jednim podstavom ili više njih (vidi, između ostalih autoriteta, *Eriksen v. Norway*,

27. maja 1997, stav 76, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III; *Erkalo v. the Netherlands*, 2. septembra 1998, stav 50, *Reports* 1998-VI; i *Witold Litwa*, gore navedeno, stav 49).

87. U smislu podstava (a) člana 5 stav 1, reč "presuda", imajući na umu francuski tekst ("condamnation") treba shvatiti kao reč koja istovremeno označava i utvrđivanje krivice pošto je u skladu sa zakonom ustanovljeno da je počinjeno krivično delo (vidi *Guzzardi*, gore navedeno, stav 100), i kao izricanje kazne ili druge mere koja obuhvata lišenje slobode (vidi *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24. jun 1982, stav 35, Series A no. 50).

88. Sem toga, reč "na osnovu" u podstavu (a) ne znači samo da "lišenje slobode" mora nastupiti posle "presude" u vremenskom smislu, nego da, pored toga, "lišenje slobode" mora proisteci iz, uslediti i zavisiti ili se dogoditi na osnovu "presude" (vidi *Van Droogenbroeck*, gore navedeno, stav 35). Ukratko rečeno, mora postojati dovoljna uzročno-posledična veza između osude i lišenja slobode o kome je reč (vidi *Weeks v. the United Kingdom*, 2. marta 1987, stav 42, Series A no. 114; *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, stav 64, ECHR 2002-IV; *Waite v. the United Kingdom*, no. 53236/99, stav 65, 10. decembra 2002; i *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, stav 117, ECHR 2008-...). Međutim, protokom vremena, veza između početne, izvorne presude i daljeg lišenja slobode postepeno gubi na snazi (uporedi *Van Droogenbroeck*, gore navedeno, stav 40, i *Eriksen*, gore navedeno, stav 78). Uzročno-posledična veza koju nalaže podstav (a) može na kraju biti raskinuta ako se dođe u poziciju u kojoj odluka da se lice ne pusti na slobodu ili da se ponovo liši slobode biva doneta na temelju koji nije usaglašen sa ciljevima prvobitne odluke (one koju je doneo sud koji je izrekao presudu) ili na osnovu ocene koja, sa stanovišta tih ciljeva, nije razumna. U takvim okolnostima, lišenje slobode koje je na početku bilo zakonito pretvorilo bi se u lišenje slobode koje je proizvoljno te je, samim tim, u neskladu s članom 5 (uporedi *Van Droogenbroeck*, gore navedeno, stav 40; *Eriksen*, gore navedeno, stav 78; i *Weeks*, gore navedeno, stav 49).

89. Dalje, shodno podstavu (c) člana 5 stav 1, lišenje slobode nekog lica može biti utemeljeno "kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo (njegovu) izvršenje krivičnog dela". Međutim, taj osnov lišenja slobode nije prilagođen politici opšte prevencije koja je usmerena protiv pojedinca ili kategorije pojedinaca koji predstavljaju opasnost zbog svoje kontinuirane sklonosti vršenju krivičnih dela. Taj osnov ne čini ništa više no što visokim stranama ugovornicama daje sredstvo za sprečavanje konkretnog i određenog krivičnog dela (vidi *Guzzardi*, gore navedeno, stav 102; uporedi takođe i *Eriksen*, gore navedeno, stav 86). Ovo se može videti i iz upotrebe jednine ("krivičnog dela") i na osnovu svrhe člana 5, a to je da se obezbedi da niko ne bude na proizvoljan način lišen slobode (vidi *Guzzardi*, *ibid.*).

b. "Zakonito" lišenje slobode "u skladu sa zakonom propisanim postupkom"

90. U sudskoj praksi Evropskog suda jasno je utvrđeno po osnovu podstavova člana 5 stav 1 da svako lišenje slobode mora, pored toga što spada u jedan od izuzetaka predviđenih podstavovima od (a)-(f), da bude "zakonito". Kada je reč o "zakonitosti" lišenja slobode, uključujući pitanje da li je poštovan "zakonom propisani postupak", Konvencija se suštinski poziva na unutrašnje pravo i propisuje obavezu da se poštuju supstancijalna i procesna pravila tog prava (vidi, između mnogih drugih autoriteta *Erkalo*, gore navedeno, stav 52; *Saadi v. the United Kingdom*, gore navedeno, stav 67; i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 116). To prvenstveno nalaže da svako hapšenje ili lišenje slobode ima pravni osnov u unutrašnjem pravu ali se odnosi i na kvalitet zakona, od koga se zahteva da bude u skladu sa vladavinom prava, što je pojam inherentan svim članovima Konvencije (vidi *Stafford*, gore navedeno, stav 63, i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 116). "Kvalitet zakona" u ovom smislu podrazumeva da tamo gde neki nacionalni zakon dozvoljava lišenje slobode on mora biti u dovoljnoj meri dostupan, precizan i predvidljiv u svojoj primeni, kako bi se izbegao svaki rizik proizvoljnosti (vidi *Amuur v. France*, 25. juna 1996, stav 50, *Reports* 1996-III; *Nasrulloev v. Russia*, no. 656/06, stav 71, 11. oktobra 2007; i *Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, stav 76, 9 jula 2009). Na taj način, standard "zakonitosti" ustanovljen Konvencijom nalaže da svi zakoni budu u dovoljnoj meri precizni da dozvole licu - ako je to potrebno, uz odgovarajući savet, da predvidi, u meri koja je u datim okolnostima razumna, posledice koje bi data akcija mogla imati (vidi *Steel and Others v. the United Kingdom*, 23. septembra 1998, stav 54, *Reports* 1998-VII, i *Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, stav 52, ECHR 2000-III).

91. Međutim, nije dovoljno samo poštovanje unutrašnjeg prava: član 5 stav 1 zahteva, pored toga, da svako lišenje slobode bude u skladu sa svrhom zaštite pojedinca od proizvoljnosti (vidi, između mnogih drugih autoriteta, *Winterwerp v. the Netherlands*, 24. oktobra 1979, stav 37, Series A no. 33; *Saadi v. the United Kingdom*, gore navedeno, stav 67; i *Mooren*, gore navedeno, stav 72).

2. Primena tih načela na ovaj predmet

92. Sud je pozvan da utvrdi da li je podnosilac predstavke, tokom preventivnog pritvora koji je trajao duže od deset godina, bio lišen slobode u skladu sa jednim od podstavova od (a) do (f) člana 5 stav 1. Sud će prvo ispitati da li prvobitno stavljanje podnosioca predstavke u preventivni pritvor, samo po sebi, spada pod neki od dopustivih osnova za lišenje slobode nabrojanih u članu 5 stav 1. Ako to nije slučaj, onda nema potrebe da se odgovara na konkretnije pitanje da li je ukidanje gornje granice od deset godina dužine trajanja za prvi period preventivnog pritvora uticalo na

kompatibilnost kontinuiranog pritvora podnosioca predstavke sa članom 5 stav 1 po isteku tog perioda.

