



REPUBLIKA E KOSOVËS - РЕПУБЛИКА КОСОВО - REPUBLIC OF KOSOVO

**GJYKATA KUSHTETUESE
УСТАВНИ СУД
CONSTITUTIONAL COURT**

Priština, 21. octobar 2019. godine
Ref. Br.:RK1449/19

REŠENJE O NEPRIHVATLJIVOSTI

u

slučaju br. KI155/18

Podnosilac

Benson Buza

**Ocena ustavnosti presude Vrhovnog suda Republike Kosovo
Pml. br. 63/2018 od 4. juna 2018. godine**

USTAVNI SUD REPUBLIKE KOSOVO

u sastavu:

Arta Rama-Hajrizi, predsednica
Bajram Ljatifi, zamenik predsednika
Bekim Sejdiu, sudija
Selvete Gërxhaliu-Krasniqi, sudija
Gresa Caka-Nimani, sudija
Safet Hoxha, sudija
Radomir Laban, sudija
Remzije Istrefi-Peci, sudija i
Nexhmi Rexhepi, sudija

Podnosilac zahteva

1. Zahtev KI155/18 je podneo Benson Buza (u daljem tekstu: podnosilac zahteva), sa prebivalištem u opštini Prizren, koga zastupa advokat Sarandë Beqiri.

Osporena odluka

2. Podnosilac zahteva osporava presudu [Pml. br. 63/2018] Vrhovnog suda Republike Kosovo (u daljem tekstu: Vrhovni sud) od 4. juna 2018. godine u vezi sa presudom [PA1. br. 1192/2017] Apelacionog suda od 15. januara 2018. godine i presudom [P. br. 1750/2015] Osnovnog suda u Prizrenu (u daljem tekstu: Osnovni sud) od 14. septembra 2017. godine.
3. Podnosilac zahteva je osporenu Presudu Vrhovnog suda primio dana 26. jula 2018. godine.

Predmetna stvar

4. Predmetna stvar zahteva je ocena ustavnosti osporene presude, kojom su, kako navodi podnosilac zahteva, povređena njegova osnovna prava i slobode zagarantovana članovima 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje], 32. [Pravo na pravno sredstvo] i 33. [Načelo legaliteta i proporcionalnosti u krivičnim postupcima] Ustava Republike Kosovo (u daljem tekstu: Ustav) i članom 6. (Pravo na pravično suđenje) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP).

Pravni osnov

5. Zahtev je zasnovan na stavovima 1 i 7 člana 113. [Jurisdikcija i ovlašćene strane] Ustava, članovima 22. [Procesuiranje podnesaka] i 47. [Individualni zahtevi] Zakona o Ustavnom sudu Republike Kosovo br. 03/L-121 (u daljem tekstu: Zakon) i pravilu 32 [Podnošenje podnesaka i odgovora] Poslovnika o radu Ustavnog suda Republike Kosovo (u daljem tekstu: Poslovnik).

Postupak pred Ustavnim sudom

6. Dana 11. oktobra 2018. godine, podnosilac je podneo zahtev Ustavnom sudu Republike Kosovo (u daljem tekstu: Sud).
7. Dana 16. oktobra 2018. godine, predsednica Suda je imenovala sudiju Gresu Caka-Nimani za sudiju izvestioca i Veće za razmatranje, sastavljeno od sudija: Bajram Ljatifi (predsedavajući), Safet Hoxha i Radomir Laban.
8. Dana 13. novembra 2018. godine, Sud je obavestio zastupnika podnosioca o registraciji zahteva.
9. Dana 13. novembra 2018. godine, Sud je obavestio Vrhovni sud o registraciji zahteva. Istog datuma, Sud je poslao zahtev Osnovnom sudu da dostavi dokaz o datumu kada je podnosilac zahteva primio osporenu presudu Vrhovnog suda.
10. Dana 19. novembra 2018. godine, Osnovni sud je dostavio Sudu povratnicu koja pokazuje da je podnosilac zahteva osporenu presudu primio 26. jula 2018. godine.
11. Dana 16. avgusta 2019. godine, Sud je tražio od podnosioca zahteva da dostavi Sudu žalbu protiv presude [P. br. 1750/2015] Osnovnog suda od 14. septembra

2017. godine i zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podneo Vrhovnom sudu protiv presude [PAL br. 1192/20017] Apelacionog suda od 15. januara 2018. godine.

