

ISSN 0351-0247



Република Србија

БИЛТЕН

ВИШЕГ СУДА У БЕОГРАДУ

82



intermex
Software & Communications

Београд, 2012.

БИЛТЕН ВИШЕГ СУДА У БЕОГРАДУ

ИЗДАВАЧ: Intermex, Београд, Булевар војводе Мишића 37/II
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

**ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ
УРЕДНИК:** Ђурђа Нешковић, судија Вишег суда у Београду

ЗАМЕНИК: мр Александар Трешњев
судија Вишег суда у Београду

РЕДАКЦИЈСКИ ОДБОР: проф др Горан Илић, судија Уставног суда Србије
и професор Правног факултета у Београду
Зорица Смирчић, Гордана Гајић Салзбергер,
Снежана Јовановић, Драган Мирковић,
Весна Божовић Милошевић и Наташа Албијанић,
судије Вишег суда у Београду

**ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА
И ДИЗАЈН:** Intermex, Београд

ШТАМПАРИЈА: "Cicero", Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из ове публикације представља повреду ауторског права и кривично дело (сходно одредбама чл. 215.-217. Закона о ауторском и сродним правима, и чл. 198.-202. Кривичног законика). Коришћење делова текста из ове публикације дозвољено је сходно ауторском праву и уз сагласност издавача.

САДРЖАЈ

СУДСКА ПРАКСА

1.0. КРИВИЧНО ПРАВО	7
1.1. Правна схватања посебних одељења	7
1.2. Сентенце	22
1.2.1. Кривични законик	22
1.2.2. Законик о кривичном поступку	33
1.2.3. Законик о кривичном поступку из 2011. године	46
1.2.4. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела	51
1.2.5. Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима	53
2.0. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ	56
3.0. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	58

ДИСКУСИЈЕ

Миодраг Орлић: Закон о здравственој заштити и одговорност лекара за проузроковану штету	63
Душан Игњатовић: Контрола оптужнице пред Трибуналом и нашим судовима са посебним освртом на потребан стандард доказа	93
Милић Петровић: Саучесништво у кривичном делу	108
Божидар Митковић: Изручење окривљеног или осуђеног лица	116
Милица Вујанић Ђорђевић: Условни отпуст осуђених лица	124

СУДСКА ПРАКСА

1.0. КРИВИЧНО ПРАВО

1.1. Правна сватања посебних одељења

НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Почетак примене новог Законика о кривичном поступку¹, одређен је за 15.01.2013. године, осим у "посебној надлежности", односно пред Посебним одељењем "за организовани криминал"² и Одељењем за ратне злочине, где је по изузетку (сагласно члану 608. истог Законика), започела 15.01.2012. године. Та примена се према првобитној законској формулацији односила само на кривичне поступке за кривична дела *организованог криминала и ратних злочина*. Изменама новог Законика (од 30.12.2011. године), примена је проширена и на кривична дела *корупције и других посебно тешких кривичних дела* (која су такође у надлежности Посебног одељења "за организовани криминал"). За истрагу која је на дан почетка примене овог законика била у току, прописано је да ће се довршити по одредбама ранијег Законика о кривичном поступку. Ради упознавања шире стручне јавности и праксе, као и све скорије примене овог законског текста и у кривичној "општој надлежности", наводимо *правна схватања* са заједничких седница, која су усвојиле судије наведена два одељења "посебне надлежности" Вишег суда у Београду, руковођени поменутом идејом, као и потребом начелног уједначавања судске праксе у процесно истим, или бар приближно истим ситуацијама.

¹ "Службени гласник РС", број 72 од 28.09.2011. године и 101/11 од 30.12.2011. године.

² Ставили смо наводнике јер је тачан законски назив овог одељења "Посебно одељење за поступање у предметима кривичних дела из чл. 2. овог Закона" (чл. 13. ст. 1. Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела – "Сл. гласник РС" бр. 42/02 са више измена, као и "Одељење за ратне злочине" (чл. 10 ст. 1. Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине – "Сл. гласник РС", бр. 67/03 са изменама).

Седнице одржане током децембра 2011. и јануара 2012.

