

Pre-trial Detention and Article 5 of the ECHR

Amanda Wetzel, OKO Fellow

One of the first legal issues that a War Crimes defence advocate pursues in representing their client should be a procedural challenge to detention. For this reason, it is important to understand the provisions of the European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR) which confer on suspects procedural rights relating to detentions. After all, the ECHR is a fundamental part of the Constitution of BiH and supreme over all BiH state and entity laws.

This article will highlight just one set of procedural guarantees provided by Article 5 of the ECHR: the suspect's right to a hearing examining the lawfulness of his detention.

Under Article 5(1)(c) ECHR detentions (as a 'deprivation of liberty') are only permissible for the purpose of bringing the suspect before 'a competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so.' This piece will consider the procedural rights which supplement these substantive protections.

Rights Relating to Initial Detention Hearings

Article 5(3) ECHR states that:

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by this law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear before trial.

Upon his arrest, Article 5(3) gives the suspect a right to a hearing 'before a judge or other officer authorized by this law to exercise judicial power'. At this hearing, the judge or officer must review the circumstances for and against detention to decide whether or not it is lawful (*Shiesser v. Switzerland* (European Court of Human Rights, Judgment of 4 December 1979)) (detention might, for example, be unlawful in not satisfying Article 5(1)(c)). *Shiesser* also confirmed that the detainee has the right to be physically present at this hearing (perhaps implicit in the requirement to appear 'before' a judge.)

Article 5(3) also requires that this hearing occur 'promptly'. In *Brogan v. United Kingdom* (European Court of Human Rights, Judgment of 29 November 1988) it was held that the 'promptness' requirement confirms both that: (i) judicial control must occur within a definite time period; (ii) provided an arrested person is released within the period of 'promptness' a failure to exercise judicial oversight will not constitute a violation of Article 5(3). Indeed, a judicial hearing might not have been feasible during the short time that the suspect was detained (although the initial arrest or detention might certainly be unlawful under, for example, Article 5(1).)

In clarifying, in *Brogan*, what might constitute 'promptness', the ECtHR held that a hearing who took place after an individual suspected of terrorism had been detained for four days and six hours was not sufficiently prompt. The court believed that any

weakening of the promptness criteria would create consequences impairing the very essence of the rights protected by article 5(3). The Human Rights Chamber of BiH, in *Šljivo v. Republika Srpska* (Case No. CH/97/34, decision of 10 September 1998, para. 103) has held that, 'a delay of nearly two days after the time limits... [for a detention hearing] expired was not in accordance with the requirement of promptness laid out in Article 5(3) of the ECHR.'

As the BiH Constitutional Court confirmed in its judgment on case no. AP-921/04 (Decision of 19 November 2004), any breach of Article 5(3) 'may not be justified by the arguments of the Court of BiH that the Criminal Procedure Code does not explicitly provide such procedural rights. Article II.1 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina provides that the provisions of the European Convention shall have priority over any other law.' Detainees through out Bosnia and Herzegovina have a right to appear in person at a prompt hearing before a judge or other officer authorized by this law to exercise judicial power, during which the factors for or against their initial detention are reviewed.

Extension of Detention Hearings

The CPC of BIH does confer some procedural guarantees for extensions of pre-trial detention periods. However, these protections are also supplemented by ECHR jurisprudence.

According to CPC Article 134(1), pre-trial custody can only be ordered by the Court of BiH and on a motion of the prosecutor. Article 134(4) requires that if the judge present at these preliminary proceedings decides not to accept the motion for custody, he must request that a panel decide the issue. The preliminary decision on custody can also be appealed by the accused to a panel within 24 hours of receipt of the decision. Under article 134(5) of the CPC, a decision of the panel (whether initiated by the accused or the preliminary judge) may be appealed to the appellate division. However, for none of these hearings, whether preliminary proceedings, panel or appellate are procedural guarantees explicit in the CPC. Article 134 must therefore be supplemented by Article 5(4) of the ECHR.