12. Dana 20. avgusta 2019. godine, podnosilac zahteva je dostavio Sudu tražena dokumenta.
13. Dana 25. septembra 2019. godine, Veće za razmatranje je razmotrilo izveštaj sudije izvestioca i jednoglasno je predložilo sudu neprihvatljivost zahteva.

Pregled činjenica

14. Dana 2. juna 2014. godine, Odeljenje za teška krivična dela Osnovnog tužilaštva u Prizrenu (u daljem tekstu: Osnovno tužilaštvo) podiglo je optužnicu [PP. br. 320/2013] protiv podnosioca zahteva zbog krivičnog dela zelenaštvo propisanog članom 343. (Zelenaštvo) Krivičnog zakonika Republike Kosovo (u daljem tekstu: KZRK).
15. Dana 30. septembra 2015. godine, na ročištu za glavni pretres Odeljenja za teška krivična dela Osnovnog suda, odbrana podnosioca zahteva je osporila (i) krivično delo za koje se optuženi, odnosno podnosilac zahteva, optužen, i (ii) nadležnost Odeljenja za teška krivična dela. Što se tiče prvog, naglašeno je da je optuženi navodno izvršio krivično delo u februaru 2012. godine, u vreme kada je bio na snazi Privremeni krivični zakon Kosova (u daljem tekstu: PKZK), kojim nije bilo propisano krivično delo zelenaštva. U tom kontekstu, odbrana je tvrdila povredu načela zakonitosti i primene povoljnijeg zakona koje je utvrđeno članovima 2. i 3. Zakonika o krivičnom postupku Republike Kosovo (u daljem tekstu: ZKPRK). Što se pak tiče drugog, naglašeno je da nije nadležno Odeljenje za teška krivična dela, već Opšte odeljenje Osnovnog suda.
16. Istog dana, državni tužilac prekvalifikuje krivično delo zelenaštva propisano KZRK-om u krivično delo ugovaranje nesrazmerne imovinske dobiti propisano članom 270. PKZK-a, koji je bio na snazi u vreme navodnog izvršenja krivičnog dela. Kao rezultat toga, Odeljenje za teška krivična dela se rešenjem [P. br. 143/14] oglasilo stvarno nenadležnim i predmet je prosleđen Opštem odeljenju Osnovnog suda.
17. Dana 7. marta 2017. godine, na ročištu za glavni pretres, odbrana optuženog, odnosno podnosioca zahteva je osporila održavanje glavnog pretresa i tražila da se održi prvo saslušanje na osnovu: (i) stava 2 člana 252. (Izmenjena optužnica) ZKPRK-a iz razloga što je tužilac izmenio optužnicu i samim tim je sud dužan da zakaže prvo saslušanje kao što je utvrđeno u članu 245. (Prvo saslušanje) ZKPRK-a i da omogući optuženom da ospori izmenjenu optužnicu; (ii) člana 313. (Zamenjivanje sastava sudskog veća zbog nedostatka nadležnosti) ZKPRK-a iz razloga što je promenjena nadležnost odgovarajućeg odeljenja, a samim tim i sudija u predmetu; i (iii) člana 311. (Izmena sastava pretresnog veća tokom odlaganja) ZKPRK-a iz razloga što je glavni pretres odložen duže od tri (3) meseca.
18. Istog dana, Osnovni sud je rešenjem odbio predloge podnosioca zahteva u vezi sa otpočinjanjem postupka od prvog saslušanja, obrazlažući, između ostalog,

(i) da optužnica nije izmenjena, već je samo izvršena prekvalifikacija krivičnog dela, primenjujući zakon koji je povoljniji i koji je bio na snazi u vreme izvršenja krivičnog dela od strane optuženog; i (ii) da je na drugom saslušanju održanom 28. jula 2015. godine, kada je doneto rešenje o odbijanju zahteva za odbacivanje optužnice, odbrana optuženog *“odustala od prava žalbe i optužnica ima pravnu moć pravosnažnog oblika”*.