93. Država je u svome podnesku navela da je preventivni pritvor podnosioca predstavke bio opravdan po osnovu podstava (a) člana 5 stav 1. Zaista je istina da je Komisija u više navrata ustanovila da je preventivni pritvor koji naloži sud koji izriče presudu pored kazne zatvora ili umesto kazne zatvora, u načelu, opravdan kao "lišenje slobode lica na osnovu presude nadležnog suda" u smislu člana 5 stav 1 (a) Konvencije (što se tiče preventivnog pritvora shodno članu 66 nemačkog Krivičnog zakonika, vidi *X. v. Germany*, no. 4324/69, odluka Komisije od 4. februara 1971, i *Dax v. Germany*, no. 19969/92, odluka Komisije od 7. jula 1992. sa daljim pozivanjima; što se tiče stavljanja "na raspolaganje državi" u Holandiji, što je slična mera koja se odnosi na lica sa izvesnim mentalnim poremećajima, vidi *X. v. the Netherlands*, no. 6591/74, odluka Komisije od 26. maja 1975, Decisions and Reports (DR) 3, p. 90; što se tiče preventivnog pritvora u Norveškoj, još jedne slične mere koja sa primenjuje na lica umanjene uračunljivosti, vidi *X. v. Norway*, no. 4210/69, odluka Komisije od 24. jula 1970, Collection 35, pp. 1 et seq. uz dalje reference; i, što se tiče pritvora u specijalnom pritvorskom centru za lica sa izvesnim mentalnim poremećajima u Danskoj, vidi *X. v. Denmark*, no. 2518/65, odluka Komisije od 14. decembra 1965, Collection 18, pp. 4 et seq.).

94. Sam sud je, na primer, potvrdio da belgijski sistem stavljanja recidivista i habitualnih delinkvenata na raspolaganje državi, koji se određuje pored kazne zatvora, predstavlja lišenje slobode "na osnovu presude nadležnog suda" u smislu člana 5 stav 1 (a) (vidi *Van Droogenbroeck*, gore navedeno, stavovi 33-42). Slično tome, Sud je stao na stanovište da norveški sistem preventivnog pritvora koji se uvodi kao mera bezbednosti za lica sa nedovoljno razvijenim ili umanjnim umnim sposobnostima u načelu potpada pod član 5 stav 1 (a) (vidi *Eriksen*, gore navedeno, stav 78).

95. Sud ponavlja da "presuda" iz podstava (a) člana 5 stav 1 označava utvrđivanje krivice za počinjeno krivično delo i izricanje kazne ili druge mere koja podrazumeva lišenje slobode (vidi gore, stav 87). Sud primećuje da je preventivni pritvor za podnosioca predstavke određen presudom Okružnog suda u Marburgu 17. novembra 1986. godine (to je sud koji je izrekao kaznu) koji ga je oglasio krivim za, *inter alia*, pokušaj ubistva (vidi gore, stav 12). Od avgusta 1991. podnosilac predstavke se, pošto je odslužio kaznu zatvora, nalazi u preventivnom pritvoru budući da su sudovi koji su odgovorni za izvršenje kazni odbili da uslovno suspenduju rešenje o preventivnom pritvoru (vidi stavove 13 et seq.).

96. Sud je uveren da je prvobitni preventivni pritvor podnosioca predstavke proistekao iz "presude" koju mu je izrekao sud koji je izricao kaznu 1986. godine. Taj sud ga je oglasio krivim za pokušaj ubistva i odredio mu je preventivni pritvor, što je kazna ili druga mera koja

podrazumeva lišenje slobode. Evropski sud primećuje da, po mišljenju Države, preventivni pritvor nije fiksno vezan za ličnu krivicu počinioca, već za opasnost koju on predstavlja za javnost (vidi dole, stav 113). Evropski sud smatra da shodno članu 66 stav 1 Krivičnog zakonika, rešenje o preventivnom pritvoru ipak uvek zavisi od toga da li je neki sud ustanovio da je lice o kome je reč krivo za izvršenje krivičnog dela i izriče se zajedno s tim zaključkom (presudom) suda (vidi gore, stavovi 49-50). Zato je stavljanje podnosioca predstavke u preventivni pritvor u početku bilo pokriveno podstavom (a) člana 5 stav 1. Sud, međutim, želi da doda, da, protivno onome što je navela Država u svome podnesku, odluke sudova odgovornih za izvršenje kazni da zadrže podnosioca predstavke u pritvoru ne ispunjavaju zahtev za postojanje "presude" u smislu člana 5 stav 1 (a) budući da se u njima više ne radi o utvrđivanju krivice za izvršenje krivičnog dela.

97. Kako bi ustanovio da li je preventivni pritvor podnosioca predstavke duži od deset godina opravdan sa stanovišta člana 5 stav 1 (a), Sud treba da ispita da li se taj pritvor ipak dogodio "na osnovu presude", drugačije rečeno, da li još uvek postoji dovoljna uzročno-posledična veza između proglašenja podnosioca predstavke krivim od strane suda koji je izrekao presudu 1986. godine i njegovog daljeg lišenja slobode posle 8. septembra 2001.

98. Sud primećuje da je, kako navodi Država, sud koji je izrekao presudu odredio podnosiocu preventivni pritvor ne pozivajući se ni na kakav vremenski rok i da je zbog toga trebalo da sudovi koji su odgovorni za izvršenje kazni odrede dužinu trajanja preventivnog pritvora podnosioca predstavke. Budući da je član 2 stav 6 Krivičnog zakonika dopuštao ukidanje maksimalne visine prvog perioda preventivnog pritvora koje bi odmah stupilo na snagu, sudovi koji su odgovorni za izvršenje kazni bili su vlasni da odrede kontinuirani preventivni pritvor podnosiocu predstavke i posle roka od deset godina, na osnovu promene zakona izvršene 1998. Država je tvrdila da, s tih razloga, izmena i dopuna člana 67d Krivičnog zakonika nije raskinula uzročno-posledičnu vezu između osuđujuće presude podnosioca predstavke i njegovog kontinuiranog pritvora.

99. Sud nije uveren u ispravnost tog argumenta. Tačno je da je sud koji je izričao presudu odredio preventivni pritvor podnosiocu predstavke 1986. godine, ne navodeći rok trajanja tog pritvora. Međutim, sudovi koji izriču presude nikada ne određuju dužinu trajanja, na osnovu primenjivih odredaba krivičnog zakonika (članovi 66 i 67c-e Krivičnog zakonika, vidi stavove 49 et seq. gore); kao što je sama Država navela u svom podnesku, sudovi koji izriču presude imaju nadležnost samo da odrede treba li ili ne treba da donesu rešenje o preventivnom pritvoru kao takvom u odnosu na počinioca. Sudovi odgovorni za izvršenje kazni potom su pozvani da odluče o detaljnim aranžmanima izvršenja rešenja, uključujući i tačnu dužinu trajanja preventivnog pritvora počinioca. Međutim, sudovi odgovorni za izvršenje

kazni kompetentni su samo da utvrde dužinu trajanja preventivnog pritvora podnosioca predstavke u okviru koji je ustanovljen rešenjem suda koji je izrekao presudu, sagledanim u svetlosti zakona koji je bio na snazi u predmetnom vremenu.