(уочи почетка примене):

- **одговор на оптужницу** - приговори по којима није донета одлука до почетка примене новог законика, се имају сматрати одговором на оптужницу (чл. 336.), по којима се поступа по новом законнику;

- **нова допуна истраге** - ако се поводом одговора на оптужницу (или приговора који се сматра одговором), дакле после оптужења, списи враћају на допуну истраге (применом чл. 337. ст. 3.), коју је спровео истражни судија (по чл. 603.), истрагу треба да допуни јавни тужилац (а не истражни судија), јер је истрага завршена када је истражни судија сматрајући да је истрага завршена доставио списе јавном тужиоцу, а он је то прихватајући по новом ЗКП подигао оптужницу; за разлику од тога, ако није дошло до оптужења, већ је јавни тужилац ставио предлог за допуну истраге, ту истрагу треба да допуни истражни судија, јер та истрага није завршена већ је и даље "у току" (чл. 603.);

- **припремно рочиште и доказивање спорних чињеница** - на припремном рочишту (чл. 349. и 350.), треба инсистирати на конкретним доказима којима се доказују конкретне спорне чињенице, за разлику од уопштеног навођења доказа (боље је да председник већа сам, ако треба и на више таквих рочишта утврди релевантно у том смислу, како се веће на главном претресу не би оптерећивало непотребним доказивањем, као и сам главни претрес) – упутно је одбрану упитати шта конкретно оспорава, потом тужиоца које доказе предлаже за оспорено, те потом одбрану за контрадоказе (то је моменат када треба да изнесу и све нове доказе);

- **докази по службеној дужности** - иако језичким тумачењем, чл. 15. ст. 4. новог ЗКП, у вези чл. 350. ст. 2., чл. 356. ст. 3. и чл. 396., произилази да су "допунски" докази, исто што и "нови" докази, дакле да суд може по службеној дужности изводити нове доказе, исто треба да буде крајње рестриктивно, односно заиста "изузетно" (према чл. 15. ст. 4. ЗКП), јер је то била интенција законодавца, да суд само изузетно "улази у арену";

- наставак главног претреса - ако се главни претрес наставља, треба наставити тако да се на првом рочишту направи "пресек стања", у смислу изјашњења странака и браниоца шта је преостало "спорно" да се утврди (а у односу на евентуално неспорно, питати да ли повлаче до тада поднете доказне предлоге – које су поднели нпр. у оптужници, поднеску или на главном претресу), уједно их позвати да одмах предложе нове доказе, или им оставити рок од нпр. 15 дана;

- нови почетак главног претреса - ако главни претрес почиње изнова после утврђивања процесних претпоставки за одржавање (чл. 377.), где посебно треба питати браниоце да ли испуњавају услове (чл. 73.), отварања заседања (чл. 378. ст. 1.), доношења решења да се главни претрес одржи (чл. 385. и др.), претходне провере и поуке о правима (чл. 389.), прелази се на излагање оптужбе (чл. 391. – како претрес почиње изнова за очекивати је да ће "тужилац укратко усмено изложити садржај"), а затим на кратко изјашњење оптуженог о кривици (чл. 392.), искористити уводна излагања (чл. 393.), како би се странке (изузетно и оптужени који се брани сам), изјаснили у смислу става 2. исте законске одредбе (о чињеницама које ће бити предмет доказивања, у вези којих питати супротну странку да ли их оспорава, а у вези изведених доказа питати да ли предлажу да се суд поново упозна са свим тим доказима, или евентуално од неких одустају), а нарочито инсистирати да одмах предложе евентуалне нове доказе, јер ће у противном такви доказни предлози ако се поставе касније без оправданог разлога бити одбијени, а тек потом (након уводног излагања), објавити почетак доказног поступка (чл. 394.), у којем након изношења одбране, саслушати оптуженог (које је дефинитивно у тој фази поступка као и извођење других доказа) и одредити време за извођење доказа (по чл. 396.) – на овај начин добија се на уштеди времена и поступа се у складу са новим законом;

- упознавање са доказима (главни претрес) - код упознавања са доказима (по чл. 405. и чл. 406.), ићи првенствено на увид (кратко означавања доказа у који се врши увид – нпр. "Врши се увид у доказе који се налазе у регистратору одређеног броја, по странама према попису списка..." – у том смислу није потребна сагласност странака да се

на тај начин суд упозна са списима, нити читање преко документ камере јер се не ради о читању), а само изузетно ако веће оцени да је то потребно, председник већа ће укратко изнети њихову садржину или ће их прочитати (избегавати дословно читање, јер се суд непотребно исцрпљује, нарочито када се понављају неки докази, а упознавање са доказима у адверзијалном поступку је радња установљена у корист суда, а не странака и бранилаца, који су још од ранијих фаза свакако упознати са доказима које предлажу и на којима је иницијатива, нарочито тужиоца на коме је терет доказивања);

- упознавање са доказима (главни претрес) - ако постоје услови да главни претрес почне изнова па странке или бранилац предложе поновно испитивање сведока нпр. ради унакрсног испитивања на које раније нису имале право, по правилу ће се одбити предлог и поступити по чл. 406. ст. 1 (дакле сходном применом чл. 405. – упознати се са садржином), нарочито ако се према тачки 3. исте одредбе, ради о сведоку који је испитан пред истим председником већа.