19. Dana 14. septembra 2017. godine, Osnovni sud je presudom [P. br. 1750/2015], optuženog Bensona Buzu oglasio krivim za krivično delo ugovaranja nesrazmerne imovinske dobiti propisano članom 270. PKZK-a i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od 8 (osam) meseci.
20. Dana 19. oktobra 2017. godine, podnosilac zahteva je izjavio žalbu Apelacionom sudu navodeći bitne povrede odredbi krivičnog postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede krivičnog zakona i odluke o krivičnoj sankciji, sa predlogom da se gore navedena presuda preinači tako što će optuženi biti oslobođen optužbe ili da se njegov predmet vrati na ponovno suđenje. Podnosilac zahteva u svojoj žalbi nije naveo pitanja koja se tiču njegovih navoda koji su bili predstavljeni pred Sudom. S druge strane, dana 7. novembra 2017. godine, Apelaciono tužilaštvo je podneskom [PPA\II. br. 2017/2017] predložilo da se žalba koju je izjavio podnosilac zahteva odbije kao neosnovana.
21. Dana 15. januara 2018. godine, Apelacioni sud je presudom [PA1. br. 1192/2017] odbio žalbu podnosioca zahteva kao neosnovanu i potvrdio presudu Osnovnog suda.
22. Dana 15. februara 2018. godine, podnosilac je podneo Vrhovnom sudu zahtev za zaštitu zakonitosti, navodeći bitne povrede odredaba krivičnog postupka i povredu krivičnog zakona, sa predlogom da se osporene presude preinače ili da se predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Podnosilac zahteva u svojoj žalbi nije naveo pitanja koja se tiču njegovih navoda koji su bili predstavljeni pred Sudom. S druge strane, dana 16. marta 2018. godine, državni tužilac je podneskom [KMLP. br. 44/2018] dostavio odgovor na zahtev za zaštitu zakonitosti sa predlogom da se isti odbije kao neosnovan.
23. Dana 4. juna 2018. godine, Vrhovni sud je presudom [Pml. br. 63/2018] odbio zahtev za zaštitu zakonitosti kao neosnovan.

Navodi podnosioca zahteva

24. Podnosilac zahteva navodi da je presuda [Pml. br. 63/2018] Vrhovnog suda od 4. juna 2018. godine doneta uz povredu njegovih osnovnih prava i sloboda zagarantovanih članovima 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje], 32. [Pravo na pravno sredstvo] i 33. [Načelo legaliteta i proporcionalnosti u krivičnim postupcima] Ustava i članom 6. (Pravo na pravično suđenje) EKLJP.
25. Što se tiče navodnih povreda člana 33. Ustava, podnosilac zahteva tvrdi da postoji povreda stava 4 ovog člana, koji izričito propisuje da se kazne određuju na osnovu zakona koji je bio na snazi u vreme kada je delo počinjeno, izuzev onih slučajeva kada je kasnije primenjivi zakon povoljniji po izvršioca

krivičnog dela. Podnosilac zahteva navodi da je osuđen za krivično delo koje nije bilo propisano krivičnim zakonom koji je bio na snazi u vreme izvršenja navodnog krivičnog dela. U istom kontekstu, podnosilac zahteva takođe tvrdi da postoji povreda KZRK-a, odnosno stava 1 člana 2. (Princip zakonitosti) i stava 2 člana 3. (Primena najpovoljnijeg zakona).