100. Evropski sud primećuje da je rešenje o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke sud koji je izrekao presudu doneo 1986. godine. U to vreme je takvo sudsko rešenje, protumačeno u vezi sa članom 67d stav 1 Krivičnog zakonika u verziji koja je tada bila na snazi (vidi gore, stav 52), značilo da je podnosilac predstavke, protiv koga je prvi put doneto rešenje o preventivnom pritvoru, mogao da bude držan u preventivnom pritvoru najduže deset godina. S tih razloga, da nije bilo izmene i dopune člana 67d Krivičnog zakonika 1998. (vidi gore stav 53), koji je proglašen primenjivim i na rešenja o preventivnom pritvoru koja su doneta - kao što je slučaj sa rešenjem protiv ovog podnosioca predstavke - pre stupanja na snagu te izmenjene i dopunjene odredbe (član 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik; vidi gore, stav 54), podnosilac predstavke bi bio pušten na slobodu onda kada je isteklo deset godina preventivnog pritvora, bez obzira na to da li je još uvek smatran opasnim za javnost. Da nije bilo te promene Zakona, sudovi odgovorni za izvršenje kazni ne bi imali nadležnost da produže trajanje preventivnog pritvora ovog podnosioca predstavke. S tih razloga, Sud zaključuje da nije postojala dovoljna uzročno-posledična veza između presude koju je podnosiocu predstavke izrekao sud zadužen za izricanje presude 1986. godine i njegovog kontinuiranog lišenja slobode po isteknu perioda od deset godina u preventivnom pritvoru, što je omogućeno tek potonjom promenom zakona 1998.

101. Sud smatra da se u tom smislu ovaj predmet mora razlikovati od predmeta *Kafkaris* (gore navedenog). U predmetu *Kafkaris* Sud je ustanovio da je postojala dovoljna uzročno-posledična veza između presude podnosiocu predstavke i njegovog daljeg lišenja slobode i posle 20 godina provedenih u zatvoru. Ovo dalje lišenje slobode g. Kafkarisa po isteknu roka od 20 godina bilo je u skladu sa presudom suda koji je izrekao presudu, i koji je g. Kafkarisa osudio na doživotni zatvor, izričito navodeći da je podnosilac predstavke osuđen na kaznu zatvora do kraja svog životnog veka onako kako je to predviđeno Krivičnim zakonikom, a ne na rok od 20 godina kako je to navedeno u Zatvorskim propisima, podzakonskom aktu koji je bio na snazi u to vreme (ibid., stavovi 118-21). Nasuprot tome, preventivni pritvor podnosioca predstavke u ovom predmetu u trajanju dužem od roka od deset godina nije bio određen u presudi suda koji je presudu izrekao a koja je pročitana u vezi sa odredbama Krivičnog zakonika koji je važio u vreme donošenja te presude.

102. Sud će dalje ispitati da li je preventivni pritvor podnosioca predstavke u dužini većoj od roka od deset godina bio opravdan po bilo kom osnovu člana 5 stav 1. S tim u vezi, Sud primećuje da se domaći sudovi nisu bavili ovim pitanjem zato što to od njih nije bilo traženo po odredbama

Osnovnog zakona Nemačke. Evropski sud smatra da podstavovi (b), (d) i (f) očigledno nisu relevantni. Na osnovu podstava (c) člana 5 stav 1, druga alternativa, pritvor nekog lica može biti opravdan “kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo (njegovo) izvršenje krivičnog dela”. U ovom slučaju nastavak lišenja slobode podnosioca predstavke opravdali su sudovi zaduženi za izvršenje kazni pozivajući se na opasnost da bi podnosilac predstavke mogao da počini nova teška krivična dela - slična onima za koja je ranije već bio osuđen - ako bi bio pušten na slobodu (vidi gore, stavovi 18 i 23). Ta potencijalna nova krivična dela nisu, međutim, dovoljno konkretna i specifična, kako to zahteva sudska praksa Evropskog suda (vidi, pre svega, gore navedeni predmet, *Guzzardi*, stav 102), posebno u pogledu mesta i vremena njihovog izvršenja, kao i njihovih žrtava, te stoga ne spadaju u polje dejstva člana 5 stav 1 (c). Ovaj zaključak je potvrđen i tumačenjem stava 1 (c) u svetlosti člana 5 u celini. Shodno stavu 3 člana 5, svako ko je lišen slobode u skladu s odredbama stava 1 (c) tog člana mora biti bez odlaganja izveden pred sudiju i sudiće mu se u razumnom roku ili će biti pušten na slobodu do suđenja. Međutim, lica koja se drže u preventivnom pritvoru ne izvode se bez odlaganja pred sudiju i ne sudi im se za potencijalna buduća krivična dela. Sud s tim u vezi primećuje da kriminološko iskustvo pokazuje kako često postoji rizik od izvršenja krivičnih dela u povratu kod počinioca krivičnog dela koji je već u više navrata osuđen, bez obzira na to da li je on, odnosno ona, osuđen na preventivni pritvor (vidi isto tako stav 203 izveštaja komesara za ljudska prava Saveta Evrope koji nosi datum 11. jul 2007, gore, stav 76).

103. Sud je dalje razmotrio da li je podnosilac predstavke mogao da bude držan u preventivnom pritvoru i posle septembra 2001. po osnovu podstava (e) člana 5 stav 1 kao “duševno poremećeno lice”. Iako on ne isključuje mogućnost da preventivni pritvor nekih počinitelaca može zadovoljiti uslove koje ta odredba postavlja za pritvor, Sud ipak primećuje da, shodno odluci Apelacionog suda u Frankfurtu na Majni u ovom predmetu, podnosilac predstavke više nije imao težak mentalni poremećaj (vidi gore, stav 22). U svakom slučaju, domaći sudovi nisu temeljili svoje odluke o daljem pritvoru podnosioca predstavke na tom osnovu da je on lice poremećenog uma. S tih razloga, njegov pritvor se ne može opravdati ni po osnovu člana 5 stav 1 (e).

104. Sud dalje primećuje da ova predstavka pokreće pitanje u smislu zakonitosti pritvora podnosioca predstavke. On još jednom naglašava da nacionalni zakon mora biti određenog kvaliteta i da, pre svega, mora biti predvidljiv u svojoj primeni, kako bi se izbegle sve opasnosti od proizvoljnosti (vidi gore, stav 90). Sud ozbiljno sumnja da je podnosilac predstavke, u relevantno vreme, mogao da predvidi u meri u kojoj je to bilo razumno u datim okolnostima da bi njegovo krivično delo moglo imati za posledicu preventivni pritvor na neograničeni vremenski rok. Sud pre svega sumnja u to da je on mogao da predvidi da će primenjive zakonske odredbe biti izmenjene pošto je on počinio krivično delo, i to tako da te izmene

stupaju na snagu odmah. Međutim, s obzirom na gore navedeni zaključak o tome da preventivni pritvor podnosioca predstavke duži od roka od deset godina nije bio opravdan ni po jednom podstavu člana 5 stav 1, nema potrebe da se odlučuje o ovom pitanju.

105. Sa svih tih razloga, ovde je došlo do kršenja člana 5 stav 1 Konvencije.

II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 7 KONVENCIJE

106. Podnosilac predstavke se još požalio da je retroaktivnim produžetkom njegovog preventivnog pritvora sa maksimalnog perioda od deset godina na neograničeni vremenski rok bilo prekršeno njegovo pravo da mu ne bude nametnuta teža kazna od one koja je bila primenjiva u trenutku izvršenja krivičnog dela. On se pozvao na član 7 stav 1 Konvencije koji glasi kako sledi:

“1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično delo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vreme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivično delo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vreme kada je krivično delo izvršeno.”