- увид у записнике (уместо поновног извођења доказа) - када се промени председник већа поступак се "буквално" враћа на почетак, али веће по изјашњењу странака, може поступити по чл. 388. ст. 4. (против овог решења, према ставу 5. исте одредбе, дозвољена је жалба ванпретресном већу, у ком случају мора доћи до прекида главног претреса, како би то веће одлучило о жалби);

- тонско и видео снимање - о тонском (аудио) снимању (чл. 236.), које је пре свега у функцији израде транскрипта, обавестити процесне учеснике на почетку главног претреса – ако нпр. неко од учесника истакне примедбу у смислу да се врши и оптичко снимање, јер се види слика на мониторима, а да претходно није донета одлука о томе сагласно наведеној одредби, као и да је према чл. 607. ст. 2, престао да важи чл. 15и Закона о организацији и надлежности..., одбити примедбу са образложењем да се ток претреса само преноси путем монитора због техничких и безбедносних разлога, односно потреба медија центра где се преноси претрес који је јаван – у том смислу били би неосновани сви евентуални даљи предлози да се процесним учесницима достави оптички снимак;

- основно испитивање - (према чл. 2. ст. 1. тачка 22), може обавити само странка, бранилац или оштећени који је предложио испитивање конкретног лица, што произилази из наведене одредбе, као и да се ради о адверзијалном поступку, код којег постоји претпоставка да су странке пре главног претреса упознате са прикупљеним доказима, па је на њима иницијатива у предлагању (међутим, ако нпр. сведок који раније уопште није испитиван, или је испитиван али није то спомињао, изјави нешто што не иде у прилог неком од саопштужених који није предложио његово испитивање, јер није унапред могао да зна шта ће изјавити, наведени оптужени, или његов бранилац би у таквој процесној ситуацији, када нема услова за унакрсно испитивање, јер се не ради о предлогу супротне странке, једино могли да предложе да сведоку поставе додатна питања по одобрењу председника већа (члан 402. ст. 6.) и то само у вези тих околности (право на додатно питање могу имати и остали учесници, такође по одобрењу председника већа) – ако има услова за унакрсно испитивање, јер се ради о сведоку који је предложен од супротне странке, наравно да ће они искористити тада своје право да поставе питања у унакрсном испитивању – о овим могућностима, требало би поучити поменуте у фази поучавања по чл. 389, нарочито у првом периоду примене новог законика);

- основно испитивање - основно испитивање се може односити само на околности којима се утврђују спорне чињенице у вези којих је предложено конкретно лице (нпр. за сведока) и у односу на кривично дело у вези којег је предложено, јер се сведок: 1) најпре, "после општих питања позива да изнесе све шта му је о предмету познато" (према чл. 98. ст. 2)., па му се 2) постављају питања (према ст. 3. исте одредбе) и то најпре у основном, а потом унакрсном испитивању, те најзад 3) евентуално (по одобрењу председника већа), постављају додатна питања (по чл. 402. ст. 6.); могу му постављати питања и која се не односе на предмет, али само ради провере веродостојности исказа (према члану 402. ст. 7., а сходно 398. ст. 3., председник већа неће забранити и оно питање које се не односи на предмет, "када се ради о питању којим се проверава веродостојност исказа");

- **унакрсно испитивање** - унакрсно испитивање се може односити само на оно што је сведок навео у основном испитивању (јер би се претворило у ново основно или допунско испитивање и то на унакрсан начин, што би било недопустиво);

- **унакрсно испитивање** - унакрсно испитивање (према чл. 2. тачка 22, а у вези тачке 9), може бити предузето само од стране "супротне странке", што значи да то не може чинити саоптужени, или његов бранилац ... ако је нпр. лице које се испитује предложио други саоптужени или његов бранилац, без обзира колико му тај исказ не иде у прилог, саоптужени и његов бранилац му не могу постављати питања, јер они међусобно нису "супротне странке", већ је у односу на све оптужене то само јавни тужилац (ради се о двостраначком, а не вишестраначком поступку), па се једино (као и у горе поменутој ситуацији), може предложити постављање додатних питања (чл. 402. ст. 6.), која не смеју бити сугестивна;