26. Što se tiče navodnih povreda člana 32. Ustava, podnosilac zahteva tvrdi da postoji povreda mogućnosti korišćenja pravnih sredstava tokom sudskog postupka. Podnosilac zahteva konkretno navodi da je Osnovni sud postupio u suprotnosti sa stavom 3 člana 252. (Izmenjena optužnica) u vezi sa članom 254. (Drugo saslušanje i zakazivanje glavnog pretresa) ZKPRK-a jer je prekvalifikaciju krivičnog dela koja je izvršena na glavnom pretresu od 30. septembra 2015. godine morao smatrati izmenjenom optužnicom, čime bi optuženom, odnosno podnosiocu zahteva, dozvolio mogućnost da podnese nove prigovore u vezi sa izmenjenom optužnicom. Pored toga, podnosilac zahteva tvrdi da je imajući u vidu izmenjenu optužnicu, na osnovu odredaba ZKPRK-a, odnosno stava 2 njegovog člana 252. moralo biti zakazano prvo saslušanje i samim tim bi sudski postupak u njegovom predmetu počeo ispočetka.
27. U sličnom kontekstu, podnosilac zahteva takođe tvrdi da postoji povreda člana 311. (Izmena sastava pretresnog veća tokom odlaganja) i člana 313. (Zamenjivanje sastava sudskog veća zbog nedostatka nadležnosti) ZKPRK-a jer je, kako se navodi, zbog promene stvarne nadležnosti rešenjem [P. br. 143/14] Odeljenja za teška krivična dela Osnovnog suda od 30. septembra 2015. godine, suđenje prešlo na drugog sudiju i samim tim je glavni pretres morao početi ispočetka. Pored toga, podnosilac zahteva naglašava da je s obzirom na to da je odlaganje glavnog pretresa trajalo više od 3 (tri) meseca, glavni pretres takođe morao početi ispočetka na osnovu stava 3 člana 311. (Izmena sastava pretresnog veća tokom odlaganja) ZKPRK-a.
28. Podnosilac zahteva u ovom kontekstu tvrdi da su povređena njegova prava zagarantovana i članom 5. (Pravo na pravično i nepristrasno suđenje u razumnom roku) ZKPRK-a, što je dovelo i do povrede člana 31. Ustava u vezi sa članom 6. EKLJP.
29. Na kraju, podnosilac zahteva traži od Suda da se njegov zahtev proglasi prihvatljivim i da se utvrdi da je osporena presuda Vrhovnog suda doneta u suprotnosti sa članovima 31, 32. i 33. Ustava i članom 6. EKLJP, te da proglasi istu nevažećom i vrati njegov predmet Vrhovnom sudu na ponovno odlučivanje.

Prihvatljivost zahteva

30. Sud će prvo razmotriti da li je zahtev ispunio uslove prihvatljivosti, koji su utvrđeni Ustavom, dalje propisani Zakonom i predviđeni Poslovníkom.
31. U tom smislu, Sud se poziva na stavove 1 i 7 člana 113. [Jurisdikcija i ovlašćene strane] Ustava koji propisuju:

1. Ustavni sud odlučuje samo u slučajevima koje su ovlaštene strane podnele sudu na zakonit način.

(...)

7. Pojedinci mogu da pokrenu postupak ako su njihova prava i slobode koje im garantuje ovaj Ustav prekršena od strane javnih organa, ali samo kada su iscrpeli sva ostala pravna sredstva, regulisanim zakonom.

32. U tom pogledu, Sud primećuje da je podnosilac zahteva ovlašćena strana koja osporava akt javnog organa, odnosno presudu [Pml. br. 63/2018] Vrhovnog suda od 4. juna 2018. godine.
33. Međutim, Sud primećuje da stav 7 člana 113. Ustava, takođe utvrđuje i obavezu iscrpljenja *“svih pravnih sredstava određenih zakonom”*. Ova ustavna obaveza je takođe utvrđena i stavom 2 člana 47. Zakona i tačkom (b) stava (1) pravila 39 Poslovnika. Ovi poslednje navedeni utvrđuju:

Član 47.
[Individualni zahtevi]

“[...]”

2. Osoba može da podnese pomenuti podnesak samo nakon što su iscrpljena sva ostala zakonom određena pravna sredstva”.

Pravilo 39
[Kriterijum o prihvatljivosti]

“(1) Sud može smatrati zahtev prihvatljivim:

[...]”

(b) ako su iscrpljena sva delotvorna pravna sredstva, koja su na raspolaganju po zakonu, protiv pobijene presude ili odluke.”