107. Država je osporila ovu tvrdnju.

A. Podnesci stranaka

1. Podnosilac predstavket

108. U podnesku podnosioca predstavke navodi se da je njemu retroaktivno nametnuta stroža kazna, što je protivno drugoj rečenici člana 7 stav 1 Konvencije, tako što je doneto rešenje o njegovom kontinuiranom preventivnom pritvoru nakon što je u preventivnom pritvoru proveo već deset godina. Preventivni pritvor predstavlja “kaznu” u smislu navedenog člana. Podnosilac predstavke je tvrdio da stav domaćih sudova o tome da, otkako je uveden u nemačko krivično pravo, preventivni pritvor nije bio smatran “kaznom” te je s tih razloga mogao biti retroaktivno primenjen, treba da dobije manju težinu u svetlosti činjenice da je preventivni pritvor bio uveden Zakonom o recidivistima od 24. novembra 1933, to jest, u vreme nacističkog režima. Shodno članu 129 Zakona o izvršenju kazni (vidi gore, stav 64), sankcija o kojoj je reč, a koja je izrečena posle počinjenog krivičnog dela i koju su izvršili krivični sudovi, imala je istovetnu svrhu kao i izvršenje kazne zatvora (vidi član 2 Zakona o izvršenju kazni, stav 63, gore) to jest, i jedna i druga su imale za cilj zaštitu javnosti od pritvorenika (prevencija) i pomaganje pritvoreniku da se prilagodi životu van zatvora (reintegracija u društvo).

109. Po mišljenju podnosioca predstavke, preventivni pritvor je takođe predstavljao kaznu već sam po svojoj prirodi. Ovo je ilustrovano činjenicom da su tu meru izrekli krivični sudovi u vezi sa izvršenim krivičnim delom kao i da su pravila po kojima se ta kazna upravlja sadržana u Zakonu o izvršenju "kazni". Preventivni pritvor se odnosio na krivicu počinioca predstavke, ne samo zbog toga što on može da bude određen tek pošto su prethodno počinjena izvesna krivična dela, i ne može da bude određen protiv lica koje je postupalo bez krivične odgovornosti.

110. Podnosilac predstavke je dalje naglasio da u Nemačkoj ne postoje specijalni objekti za lica u preventivnom pritvoru. Lica koja se drže u preventivnom pritvoru u običnim zatvorima dobila su izvesne manje povlastice u poređenju sa licima koja se nalaze na odsluženju kazne u istim zatvorima (vidi članove 131-135 Zakona o izvršenju kazni; stavovi 64-65 gore), kao što je pravo na nošenje vlastite odeće. Međutim, čak i ako se primenjuju u praksi, te povlastice ne menjaju činjenicu da se izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru ne razlikuje bitno od izvršenja kazne zatvora. Kao lice koje se nalazi u preventivnom pritvoru, podnosilac predstavke je, u suštini, dobio čak i manje ublažavanje uslova svoje kazne nego što je to slučaj sa običnim zatvorenicima. Sem toga, nisu preduzete nikakve posebne mere, pored onih koje se preduzimaju kada je reč o običnim zatvorenicima, kako bi se licima koja se nalaze u preventivnom pritvoru pomoglo da se pripreme za odgovorni život van zatvora. Uslovi u kojima podnosilac predstavke boravi u preventivnom pritvoru u zatvoru Švalmštad (Schwalmstadt) ne razlikuju se od onih sa kojima se suočavao kada se tu nalazio na izdržavanju glavnog dela svoje kazne. Radi isto onako kao što je radio kada je bio na odsluženju kazne zatvora i, sem povremenih kratkih perioda odsustva uz pratnju, ne preduzimaju se nikakvi naponi da bi se on pripremio za život van zatvora, niti mu je na raspolaganju bilo kakva terapija.

Ako bi se pogledala realnost situacije u kojoj se nalaze pritvorenici, a ne formulacija sadržana u Krivičnom zakoniku, videlo bi se da nema suštinske razlike između izvršenja kazne zatvora i rešenja o preventivnom pritvoru.

111. Sem toga, strogost mere neograničenog preventivnog pritvora, koja je izvršena posle njegove kazne zatvora od svega pet godina i kao dodatak na tu kaznu, ilustrovana je i činjenicom da je to dovelo do toga da je podnosilac predstavke bio lišen slobode - samo na osnovu rešenja o preventivnom pritvoru - otprilike već 18 godina. On je tvrdio da je, usled toga, lišen slobode znatno duže vreme nego što je rok koji obično služe osuđeni počinioci krivičnih dela koji su, za razliku od njega, stvarno nekoga ubili i kojima je naloženo da odsluže samo kaznu zatvora, bez ikakvog dodatnog rešenja o preventivnom pritvoru. S obzirom na činjenicu da je on lišen slobode već više od 22 godine posle presude 1986, činjenica da su se dogodila samo dva incidenta, i to mnogo godina ranije u zatvoru sa

pojačanim merama bezbednosti, dokazuje da je on naučio da kontroliše svoja osećanja i da njegov dalji boravak u zatvoru nije opravdan.

112. Podnosilac predstavke je naveo da je stoga retroaktivnim produženjem njegovog preventivnog pritvora, što je kazna koja je bila zakonom jasno određena kao kazna koja ima maksimalni rok trajanja od deset godina u vreme kada je on počinio krivično delo, prekršeno načelo da se može izreći samo ona kazna koja je predviđena zakonom (*nulla poena sine lege*), koje je otelotvoreno u članu 7.

2. Država

113. Po mišljenju Države, preventivni pritvor podnosioca predstavke u trajanju koje premašuje deset godina ne predstavlja kršenje zabrane retroaktivnog povećanja kazne po članu 7 stav 1, zato što preventivni pritvor nije "kazna" u smislu te odredbe Konvencije. Nemačko krivično pravo ima dvojni sistem sankcija u kome se pravi vrlo stroga distinkcija između kazni i onoga što su preventivne i korektivne mere, kao što je preventivni pritvor. Kazne su punitivne po svojoj prirodi i određuju se imajući na umu ličnu krivicu počinioca krivičnog dela. Popravne i preventivne mere, s druge strane, imaju preventivnu prirodu i određuju se zbog opasnosti koju počinilac predstavlja, nezavisno od svoje krivice. Ovaj dvojni sistem, koji je uveden 1933. godine, vrednovan je i potvrđen od demokratski izabranog zakonodavstva u nekoliko navrata od kraja Drugog svetskog rata. Preventivni pritvor predstavlja meru kojoj se pribegava na kraju, kad više ništa drugo nije na raspolaganju, a koja ima za cilj jedino sprečavanje opasnosti koju za javnost predstavljaju najopasniji počiniooci, što se vidi i iz restriktivnih uslova propisanih u Krivičnom zakoniku kada je reč o rešenjima za preventivni pritvor i o produžetku odnosno nastavljanju preventivnog pritvora (vidi gore, stavove 47 i 49-56) kao što se vidi i na osnovu njihove restriktivne primene od strane domaćih sudova. Za razliku od kazne, preventivni pritvor može biti uslovno suspendovan u svakom trenutku, pod uslovom da se može očekivati da počinilac više ne počinii teška krivična dela (kad se nađe) van zatvora. Kao što je Savezni ustavni sud potvrdio u svojoj presudi u ovom slučaju, s tih razloga preventivni pritvor ne predstavlja kaznu na koju se primenjuje zabrana retroaktivnog kažnjavanja.