It is perhaps worth noting that Article 5(4) overlaps with Article 134. Article 5(4) requires that the accused be able to challenge the lawfulness of his detention in a court of law and for extensions of detention in Bosnia and Herzegovina, this requirement is probably satisfied by the requirement of a court order issued under Article 134(1) and the subsequent appeals.

However, Article 5(4) also contains further procedural guarantees which might apply to Article 134 proceedings. Article 5(4) contains the same 'equality of arms' principle that has been inferred into Article 6, including a requirement of 'truly adversarial' proceedings (*Toth v. Austria* (Judgment of 12 December 1991)) and generally requires the detained person to be permitted to participate in an oral hearing (*Keus v Netherlands* (1991) 13 EHRR 700)). The Human Rights Chamber of BiH confirmed that Bosnian proceedings require an oral hearing in *Ilijasevic v. BiH and Federation of BiH* (Case No. CH/02/12427, decision of 10 October 2003), in expounding the belief that 'truly adversarial' proceedings necessarily include the right to be heard in person (Para 143).

It is clear that these procedural rights must apply as much to the panel and appellate proceedings under Article 134(4) and (5) as to the initial extension of detention hearing under Article 134(1). It is well established that appellate decisions must accord the same guarantees as applied at first instance, (see for example, *Toth v. Austria* (Judgment of

12 December 1991)). In *E.M.K. v. Bulgaria* (Judgment of 18 January 2005), for example, the applicant's appeal over continued detention was heard in the presence of a prosecutor with no representation for the defendant. In expanding on the importance of the principle of equality of arms in Article 5(4) ECHR, the court held:

A court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure. Thus, the proceedings must be adversarial and must adequately ensure 'equality of arms' between the parties, the prosecutor and the detained.

Ilijasevic also referred to an Appeal from a decision extending custody, rather to the original court order.

However, the opposite might not be true. Defense lawyers should be aware that the presence of an appeal from an extension of detention order might satisfy the procedural guarantees in Article 5(4) ECHR, removing the need for the initial extension of detention order to fulfil Article 5(4). Nevertheless, where the domestic law requires a court to make the initial order (as under Article 134(1)), it is likely that this court must follow the procedural guarantees implicit in Article 5(4). For that reason, at all stage in extension of detention hearings, BiH war crimes suspects have the right to be present at speedy court proceedings of an adversarial nature and equality of arms which determine the lawfulness of their detention.

Pritvor i Član 5 Evropske konvencije o ljudskim pravima

Amanda Wetzel, OKO stažista u OKO-u

Jedno od prvih pravnih pitanja koje advokat prilikom zastupanja svojih klijenata na predmetima ratnih zločina vrši, trebala bi biti žalba na pritvor. Iz ovog razloga, važno je razumijeti odredbe Evropske Konvencije o ljudskim pravima (u daljnjem tekstu: EKLJP) koji govori o proceduralnim pravima osumnjičenih koja se odnose na pritvor. Ipak, EKLJP je fundamentalni dio Ustava BiH i ima prioritet nad svim ostalim zakonima u BiH.

Ovaj članak će istaknuti samo jedan skup proceduralnih garancija koje osigurava Član 5 EKLJP-a: pravo osumnjičenog na saslušanje s ciljem provjere zakonitosti njegovog pritvora.

Prema članu 5(1)(c) EKLJP-a pritvor (u smislu „lišavanja slobode“) je jedino dozvoljen u svrhu dovođenja osumnjičenog pred „nadležnu sudsku vlast kada postoji osnovana sumnja da je ta osoba izvršila krivično djelo ili kada postoje valjani razlozi da se osoba spriječi u izvršenju krivičnog djela ili da nakon izvršenja krivičnog djela, pobjegne.“ Ovaj dio će razmotriti procesna prava koja nadopunjuju ove značajne oblike zaštite.

Prava koja se odnose na prvo saslušanje za odlučivanje o pritvoru

Član 5(3) EKLJP govori da:

Svako ko je uhapšen ili lišen slobode prema odredbama stava 1(c) ovog člana mora odmah biti izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom ovlašteno da vrši sudsku vlast i mora imati pravo na suđenje u razumnom roku ili na puštanje na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može se usloviti garancijama o pojavljivanju na suđenju.