34. U tom pogledu, Sud ponovo naglašava da stav 7 člana 113. Ustava, stav 2 člana 47. Zakona i tačka (b) stava (1) pravila 39 Poslovnika, između ostalog, jasno propisuju obavezu *“iscrpljenja pravnih sredstava određenih zakonom”*, u oba aspekta, formalnom i suštinskom, kako bi se zahtev proglasio prihvatljivim i razmotrio njegov meritum.
35. Kriterijumi za ocenu da li je ova obaveza ispunjena dobro su uspostavljeni u praksi Suda i praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), u saglasnosti sa kojom je Sud, na osnovu člana 53. [Tumačenje odredbi ljudskih prava] Ustava, dužan da tumači osnovna prava i slobode zagarantovane Ustavom.
36. U tom kontekstu, Sud naglašava da on već ima konsolidovanu praksu u pogledu iscrpljivanja pravnih sredstava u formalnom smislu (vidi, između ostalog, opšta načela koja se odnose na iscrpljivanje pravnih sredstava u slučajevima Suda KI108/18, sa podnosiocem *Blerta Morina*, stavovi 152-163 i KI147/18, sa podnosiocem *Arbër Hadri*, stavovi xx). Ali, na osnovu sudske

prakse ESLJP-a, on je takođe izgradio i sudsku praksu u pogledu iscrpljivanja pravnih sredstava u suštinskom smislu (vidi, u ovom kontekstu, između ostalog, slučaj Suda KI154/17 i KI05/18, sa podnosiocima *Basri Deva, Afërdita Deva i Društvo sa ograničenom odgovornošću "Barbas"*, rešenje o neprihvatljivosti od 13. avgusta 2019. godine, stavovi 90-96).

37. Shodno tome, Sud naglašava da iscrpljivanje pravnih sredstava sadrži u sebi dva elementa: (i) iscrpljivanje u formalno-proceduralnom smislu, što podrazumeva mogućnost korišćenja pravnog sredstva protiv akta javnog organa na višoj instanci sa punom nadležnošću, i (ii) iscrpljivanje sredstva u suštinskom smislu, što podrazumeva prijavljivanje ustavnih povreda u "suštini" pred redovnim sudovima, kako bi oni imali mogućnost da spreče ili isprave povredu ljudskih prava zaštićenih Ustavom i EKLJP. Sud smatra pravna sredstva iscrpljenim samo onda kada su ih podnosioci zahteva, u skladu sa važećim zakonom, iskoristili u oba smisla (vidi slučajeve Suda KI71/18, podnosilac *Kamer Borovci, Mustafë Borovci i Avdulla Bajra*, rešenje o neprihvatljivosti od 21. novembra 2018. godine, stav 57, KI119/17, podnosilac *Gentian Rexhepi*, rešenje o neprihvatljivosti od 3. maja 2019. godine, stav 73, i slučaj KI154/17 i 05/18, citiran u tekstu iznad, stav 94).
38. Suštinski aspekt iscrpljivanja pravnih sredstava utvrđen je u sudskoj praksi ESLJP i podrazumeva da tvrdnje o povredi EKLJP pred redovnim sudovima moraju biti iznete "barem u suštini" kako bi im se pružila mogućnost da razmotre tvrdnje o povredi o kojoj je reč. U tom kontekstu, ESLJP pored toga naglašava da tvrdnje o povredi EKLJP pred redovnim sudovima moraju biti iznete barem suštinski/supstancijalno, kako bi se pravna sredstva smatrala iscrpljenim. Pored toga, prema ESLJP-u, podnosioci u pitanju ne mogu biti oslobođeni ove obaveze, čak ni ako su redovni sudovi mogli biti prinuđeni da sami razmatraju dotične tvrdnje (vidi, za više detalja po pitanju iscrpljivanja pravnih sredstava u suštinskom smislu, Vodič ESLJP-a kroz uslove prihvatljivosti od 30. aprila 2019. godine, Deo I. Procesni osnovi neprihvatljivosti; A. Nisu iscrpljeni unutrašnji pravni lekovi; 2. Primena pravila; d. Tužba po osnovu suštine). Na osnovu sudske prakse ESLJP-a, isto stanovište drži i Sud u pogledu navoda o povredi osnovnih prava i sloboda zagarantovanih Ustavom.
39. Kao rezultat toga, u okolnostima konkretnog predmeta, Sud u nastavku mora oceniti da li su, pored iscrpljivanja pravnih sredstava u formalnom smislu, a to je slučaj u okolnostima konkretnog slučaja, pravna sredstva iscrpljena i u suštinskom smislu, odnosno da li su tvrdnje podnosioca zahteva, barem u suštini, iznete i pred redovnim sudovima.
40. U tom pogledu, Sud prvo podseća da je optužnica protiv podnosioca zahteva podignuta 2014. godine, zbog krivičnog dela koje je izvršeno 2012. godine. Sud, takođe, objašnjava da je u vreme izvršenja krivičnog dela bio na snazi PKZK, koji nije propisivao zelenaštvo kao posebno krivično delo, propisivao krivično delo ugovaranje nesrazmerne imovinske dobiti. Osim razlika u nazivu, i razlike u pripadajućim sankcijama su između dva zakona takođe suštinske. Stari krivični zakon, odnosno PKZK predviđa novčanu kaznu ili kaznu zatvora do 3 (tri) godine za krivično delo ugovaranje nesrazmerne imovinske dobiti, dok novi zakon, odnosno KZRK predviđa novčanu kaznu i kaznu zatvora od 6 (šest)