114. Po mišljenju Države, izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru bitno se razlikuje od izvršenja zatvorskih kazni, kako u pogledu zakonodavnih odredaba (vidi, pre svega, članove 129-135 Zakona o izvršenju kazni; stavovi 64-65, gore) tako i u pogledu prakse. Tačno je da u nemačkim *Länder* nema zasebnih objekata za preventivni pritvor iz ekonomskih razloga i s obzirom na široki spektar potrebnih objekata. Formiranje jednog centralnog objekta u Nemačkoj za sva lica koja se nalaze u preventivnom pritvoru učinilo bi da posete njihovih rođaka ili ljudi koji pomažu socijalnoj reintegraciji pritvorenika, koje su i jedne i druge

poželjne, budu onemogućene. Lica koja se nalaze u preventivnom pritvoru s tih razloga se drže u zasebnim krilima zatvora. Međutim, u poređenju sa običnim zatvorenicima, lica koja se nalaze u preventivnom pritvoru imaju izvestan broj povlastica: za razliku od onih prvih, oni imaju pravo da nose vlastitu odeću i da primaju duže posete, u trajanju od najmanje dva sata mesečno. Oni takođe imaju veći džeparac i pravo da dobijaju više paketa nego što je to slučaj sa običnim zatvorenicima. Sem toga, ako žele, oni mogu da borave u jednokrevetnim ćelijama koje nisu zaključane tokom dana, i koje mogu sami po svom nahodjenju da opreme i urede. Što se tiče konkretnog preventivnog pritvora ovog podnosioca predstavke, Država je naglasila da on više ne dobija nikakvu terapiju budući da je psiholog koji je konsultovan smatrao da je njegovo lečenje završeno. Podnosilac predstavke je gotovo svakog dana na sopstvenu inicijativu vodio razgovore sa socijalnim radnikom i zaduženim psihologom i učestvovao je u jednoj diskusionalnoj grupi koja se sastajala svakih 14 dana. U skladu sa preporukom psihijatrijskog veštaka, podnosilac predstavke je uživao povlasticu mera za ublažavanje uslova njegovog preventivnog pritvora, kao što su kraći periodi odsustva uz pratnju (vidi gore, stavove 43-44).

115. Težina i dužina trajanja preventivnog pritvora, same po sebi, nisu dovoljne da se on klasifikuje kao "kazna u smislu člana 7 stav 1. Kao što su ustanovili nadležni sudovi, podnosilac predstavke je i dalje opasan za javnost, bez obzira na to da li je u zatvoru počinio ikakvo krivično delo i kakve je vrste ono bilo. Država je sem toga tvrdila da, shodno presudi Evropskog suda u predmetu *Kafkaris* (gore navedeno, stavovi 151-52) potonje promene, koje ne utiču na kaznu izrečenu u prvobitnoj, izvornoj presudi, već samo na dužinu izvršenja te kazne, ne predstavljaju kršenje člana 7 stav 1. To još više važi u predmetu kao što je ovaj, u kome je prvobitnom presudom određena preventivna mera (za razliku od kazne), upravo preventivni pritvor, a da za njega nije navedena gornja granica dužine trajanja.

116. Država je naglasila da dvojni sistem kazni i popravno preventivnih mera omogućuje da se ograniče kazne za sve počinioce na ono što je strogo neophodno u vidu kompenzacije za krivicu počinioce. Kako se može videti iz kaznene statistike koju je objavio Savet Evrope (vidi gore, stav 68), Nemačka zahvaljujući tome ima malu stopu zatvorskih kazni i njeni sudovi izriču kraće kazne zatvora u poređenju sa drugim zemljama-članicama Saveta Evrope. To dokazuje da je dvojni sistem imao za posledicu restriktivnu i odgovornu kaznenu praksu. Međutim, načelo koje je otelotvoreno u Osnovnom zakonu, a po kome kazna ne može premašiti krivicu nekog lica, sprečava nemačke krivične sudove da izriču duže kazne zatvora umesto da odrede preventivni pritvor kao sredstvo koje služi preventivnoj svrsi zaštite društva. Druge visoke strane ugovornice Konvencije, pre svega Austrija, Danska, Italija, Lihtenštajn, San Marino, Slovačka i Švajcarska, takođe primenjuju sisteme preventivnog pritvora.

B. Ocena Evropskog suda

1. Rekapitulacija relevantnih načela

117. Jemstvo koje je otelotvoreno u članu 7, i koje predstavlja suštinski element vladavine prava, zauzima važno mesto u sistemu zaštite po Konvenciji, što je naglašeno i činjenicom da ni u vreme rata, niti u doba kakve druge javne opasnosti nije dopušteno odstupanje od ovog člana po članu 15 Konvencije. On se mora tumačiti i primenjivati, što sledi iz njegovog cilja i svrhe, na takav način da pruži delotvorna jemstva od proizvoljnog gonjenja, osuđivanja i kažnjavanja (vidi *S.W. v. the United Kingdom*, 22. novembra 1995, stav 34, Series A no. 335-B; *C.R. v. the United Kingdom*, 22. novembra 1995, stav 32, Series A no. 335-C; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, stav 50, ECHR 2001-II; i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 137).

118. Član 7 otelotvoruje, *inter alia*, načelo po kome samo zakon može definisati krivično delo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dok posebno zabranjuje retroaktivnu primenu Krivičnog prava na štetu optuženog (vidi *Kokkinakis v. Greece*, 25. maja 1993, stav 52, Series A no. 260-A) ili proširenje obima postojećih krivičnih dela na dela koja ranije nisu predstavljala krivična dela, on isto tako propisuje načelo po kome krivično pravo ne može biti ekstenzivno tumačeno na štetu optuženog, na primer, analogijom (vidi *Uttley v. the United Kingdom* (dec.), no. 36946/03, 29. novembra 2005, i *Achour v. France* [GC], no. 67335/01, stav 41, ECHR 2006-IV).

119. Kada govori o “zakonu” član 7 aludira na isti onaj pojam na koji se ukazuje drugde u Konvenciji kada se koristi taj izraz, pojam koji podrazumeva kvalitativne zahteve, uključujući tu i zahtev dostupnosti i predvidljivosti (vidi *Cantoni v. France*, 15. novembra 1996, stav 29, *Reports* 1996-V; *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, stav 145, ECHR 2000-VII; i *Achour*, gore navedeno, stav 42). Ti kvalitativni zahtevi moraju biti ispunjeni i kada je reč o definiciji krivičnog dela i kada je reč o kazni zaprečenoj za dotično krivično delo (vidi *Achour*, gore navedeno, stav 41, i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 140). Pojedinaac mora znati na osnovu formulacije relevantne odredbe i, ako treba, uz pomoć sudskog tumačenja te odredbe, koje će ga činjenje i nečinjenje učiniti krivično odgovornim i kakva će mu kazna biti izrečena za učinjeno i/ili neučinjeno delo (uporedi *Cantoni*, gore navedeno, stav 29; *Uttley*, gore navedeno; i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 140).

120. Pojam “kazne” u članu 7 autonoman je po svom obimu. Da bi zaštita koju pruža član 7 bila delotvorna, Sud mora sačuvati slobodu da ode i korak dalje od spoljnog utiska i da sam proceni da li je određena mera u suštini isto što i “kazna” u smislu ove odredbe (vidi *Welch v. the United Kingdom*, 9. februara 1995, stav 27, Series A no. 307-A; *Jamil v. France*, 8.

juna 1995, stav 30, Series A no. 317-B; i *Uttley*, gore navedeno). Formulacija stava 1 člana 7, druga rečenica, ukazuje na to da je polazište za svaku procenu postojanja kazne odgovor na pitanje da li je mera o kojoj je reč izrečena posle presude za “krivično delo”. Drugi relevantni činiooci jesu karakterizacija mere u unutrašnjem pravu, njena priroda i svrha, postupci koji se preduzimaju da bi ona bila doneta i primenjena, kao i njena težina (vidi *Welch*, gore navedeno, stav 28; *Jamil*, gore navedeno, stav 31; *Adamson v. the United Kingdom* (dec.), no. 42293/98, 26. januara 1999; *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV; i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 142). Težina mere nije, međutim, sama po sebi odlučujuća, budući da, na primer, mnoge nekaznene mere preventivne prirode mogu suštinski uticati na lice o kome je reč (vidi *Welch*, gore navedeno, stav 32; uporedi takođe *Van der Velden*, gore navedeno).