- **разлози за притвор у истрази (која се завршава по "старом" ЗКП)** - могу бити само по чл. 142. (стари ЗКП), а не по чл. 211. (нови ЗКП), јер ће се истрага довршити по старом законикау (и друге опште одредбе старог законика које се односе на истрагу, нису све у том делу законика па се примењују док се истрага не доврши - нпр. које се односе на саслушање окривљеног, испитивање сведока);

- **претресање (стана и др. просторија, или лица)** - према чл. 155. ст. 1, "На образложени предлог јавног тужиоца, претресање (стана и др. просторија или лица), наређује суд" – у претходном поступку или предистражном, функционално је надлежан је судија за претходни поступак, а не ванпретресно веће – с једне стране, у члану 21. ст. 4. наводи се да веће од троје судија, између осталог, "доноси одлуке ван главног претреса", дакле овде се не ради о тој фази поступка када сличне одлуке доноси то веће. . . осим тога, и због практичних разлога, ово веће је много мање оперативно од судије за претходни поступак, који је у тешњој вези са полицијом и тужиоцем (нарочито ако је у питању нерадни дан, па је потребно да се састане веће које иначе не дежура, за разлику од судије за претходни поступак, а постоји опасност да ће предмет који се тражи бити скривен, одбачен или уништен), а и интенција законодавца је била

да послове истражног судије у тим ранијим фазама преузме судија за претходни поступак, а не веће, иако према чл. 22. ст. 2. "У предистражном поступку и истрази одлучује судија за претходни поступак у случајевима предвиђеним овим закоником" (сходно претходном решавају се и случајеви екстрадиције за коју је према посебном закону искључиво био надлежан истражни судија);

- **условни отпуст** – пошто се према чл. 565. ст. 2. ЗКП, на рочиште позива представник завода у којем осуђени издржава казну затвора, "ако је извештај позитиван", како би представник био испитан (ближе према чл. 566. ст. 3.), потребно је да извештај Завода буде јасан и да се на основу истог може извести недвосмислен закључак да ли се даје позитивно или негативно мишљење; према истој одредби суд на рочиште мора да позове браниоца ако га има и јавног тужиоца;

- **замолнице за међунароноправну помоћ** - обзиром да према Закону о међународној правној помоћи у кривичним стварима (чл. 89.), одлуку о пружању правне помоћи доноси суд, ценећи испуњеност законских претпоставки (које се наводе у одредбама чл. 7. и 84. истог закона – између осталог да су испуњени услови предвиђени ЗКП), док је према новом ЗКП изричито одређено које "послове" обавља истражни судија по старом ЗКП (само "у истрагама које су у току на дан почетка примене новог"), односно судија за претходни поступак (у "новим" поступцима), те више не садржи одредабе о међунароноправној помоћи (које су биле садржане у старом ЗКП), по новим замолницама за међунароноправну помоћ треба да поступа тужилаштво (судија за претходни поступак Посебне надлежности је у оваквој правној ситуацији, донео решење ПомИк2-По1 бр. 1/12 од 19.01.2012. године, утврђујући да су испуњене законске претпоставке, поменутог Закона о међунароноправној помоћи, па се одобрава ТОК-у да пружи остале видове међународне правне помоћи тражене поднетом замолницом);

- **одређивање притвора (у истрази)** – у истрази, поред судије за претходни поступак, притвор може одредити и веће из чл. 21. ст. 4. (према чл. 214. ст. 1.) – нпр. у процесној ситуацији поводом жалбе ако судија за претходни поступак не прихвати предлог јавног тужиоца о одређивању притвора;

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 31.01.2012. године:

- стручни саветник - мора бити са списка вештака ако га суд поставља (по чл. 125. ст. 2.); могу му се постављати питања о предмету вештачења (чл. 126. ст. 1.); од даје исказ (а не налаз и мишљење, јер се тако и заклиње - према ст. 3. исте одредбе "да ће дати исказ у складу са правилима науке и вештине"); његова улога је превасходно у функцији провере вештачења (обзиром да је "лице које располаже стручним знањем у области у којој је одређено вештачење – чл. 125. ст. 1.); следствено претходном нема "супер вештачења" између исказа стручног саветника и налаза и мишљења вештака (ако се јаве неслагања, суд иста покушава најпре да разјасни са тим вештаком итд. – слично ранијем законском решењу);