meseci do 5 (pet) godina, a u određenim slučajevima i do 12 (dvanaest) godina za krivično delo zelenaštvo.

41. Na glavnom pretresu od 30. septembra 2015. godine, podnosilac zahteva je tvrdio da postoji povreda njegovih prava kao rezultat povrede principa zakonitosti i primene povoljnijeg zakona, kao principa koji su utvrđeni PKZK-a i KZRK-a, jer je optužnicom optužen za krivično delo izvršeno 2012. godine na osnovu odredaba KZRK-a, koji ne samo da nije bio na snazi u vreme izvršenja krivičnog dela, već je i nepovoljniji za optuženog, odnosno podnosioca zahteva. Kao što je prethodno navedeno, u postupcima pred Osnovnim sudom, pored osporavanja krivičnog dela za koje je optužen, podnosilac zahteva je osporavao i stvarnu nadležnost Odeljenja za teška krivična dela. Sud primećuje da su oba navoda podnosioca zahteva razmotrena od strane Osnovnog suda. Krivično delo je prekvalifikovano iz krivičnog dela zelenaštva u krivično delo ugovaranje nesrazmerne imovinske dobiti, čime je primenjen PZKP, a ne KZRK u okolnostima podnosioca zahteva, a kao nadležno za dotični predmet određeno je Opšte odeljenje Osnovnog suda.
42. Na osnovu spisa predmeta, dve godine kasnije, odnosno 7. marta 2017. godine, održan je naredni glavni pretres. Prema relevantnom zapisniku, proizilazi da je na ovom pretresu odbrana tražila da sudski postupak počne ispočetka, odnosno da se zakaže prvo saslušanje. Ovaj zahtev je obrazložen činjenicom (i) izmene optužnice, (ii) promene stvarne nadležnosti, odnosno zamene sudskog veća, i (iii) kašnjenjem od više od tri meseca u održavanju glavnog pretresa, što su na osnovu relevantnih odredaba ZKPRK-a razlozi za otpočinjanje sudskog postupka ispočetka, i samim tim za otpočinjanje od prvog saslušanja. Osnovni sud je odbio ove zahteve pre svega sa obrazloženjem da u okolnostima konkretnog slučaja nije došlo do izmene optužnice, već samo do prekvalifikacije krivičnog dela.
43. Sud dalje podseća da je Osnovni sud presudom [P. br. 1750/2015] od 14. septembra 2017. godine, oglasio podnosioca zahteva krivim. Ova presuda je potvrđena presudom [PA1. br. 1192/2017] Apelacionog suda od 15. januara 2018. godine i presudom [Pml. br. 63/2018] Vrhovnog suda od 4. juna 2018. godine. Ovu poslednje navedenu presudu podnosilac zahteva osporava pred Sudom navodeći da postoji povreda (i) načela legaliteta i proporcionalnosti u suprotnosti sa članom 33. Ustava, navodeći da je krivično delo za koje je optužen bilo propisano zakonom koji nije bio na snazi u vreme navodnog izvršenja krivičnog dela, (ii) člana 32. Ustava, navodeći u suštini da mu je onemogućeno osporavanje izmenjene optužnice, i (iii) člana 31. Ustava, navodeći da je sudski pretres trebalo da otpočne ispočetka s obzirom na to da je optužnica, kako se navodi, izmenjena, tim pre što je kao rezultat promene stvarne nadležnosti zamenjen i sudija u predmetu i jer je bilo kašnjenja koja premašuju period od 3 (tri) meseca koji je određen ZKPRK-om.
44. U tom kontekstu, a što se tiče prve tvrdnje koja se odnosi na načelo legaliteta i proporcionalnosti koje je utvrđeno članom 33. Ustava, Sud primećuje da je Osnovni sud zapravo rešio ovo pitanje tako što je (i) prekvalifikovao krivično delo za koje je optužen podnosilac zahteva i to iz onog koje je propisano članom 343. KZRK u krivično delo propisano članom 270. PKZK-a, čime je primenjen zakon koji je važeći i povoljniji u okolnostima podnosioca zahteva, i (ii)