121. I Komisija i Sud su u svojoj sudskoj praksi napravili jasnu distinkciju između mere koja u suštini predstavlja “kaznu”, i mere koja se odnosi na “izvršenje” ili “sprovođenje” “kazne”. Posledica je to što tamo gde se priroda i svrha mere odnose na remisiju kazne ili promenu režima za privremeno puštanje na slobodu, to ne predstavlja deo “kazne” u smislu člana 7 (vidi, *inter alia*, *Hogben v. the United Kingdom*, no. 11653/85, odluka Komsije od 3. marta 1986, DR 46, str. 231; *Grava v. Italy*, no. 43522/98, stav 51, 10. jula 2003; i *Kafkaris*, gore navedeno, stav 142). Međutim, u praksi, razlika između tih dveju stvari ne mora uvek biti tako jasno povučena (vidi *Kafkaris*, *ibid.*, i *Monne v. France* (dec.), no. 39420/06, 1. aprila 2008).

2. *Primena tih načela na ovaj predmet*

122. Stoga će Sud ispitati, u svetlosti navedenih načela, da li je produžetkom preventivnog pritvora podnosioca predstavke sa maksimalnih deset godina na neograničeni rok prekršena zabrana retroaktivne kazne po osnovu člana 7 stav 1, druga rečenica.

123. Sud primećuje da je u vreme kada je podnosilac predstavke počinio pokušaj ubistva 1985. godine, sud koji izriče presude doneo prvo rešenje o preventivnom pritvoru što je, pročitano u vezi sa članom 67d stav 1 Krivičnog zakonika u verziji koja je u to vreme bila na snazi značilo da podnosilac predstavke može biti zadržan u preventivnom pritvoru najduže deset godina (vidi takođe stavove 99-100, gore). Na osnovu potonje izmene i dopune člana 67d Krivičnog zakonika iz 1998, pročitane zajedno sa članom 1a(3) Uvodnog zakona za Krivični zakonik kojim je ukinuta ta gornja granica dužine trajanja i to tako da je promena stupila na snagu odmah, sudovi odgovorni za izvršenje kazni su tada, 2001, odredili, nastavak preventivnog pritvora podnosioca predstavke i po isteku roka od deset godina. Na taj način je preventivni pritvor podnosioca predstavke prolongiran s retroaktivnim dejstvom, po zakonu koji je usvojen pošto je

podnosilac predstavke počinio svoje krivično delo - i u vreme kada je već odslužio više od šest godina u preventivnom pritvoru.

124. Stoga Sud, imajući u vidu kriterijume uspostavljene svojom sudskom praksom, treba da utvrdi da li preventivni pritvor ovog podnosioca predstavke predstavlja “kaznu” u smislu druge rečenice člana 7 stav 1. Sud na samom početku primećuje da je rešenje o preventivnom pritvoru podnosioca predstavke doneo Okružni sud u Marburgu 1986, pošto je on već osuđen za “krivično delo” to jest za pokušaj ubistva i pljačke. Zaista, shodno članu 66 stav 1 Krivičnog zakonika, preventivni pritvor može biti naložen samo protiv nekoga ko je, između ostalih zahteva, osuđen za krivično delo s namerom počinjenja na najmanje dve godine zatvora (vidi gore, stavovi 49-50).

125. Kada je reč o karakterizaciji preventivnog pritvora po unutrašnjem pravu, Sud primećuje da se u Nemačkoj takva mera ne smatra kaznom na koju se primenjuje apsolutna zabrana retroaktivnosti. Zaključci sudova odgovornih za izvršenje kazni u tom smislu u ovom predmetu potvrđeni su u temeljito obrazloženoj precedentnoj presudi Saveznog ustavnog suda (vidi gore, stavovi 27-40). Prema odredbama nemačkog Krivičnog zakonika, preventivni pritvor se kvalifikuje kao popravna i preventivna mera. Takve mere su oduvek shvatane kao mere koje se razlikuju od kazni, u skladu sa davnašnjim dvojnim sistemom sankcija u nemačkom krivičnom pravu. Za razliku od kazni, za njih se smatra da nemaju za cilj kažnjavanje kriminalca zbog njegove krivice, već da su po svojoj prirodi čisto preventivne, jer teže zaštiti javnosti od opasnog počinioca. Ovaj jasni zaključak se, po mišljenju Suda, ne dovodi u pitanje činjenicom da je preventivni pritvor prvi put uveden u nemačko krivično pravo, kako je to istakao podnosilac predstavke, Zakonom o recidivistima od 24. novembra 1933, to jest u vreme nacističkog režima. Kao što je Komisija ustanovila još davne 1971. (vidi *X. v. Germany*, gore navedeno), odredbe o preventivnom pritvoru potvrdilo je nemačko zakonodavstvo - u nekoliko navrata - posle 1945.

126. Međutim, kako je gore već naglašeno (u stavu 120), pojam “kazne” u članu 7 autonoman je po svom obimu tako da je stoga Sud taj koji odlučuje da li određena mera treba da bude kvalifikovana kao kazna, i pritom nije vezan kvalifikacijom te mere po unutrašnjem pravu. S tim u vezi, Sud primećuje da jedan isti tip mere može da bude i jeste bio kvalifikovan kao kazna u jednoj državi a istovremeno je kvalifikovan kao preventivna mera na koju se ne primenjuje načelo *nulla poena sine lege* u drugoj državi. Tako je, na primer, “stavljanje državi na raspolaganje” recidivista i višekratnih počinilaca u Belgiji, što je u mnogim aspektima slično preventivnom pritvoru po nemačkom pravu, tumačeno i tumači se kao kazna po belgijskom pravu (vidi *Van Droogenbroeck*, gore navedeno, stav 19). Francuski Ustavni savet je, sa svoje strane, u odluci od 21. februara 2008. (br. 2008-562 DC) stao na stanovište da se preventivni pritvor koji je nedavno uveden u francusko pravo ne može kvalifikovati

kao kazna, ali se ipak ne može odrediti retroaktivno, pre svega s obzirom na svoje neograničeno trajanje (vidi stav 75 gore; dodatni primer postoji u stavu 74, gore).

127. Stoga će Sud dalje ispitati prirodu mere preventivnog pritvora. On na samom početku konstatuje da, kao i kazna zatvora, preventivni pritvor podrazumeva lišenje slobode. Štaviše, imajući na umu način na koji se izvršavaju rešenja o preventivnom pritvoru u nemačkoj praksi, u poređenju sa redovnim kaznama zatvora, upada u oči da lica koja su podvrgnuta preventivnom pritvoru bivaju smeštena u obične zatvore, mada se nalaze u zasebnim krilima. Manje promene u režimu pritvora u poređenju sa režimom pod kojim obični zatvorenik izdržava kaznu zatvora, uključujući tu takve povlastice kao što je pravo pritvorenika da nose sopstvenu odeću i da opreme svoje zatvorske ćelije ne bi li one bile udobnije, ne mogu prikriti činjenicu da ne postoji suštinska razlika između izvršenja kazne zatvora i izvršenja rešenja o preventivnom pritvoru. To se dodatno ilustruje činjenicom da u zakonu o izvršenju kazni ima veoma malo odredaba koje se konkretno odnose na izvršenje rešenja o preventivnom pritvoru i da se, sem toga što je navedeno, *mutatis mutandis* primenjuju ostale odredbe o izvršenju zatvorskih kazni (vidi članove 129 do 135 navedenog Zakona, stavovi 64-65, gore).