Nakon hapšenja, Član 5 stav 3 daje osumnjičenom pravo na saslušanje „pred sudijom ili drugim službenim licem zakonom ovlaštenim da vrši sudsku vlast“. Na ovom saslušanju, sudija ili službeno lice moraju razmotriti okolnosti u korist i protiv pritvora kako bi se odlučilo da li je ili nije zakonito. (slučaj *Shiesser protiv Švicarske* (Evropski sud za ljudska prava, presuda od 4 decembra 1979)) (pritvor bi, na primjer, mogao biti nezakonit ako nije u skladu sa članom 5(1)(c).). Slučaj *Shiesser je također potvrdio da pritvorenik ima pravo da bude fizički prisutan na njegovom saslušanju* (možda implicitno u uslovu da se pojavi „pred“ sudijom.)

Član 5 stav 3 također traži da se ovo saslušanje obavi „odmah“. U slučaju *Brogan protiv Velike Britanije*, Evropski sud za ljudska prava, presuda od 29.11.1988. godine) smatralo se da uslova „odmah“ podrazumijeva da: (i) sudska kontrola mora da se obavi u vremenskom periodu koji je određen; (ii) i da ako se uhapšena osoba pusti u periodu označenom kao „odmah“ propust da se obavi sudsko razmatranje neće predstavljati kršenje člana 5 stav 3. Zaista, sudsko saslušanje možda i nije bilo izvodljivo u kratkom vremenu dok je osumnjičeni bio pritvoren iako prvo hapšenje ili pritvor bi svakako moglo biti nezakonito prema, na primjer, Članu 5 stav 1.)

Pojašnjavajući, u slučaju *Brogan*, o tome šta bi moglo podrazumijevati „odmah“ Evropski sud za ljudska prava je smatrao da saslušanje koje se održalo nakon što se pritvorila određena osoba osumnjičena za terorizam u trajanju od četiri dana i šest sati, nije bilo dovoljno brzo. Sud je smatrao da bilo kakvo ublažavanje kriterija koji se odnosi na brzinu bi uzrokovao posljedice koje oštećuju samu suštinu prava zaštićenih članom 5 stav 3. Komisija za ljudska prava BiH, u predmetu *Šljivo protiv Republike Srpske* (predmet br: CH/97/34, odluka od 10.09.1998. godine, pasus 103) je smatrala da odgoda skoro dva dana nakon isteka vremenskog roka... [za saslušanje o pritvoru] nije bilo u skladu sa uslovom brzine koji je postavljen Članom 5(3) EKLJP“.

Kao što je Ustavni Sud BiH potvrdio u svojoj presudi u predmetu br. AP-921/048 Odluka iz novembra 2004. godine), bilo koje kršenje člana 5(3) 'ne može se opravdati argumentima Suda BiH da Zakon o krivičnom postupku ne daje izričito takva procesna prava. Član II.1 Ustava Bosne i Hercegovine određuje da će odredbe Evropske konvencije imati prioritet nad bilo kojim zakonom.“ Pritvorenici u Bosni i Hercegovini imaju pravo da se lično pojave na saslušanju koje mora da uslijedi odmah, da budu izvedeni pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom ovlašteno

da vrši sudsku vlast, u kom periodu se razmatraju faktori u korist i protiv njihovog prvobitnog pritvora.

Saslušanja o produženju pritvora

ZKP BiH daje neke od proceduralnih garancija prilikom produženja trajanja pritvora. Međutim, ove zaštite također dopunjava pravna nauka izvedena iz EKLJP-a.

Prema stavu 1. člana 134. ZKP-a BiH, pritvor može odrediti samo Sud BiH, a po prijedlogu tužioca. Član 134. stav 4. određuje da ako je sudija za prethodni postupak (odnosno za prethodno saslušanje) ne prihvati prijedlog o određivanju pritvora, zatražit će da o tome odluči. Pritvoreno lice se može žaliti na Prethodnu odluku o određivanju pritvora vijeću u roku od 24 sata od prijema odluke. Prema stavu 5. člana 134. ZKP-a BiH, protiv rješenja vijeća kojim se određuje pritvor, pritvorena osoba može podnijeti žalbu žalbenom vijeću. Međutim, ni za jedno od ovih saslušanja, bilo da je održano pred sudijom za prethodni postupak, pred vijećem ili žalbenim vijećem, u ZKP-u, nisu izričito navedene procesne garancije, pa se stoga član 134. mora dopuniti stavom 4. člana 5. EKLJP-a.