relevantnim rešenjem je predmet iz nadležnosti Odeljenja za teška krivična dela prešao u nadležnost Opšteg odeljenja Osnovnog suda. U tom kontekstu, Sud podseća na zapisnik o glavnom pretresu od 30. septembra 2015. godine, koji sadrži sledeće:

“Javni tužilac uzimajući u obzir vreme izvršenja ovih krivičnih dela i činjenice da u vremenu izvršenja krivičnih dela, stari Krivični zakonik (PKZK) je povoljniji za stranke, vrši pravno prekvalifikovanje ovih krivičnih dela tako da umesto krivičnog dela zlenaštvo iz člana 343 stav 2 KZRK, izreka pod 1 optužnice, odnosno pravno okarakterisanje će biti: ugovaranje nesrazmerne imovinske dobiti iz člana 270 PKZK...]. [Uzimajući u obzir da je Državni tužilac promenio pravno okarakterisanje što se tiče gore navedenih krivičnih dela]...[sudsko veće donosi Rešenje – Departman za teška krivična dela se smatra nenadležnim u predmetnom pogledu da bi sudio u ovoj stvari i predmetna nadležnost da bi se sudio spada nad Opštim departmanom ovog suda].”

45. Sud takođe primećuje da pitanja koja su sadržana u gore istaknutom navodu, podnosilac zahteva nije dalje iznosio tokom postupaka pred redovnim sudovima. Sud naglašava da ove tvrdnje nisu iznete (i) ni na glavnom pretresu od 7. marta 2017. godine, (ii) ni u žalbi protiv presude Osnovnog suda upućenoj Apelacionom sudu, (iii) niti u zahtevu za zaštitu zakonitosti upućenom Vrhovnom sudu.
46. Sud dalje naglašava da je ostale dve tvrdnje, a koje se pred njim odnose na navode o povredi člana 32 i 31 Ustava, odnosno na zahtev da sudski postupak treba da otpočne ispočetka, podnosilac zahteva po prvi put izneo na ročištu za glavni pretres od 7. marta 2017. godine. Na istom ročištu za pretres, ove tvrdnje su odbijene od strane Osnovnog suda, koji je obrazložio sledeće:

“Odbija se predlog advokata kao i Državnog tužioca u vezi sa početkom postupka od početne rasprave pošto u konkretnom slučaju isti branioci na drugoj sednici rasprave od 28.07.2015. godine, prilikom donošenja rešenja za odbijanje zahteva za odbacivanje optužnice, branioci su odustali od prava žalbe i optužnica ima pravnu moć pravosnažnog oblika, takođe što se tiče člana 313 sud smatra da se po ovom članu propisuje da treba ponovo da se počne sa sudskom raspravom, takođe pošto se u konkretnom slučaju ne bavimo sa preinačenjem optužnice nego samo prekvalifikovanjem krivičnih dela prema zakonu koji je bio povoljniji u vremenu izvršenja krivičnih dela ovde optuženih.”

47. Sud primećuje da ovo rešenje, odnosno odbijanje Suda da otpočne glavni pretres ispočetka, podnosilac zahteva nije osporio ni pred Apelacionim, niti pred Vrhovnim sudom. Sud naglašava da iako žalba protiv presude Osnovnog suda od 19. oktobra 2017. godine i zahtev za zaštitu zakonitosti protiv presude Apelacionog suda od 15. februara 2018. godine, pokreću tvrdnje o bitnim povredama odredaba krivičnog postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, povredi krivičnog zakona i odluku o krivičnoj sankciji, ipak, nijedno od njih, ni formalno ni suštinski, ne pokreće pitanja koja se odnose na (i) povredu prava na pravno sredstvo, odnosno nemogućnost

osporavanja, po navodima, izmenjene optužnice, i (ii) zakazivanje prvog saslušanja, odnosno otpočinjanje sudskog postupka ispočetka.