128. Sem toga, imajući u vidu realnost položaja lica u preventivnom pritvoru, Sud ne može da se saglasi sa tvrdnjom Države (vidi gore, stav 113) da preventivni pritvor ima isključivo preventivnu, a ne kaznenu (punitivnu) svrhu. Sud primećuje da, shodno članu 66 Krivičnog zakonika, rešenja o preventivnom pritvoru mogu biti doneta samo protiv lica koja su u više navrata oglašena krivima za krivična dela određene težine. Pre svega, Sud primećuje da, kako izgleda, ne postoje nikakve specijalne mere, instrumenti ili ustanove, sem onih koje su na raspolaganju običnim zatvorenicima s dugim rokom lišenja slobode, koje bi bile usmerene protiv lica podvrgnutih preventivnom pritvoru a imale za cilj smanjenje opasnosti koju oni predstavljaju, pa samim tim i ograničenje trajanja njihovog pritvora na ono što je strogo neophodno kako bi se oni sprečili da počine nova krivična dela.

129. Sud je saglasan sa zaključcima Komesara za ljudska prava Saveta Evrope (vidi stav 206 njegovog izveštaja, stav 76 gore) i sa zaključcima CPT (vidi stav 100 izveštaja CPT, stav 77 gore) po kome su lica koja su podvrgnuta preventivnom pritvoru, s obzirom na njegovo potencijalno neograničeno trajanje, u situaciji da im je posebno potrebna psihološka nega i podrška. Za ostvarivanje cilja prevencije krivičnih dela bilo bi potrebno, kako je ubedljivo istakao CPT (ibid.), “visoki nivo nege i staranja što podrazumeva tim multidisciplinarnih stručnjaka, intenzivni rad sa pritvorenicima na individualnoj osnovi (kroz neodložno primenjene individualne planove) u koherentnom okviru za napredovanje ka puštanju na slobodu, što treba da bude realna opcija”. Sud smatra da licima na koja se odnose rešenja o preventivnom pritvoru mora biti pružena takva podrška i

takva nega i staranje u sklopu istinskog nastojanja da se smanji rizik od toga da će oni učiniti krivično delo u povratu, čime se služi cilju prevencije kriminala i omogućavanja njihovog puštanja na slobodu. Sud ne gubi iz vida činjenicu da će “(r)ad sa ovom grupom zatvorenika ... svakako biti jedan od najtežih izazova sa kojima se suočavaju zaposleni u zatvoru” (vidi stav 100 izveštaja CPT, stav 77, gore). Međutim, s obzirom na neograničeno trajanje preventivnog pritvora, potrebni su posebni naponi da bi se podržali ovi pritvorenici koji, po pravilu, neće biti kadri da sopstvenim snagama napreduju ka puštanju na slobodu. Sud zaključuje da je trenutno na delu odsustvo dodatnih i suštinskih mera - sem onih koje su na raspolaganju za sve obične zatvorenike koji se nalaze na dugotrajnom odsluženju kazne zatvora u kaznene svrhe - koje bi bile preduzete da bi se ta lica sprečila u izvršenju krivičnih dela.

130. Sem toga, shodno članovima 2 i 129 Zakona o izvršenju kazni, izvršenje i kazni i popravnih i preventivnih mera ima dva cilja - zaštitu javnosti i pružanje pomoći pritvoreniku da se osposobi da vodi socijalno odgovoran život van zatvora. Iako se može reći da kazne uglavnom služe kaznenoj (punitivnoj) svrsi dok popravne i preventivne mere mahom imaju za cilj prevenciju, ipak je jasno da se ciljevi tih sankcija delimično preklapaju. Pored toga, s obzirom na svoje neograničeno trajanje, preventivni pritvor se lako može shvatiti kao dodatna kazna za krivično delo koje su počinila lica o kojima je reč i on sadrži jasan element odvratanja. U svakom slučaju, kako je Sud još ranije utvrdio, cilj prevencije takođe može biti u skladu sa kaznenom svrhom i može se protumačiti kao sastavni element samog pojma kazne (vidi *Welch*, gore navedeno, stav 30).

131. Kada je reč o postupcima koji se primenjuju u donošenju i sprovođenju rešenja o preventivnom pritvoru, Sud primećuje da preventivni pritvor određuju sudovi koji izriču (krivične) kazne. Njihovo izvršenje određuju sudovi koji su odgovorni za izvršenje kazni, to jest, sudovi koji takođe pripadaju krivičnopravnom sistemu, u odvojenom postupku.

132. Konačno, kada je reč o težini preventivnog pritvora - što samo po sebi nije odlučujuće (vidi gore, stav 120) - Sud primećuje da ta mera podrazumeva lišenje slobode koje, posle izmene i dopune Zakona iz 1998, više nema gornju granicu trajanja. Štaviše, uslovno suspendovanje preventivnog pritvora zavisi od sudskog zaključka o tome da više ne postoji opasnost da će pritvorenik počiniti nova (teška) krivična dela (vidi član 67d Krivičnog zakonika, stav 53, gore) što je uslov koji se može pokazati teškim za ispunjenje (vidi, u tom smislu, takođe i zaključak Komesara za ljudska prava o tome da “nije moguće s punom sigurnošću predvideti da li će neko lice stvarno počiniti krivično delo u povratu”; stav 203 ovog izveštaja, citirano gore u stavu 76). S tih razloga Sud ne može a da ne zaključi da ova mera spada među najteže - ako nije i stvarno najteža - koje mogu biti izrečene prema nemačkom Krivičnom zakoniku. S tim u vezi, Sud primećuje da podnosiocu predstavke pretilo znatno dalekosežnije pogubno

delovanje usled ovog kontinuiranog preventivnog pritvora - koji je do dana današnjeg već trostruko duži od njegove kazne zatvora - nego usled same kazne zatvora.

133. Imajući u vidu sve prethodno rečeno, Sud, ne zaustavljajući se samo na pojavnom obličju i donoseći vlastitu ocenu, zaključuje da preventivni pritvor prema nemačkom Krivičnom zakoniku treba da bude kvalifikovan kao "kazna" u smislu člana 7 stav 1 Konvencije.

134. Sud dalje naglašava da je u svojoj sudskoj praksi napravio distinkciju između mere koja suštinski predstavlja "kaznu" - i na koju se primenjuje apsolutna zabrana retroaktivnih krivičnopravnih propisa - i mere koja se tiče "izvršenja" ili "sprovođenja" "kazne" (vidi gore, stav 121). Zato on treba da odluči da li mera koja je pretvorila pritvor ograničenog trajanja u pritvor neograničenog trajanja u suštini predstavlja dodatnu kaznu, ili se samo tiče izvršenja ili sprovođenja kazne primenjive u vreme izvršenja dela za koje je podnosilac predstavke oglašen krivim.