Stoga možda nema nikakve koristi da se stav 4 člana 5, Evropske Konvencije, preklapa sa članom 134. ZKP-a BiH. Stav 4 člana 5 EKLJP-a određuje da svako kome je uskraćena sloboda hapšenjem ili pritvaranjem mora biti u mogućnosti da pred sudom pobija zakonitost njegovog pritvaranja ili produženja pritvora. Ovaj uslov se vjerovatno ispunjava donošenjem sudskog rješenja u skladu sa stavom 1. člana 134. i žalbama koje slijede.

Međutim član 5 stav 4 EKLJP-a također sadrži daljnje procesne garancije koje bi se mogle odnositi na postupke iz člana 134. Član 5 stav 4 EKLJP-a sadrži načelo „jednakosti strana u postupku“ koje je uvršteno i u članu 6 EKLJP, uključujući i uslov „stvarnog akuzatorskog“ postupka (Toth protiv Austrije (presuda od 12.12.1991. godine) i općenito zahtijeva da se pritvorenoj osobi dozvoli da prisustvuje na usmenom saslušanju (predmet Keus protiv Holandije) (1991 godine) 12 EHRR 700)). Komisija za Ljudska prava BiH potvrđuje da se u postupcima u BiH, traži usmeno saslušanje u slučaju Ilijašević protiv BiH i Federacije BiH (predmet br. CH/02/12427, odluka iz 10.10.2003. godine), prilikom objašnjenja vjerovanja da „stvarni akuzatorski“ postupci obavezno podrazumijevaju pravo da se osoba lično sasluša (Para 143).

Jasno je da se ova procesna prava moraju jednako odnositi na postupke pred vijećem i žalbene postupke prema stavovima 4. i 5. člana 134. ZKP-a BiH tokom prvog saslušanja o produženju pritvora u skladu sa stavom 1. člana 134. Jasno je utvrđeno da odluke po žalbama moraju pružati iste garancije kao one koje važe u prvom stepenu, (npr. Pogledaj slučaj Toth protiv Austrije (presuda od 12.12.1991. godine)). U slučaju E.M.K. protiv Bugarske (presuda iz 18.01.2005. godine), na primjer, žalba podnosioca u vezi nastavljenog pritvora, iznešena je u prisustvu tužioca, a optuženi nije imao zastupnika. U razlaganju važnosti načela jednakosti strana u postupku u članu 5 stav 4 EKLJP, sud je zauzeo stav:

Sud prilikom razmatranja žalbe protiv pritvora mora dati garancije sudskog postupka. Dakle, postupci moraju biti akuzatorski i moraju adekvatno osigurati „jednakost stranaka“ u postupku, tužioca i pritvorenika.

Ilijašević se također više pozivao na žalbu na Rješenje o produženju pritvora, nego na prvobitnu odluku suda.

Međutim, suprotno možda i nije tačno. Branioci bi trebali znati da postojanje žalbe, na odluku za produženje pritvora, bi moglo ispuniti procesne garancije iz člana 5 stav 4 EKLJP, odstranjajući potrebu prvobitnom odlukom za produženje pritvora kako bi se ispoštovao stav 4 člana 5.

Pored svega, tamo gdje domaći zakon traži od suda da donese prvu odluku (kao što je navedeno u članu 134 stav 1, vjerovatno je da ovaj sud mora postupati u skladu sa procesnim garancijama iz člana 5 stav 4. Iz tog razloga u svim fazama saslušanja o produženju pritvora, osumnjičeni za ratne zločine u BiH imaju pravo na ubrzan sudski postupak adversarnog karaktera i načela jednakosti stranaka koji utvrđuju zakonitost njihovog pritvora.