48. Imajući u vidu okolnosti u kojima na osnovu spisa predmeta proizilazi da su ove konkretne tvrdnje podnosioca zahteva iznete po prvi put pred Sudom, on zaključuje da podnosilac zahteva nije pružio mogućnost redovnim sudovima, uključujući Apelacioni i Vrhovni sud, da razmotre ove tvrdnje i samim tim spreče navodne povrede koje podnosilac zahteva iznosi direktno pred ovim Sudom, pre nego što je iscrpeo pravna sredstva u njihovom suštinskom smislu (vidi, *mutatis mutandis*, slučaj Suda KI118/15, podnosilac *Dragiša Stojković*, rešenje o neprihvatljivosti od 12. aprila 2016. godine, stavovi 30-39, i slučaj KI119/17, citiran u tekstu iznad, stav 74).
49. Pored toga, ESLJP je stava da ukoliko postoji pravno sredstvo koje redovnim sudovima, barem u suštini, omogućava da odluče o argumentu o povredi određenog prava, tada treba iskoristiti to pravno sredstvo. Ako žalba koja je podneta sudu nije izneta, eksplicitno ili u suštini pred redovnim sudovima, kada je mogla biti izneta prilikom korišćenja određenog pravnog sredstva koje je bilo dostupno, tada je redovnim sudovima uskraćena mogućnost da odluče o pitanju, kao mogućnost koju pravilo iscrpljivanja pravnih sredstava nastoji da pruži (vidi predmet ESLJP-a *Jane Nicklinson protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Paul Lamb protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citiran u tekstu iznad, stav 90 i tu navedene reference, i vidi, takođe, slučaj Suda KI119/17, citiran u tekstu iznad, stav 72).
50. Sud naglašava da dok se u kontekstu mehanizma za zaštitu ljudskih prava, pravilo iscrpljivanja pravnih sredstava mora primenjivati "*uz izvestan stepen fleksibilnosti i bez preteranog formalizma*", ovo pravilo u principu zahteva da žalbe ili tvrdnje koje se nameravaju naknadno pokrenuti u sudskom postupku, moraju biti prethodno iznete i pred redovnim sudovima, barem u suštini i u skladu sa formalnim zahtevima i rokovima koji su utvrđeni važećim zakonom (vidi predmet ESLJP-a *Jane Nicklinson protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Paul Lamb protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavke 2478/15 i 1787/15, presuda od 16. jula 2015. godine, stav 89 i tu navedene reference, vidi, takođe, slučaj Suda KI119/17, podnosilac *Gentian Rexhepi*, citiran u tekstu iznad, stav 71).
51. Poštovanje principa supsidijarnosti zahteva upravo da se sudovima nižih instanci omogući put i potreban prostor da izvršavaju svoju obaveznu direktnu primenu Ustava i EKLJP.
52. Shodno tome, Sud utvrđuje da se zahtev podnosioca mora odbiti kao neprihvatljiv na proceduralnim osnovama zbog neiscrpjivanja svih pravnih sredstava u suštinskom smislu, kao što je propisano stavom 7 člana 113. Ustava, stavom 2 člana 47. Zakona i tačkom (b) stava (1) pravila 39 Poslovnika.

IZ TIH RAZLOGA

Ustavni sud, u skladu sa članom 113.7 Ustava, članovima 20.2 i 47.2 Zakona i pravilima 39 (1) (b) i 59 (2) Poslovnika, dana 25. septembra 2019. godine, jednoglasno

ODLUČUJE

- I. DA PROGLASI zahtev neprihvatljivim;
- II. DA DOSTAVI ovo rešenje stranama;
- III. DA OBJAVI ovo rešenje u Službenom listu, u skladu sa članom 20.4 Zakona;
- IV. Ovo rešenje stupa na snagu odmah.

Sudija izvestilac


Gresa Caka-Nimani



Predsednica Ustavnog suda


Arta Rama-Hajrizi