135. Sud uočava da je u podnesku Države onaj sud koji je izrekao presudu odredio preventivni pritvor podnosiocu predstavke ne utvrđujući dužinu trajanja tog pritvora. Država je tvrdila da se prolongiranje te mere, s tih razloga, tiče samo izvršenja kazne koju je Sud koji izriče kazne izrekao podnosiocu predstavke. Evropski sud nije uveren u ispravnost tog argumenta. Kao što je gore već ustanovio (videti stavove 99-101 i 123) u vreme kada je počinilac predstavke počinio svoje krivično delo, rešenje o preventivnom pritvoru suda koji je izrekao presudu, protumačeno u vezi sa članom 67d stav 1 Krivičnog zakonika u verziji koja je u to vreme bila na snazi, značilo je da podnosilac predstavke može ostati u preventivnom pritvoru najduže deset godina. Prolongiranje preventivnog pritvora podnosioca predstavke od strane sudova koji su odgovorni za izvršenje kazni pošto je izmenjen i dopunjen član 67d Krivičnog zakonika stoga se ne odnosi samo na izvršenje kazne (preventivni pritvor do deset godina) izrečene podnosiocu predstavke u skladu sa zakonom koji je bio na snazi u vreme kada je on počinio svoje krivično delo. To predstavlja dodatnu kaznu koja je retroaktivno određena podnosiocu predstavke, po zakonu koji je stupio na snagu pošto je podnosilac predstavke izvršio krivično delo.

136. U tom smislu, još jednom se mora napraviti razlika između ovog predmeta i predmeta *Kafkaris* (gore navedenog). G Kafkaris je bio osuđen na doživotnu kaznu zatvora u skladu sa Krivičnim zakonom koji je bio na snazi u vreme kada je on počinio to krivično delo. Nije se moglo reći da je u materijalnom vremenu doživotna kazna zatvora mogla jasno da se protumači kao kazna u trajanju od 20 godina zatvora (ibid., stavovi 143 et seq.). Nasuprot tome, u ovom predmetu, odredbe krivičnog prava koje su bile primenjive u trenutku kada je podnosilac predstavke počinio svoje krivično delo jasno su i nedvosmisleno odredile dužinu trajanja prvog perioda preventivnog pritvora na najviše deset godina.

137. S obzirom na sve što je prethodno izneto, Sud zaključuje da je u ovom slučaju došlo do kršenja člana 7 stav 1 Konvencije.

III. PRIMENA ČLANA 41 KONVENCIJE

138. Član 41 Konvencije propisuje kako sledi

“Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.”

A. Šteta

139. Podnosilac predstavke je podneo zahtev za isplatu od najmanje 172.000 evra (EUR) na ime nematerijalne štete za dugi period nezakonitog pritvora u kome se nalazio od 2001. godine, u očiglednoj suprotnosti sa članovima 5 i 7 i uprkos činjenici da je pokrenuo mnoštvo dugačkih postupaka pred domaćim sudovima u nastojanju da se izbori za to da bude pušten na slobodu. On se pozvao na iznose naknade koje je Sud dosudio u predmetima *Karataş v. Turkey* ([GC], no. 23168/94, ECHR 1999-IV), i *Kokkinakis v. Greece* (25. maja 1993, Series A no. 260-A) i tvrdio je da treba da dobije naknadu u iznosu od 2.000 evra mesečno, što je prosečna mesečna plata u Nemačkoj. Što se tiče materijalne štete, podnosilac predstavke je naveo da je dobio pravnu pomoć u postupcima pred domaćim sudovima. Branilac podnosioca predstavke zahtevao je da sve isplate budu izvršene na njegov račun, pozivajući se na to da mu advokatsko punomoćje, *inter alia*, omogućava da prihvati sve uplate koje treba da izvrši druga stranka u postupku.

140. Država je ocenila zahtev podnosioca predstavke na ime nematerijalne štete prekomernim. Zastupnici Države tvrdili su da j po osnovu člana 7 stav 3 Zakona o naknadi za krivičnopravne mere (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*), naknada koja se isplaćuje na ime nezakonitog lišenja slobode 11 evra dnevno. Država je prepustila Sudu da on odredi odgovarajući iznos.

141. Sud primećuje da je ustanovio da je zadržavanjem u pritvoru podnosioca predstavke po isteku roka od deset godina prekršen i član 5 stav 1 i član 7 stav 1 Konvencije, kao i da je, prema tome, podnosilac predstavke bio u pritvoru protivno Konvenciji od 8. septembra 2001. (vidi gore, stav 19). To je moralo prouzrokovati nematerijalnu štetu kao što je bol i razočaranost, što se ne može nadoknaditi isključivo konstatacijom kršenja (Konvencije). Imajući u vidu sve okolnosti ovog predmeta i donoseći procenu na ravnopravnoj osnovi, Sud dosuđuje podnosiocu predstavke 50.000 evra po ovom osnovu, uz sve poreze koji bi na to mogli biti zaračunati. Imajući u vidu ovlašćenje koje je predočio branilac podnosioca

predstavke, na osnovu koga on ima pravo da primi svaku uplatu koju izvrši druga stranka u postupku, Sud nalaže da ovaj iznos, dosuđen podnosiocu predstavke, bude isplaćen njemu preko fiducijarnog bankovnog računa njegovog advokata.

B. Sudski i ostali troškovi

142. Podnosilac predstavke, kome je dodeljena pravna pomoć u postupcima kako pred domaćim sudovima, tako i pred Sudom, nije podneo zahtev za isplatu sudskih i ostalih troškova u bilo kom od tih postupaka. Shodno tome, Sud ne dosuđuje nikakva sredstva po ovom osnovu.

C. Zatezna kamata

143. Sud smatra da zatezna kamata treba da bude jednaka najnižoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke uvećanoj za tri procentna poena.

SA SVIH TIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. *Zaključuje* da je u ovom slučaju došlo do kršenja člana 5 stav 1 Konvencije;
2. *Zaključuje* da je došlo do kršenja člana 7 stav 1 Konvencije;
3. *Zaključuje*
 - (a) da je tužena Država dužna da uplati podnosiocu predstavke, u roku od tri meseca od dana kada ova presuda postane pravosnažna u skladu sa članom 44 stav 2 Konvencije, iznos od 50.000 EUR (pedeset hiljada evra) na ime nematerijalne štete, uz sve poreze koji bi na to mogli biti zaračunati, na fiducijarni bankovni račun njegovog advokata;
 - (b) da po isteku gore navedenog roka od tri meseca do konačne isplate iznosa treba platiti običnu kamatnu stopu na gore navedeni iznos po stopi koja je jednaka najnižoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke uz dodatak od tri procentna poena;
4. *Odbacuje* preostali deo zahteva podnosioca predstavke za pravično zadovoljenje.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku i dostavljeno u pismenoj formi 17. decembra 2009, u skladu sa Pravilom 77 stav 2 i 3 Poslovnika Suda.

Klaudija Vesterdik (Claudia Westerdiek)
Sekretar

Per Lorenzen (Peer Lorenzen)
Predsednik

© Savet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2012.

Zvanični jezici Evropskog suda za ljudska prava su engleski i francuski. Ovaj prevod je nastao uz podršku Fiducijarnog fonda za ljudska prava Saveta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund). Tekst prevoda ne obavezuje Sud, niti Sud snosi bilo kakvu odgovornost za njegov kvalitet. Prevod može biti preuzet iz baze podataka predmeta Evropskog suda za ljudska prava HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) ili iz kakve druge baze podataka sa kojom je Sud podelio ovaj prevod. Tekst može biti preštampan u nekomercijalne svrhe pod uslovom da se tačno naznači puni naziv predmeta, uz gore navedeno obaveštenje o autorskom pravu i uz pozivanje na Fiducijarni fond za ljudska prava Saveta Evrope. Ako nameravate da bilo koji deo ovog prevoda iskoristite u komercijalne svrhe, molimo vas da se prethodno obratite na adresu publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.