- разлози за притвор - уколико се окривљено лице налази у притвору (по оптужењу), само због разлога из чл. 142. ст. 1. тачка 5 старог ЗКП (који је престао да важи у Посебној надлежности), требало би у најкраћем року, по службеној дужности, испитати да ли постоје разлози за притвор из чл. 211. ст. 1. (тач. 1-4) новог ЗКП, а нарочито из тачке 4 (у том смислу не би требало чекати наредну "контролу", која може бити и у року од 60 дана, јер је наведени "стари" основ за притвор престао да постоји по сили закона (ex lege), док је суд по службеној дужности у обавези да укине притвор, или исти замени блажом мером, када "престану да постоје разлози за притвор" (чл. 189. ст. 3.) – у противном, проблем се јавља приликом одлучивања о евентуално поднетом предлогу за укидање притвора по истом основу (пре "контроле"), јер како мењати притворски основ у тој процесној ситуацији када се не ради о "контроли", односно преиспитивању притвора по службеној дужности;

- разлози за притвор - у горе поменутом смислу, требало би преиспитати и предмете где су лица у притвору само по тач. 1. и/или 5. (због могућег предлога за јемство);

- **"контрола" притвора (рок)** - ако се окривљени налазе у притвору и по неком другом "старом основу" за притвор (из чл. 142. ст. 1.), нпр. из тач. 2. и 3. (макар то било уз основе из тачака 1. и/или 5.), нема сметње да се преиспитивање обави у року према последњем решењу о продужењу (30 или 60 дана), дакле нема потребе за "преиспитивањем" по службеној дужности, јер нема опасности да услед промене закона наступе неке штетне последице по њих (у смислу чл. 189. ст. 3. новог ЗКП);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 14.02.2012. године:

- **одговор на оптужницу** - када се оптужница, поводом одговора, врати тужиоцу да исправи недостатке (по чл. 333. ст. 2.), измењена оптужница (никако то не може бити нова оптужница), се доставља са поупом о праву на подношење одговора (чл. 336. ст. 1.), само ако се идентитет оптужнице изменио у мери да је то оправдано;

- **притвор** - када се оптужница, поводом одговора, врати тужиоцу да исправи недостатке (по чл. 333. ст. 2.), након што тужилац поднесе измењену оптужницу, није потребно испитивати постојање разлога за притвор по службеној дужности ("контрола" притвора), пре истека рока од 30 дана из последњег решења о притвору, јер је веће из чл. 21. ст. 4. дужно да изврши ово испитивање "по истеку сваких 30 дана до потврђивања оптужнице..." (чл. 216. ст. 3.);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 21.02.2012. године:

- **аудио запис прислушкиваних телефонских разговора** - окривљеном и његовом браниоцу може се одобрити, да у суду преслу-

шају аудио запис телефонских разговора, јер се ради о предмету који може послужити као доказ (у смислу чл. 251. ст. 1.) – на тај начин у довољној мери је обезбеђено право одбране (могу нпр. предложити да се додатно транскриптују и на главном претресу преслушају разговори који до тада нису били предложени и сл.) – ако захтевају да им се исто достави, како би преслушавање обавили изван суда, такав предлог би ваљало одбити како би се предупредиле евентуалне злоупотребе (пре свега у техничком смислу које могу створити проблеме на плану доказивања) и заштитила приватност (тим пре, јер суд, пре главног претреса, више није у позицији да се упозна са целокупним снимљеним материјалом, који је у овој надлежности готово редовно изузетно обиман, а нарочито јер се у смислу нових правила доказивања и страначкој диспозицији, по правилу "креће" унутар предложених доказа).

- одговор на оптужницу - када се оптужница, поводом одговора, врати тужиоцу да исправи недостатке (по чл. 333. ст. 2.), измењена оптужница се (ако се идентитет оптужнице изменио у мери да је то оправдано), доставља окривљеном и браниоцу, са поуком о праву на подношење одговора (према правном схватању од 14. 2. 2012.) – у тој процесној ситуацији није потребно од окривљених или бранилаца, који су раније поднели одговоре, о којима није одлучено "in meritum", тражити да се изјасне о томе да ли остају при ранијим одговорима;

- функционална надлежност после прекида истраге - након прекида истраге, треба да поступа тужилац посебне надлежности, а не истражни судија - предмет у прекиду нпр. због бекства окривљеног, по Судском пословнику (члан 250.) се разводи као решен уколико окривљени не буде лишен слободе у одређеном року – 90 дана, те у том смислу такву истрагу би ваљало сматрати "завршеном" (у смислу чл. 603. која "није у току"), што је уједно логично решење, јер би у противном истражни судија могао да има потенцијалну функционалну надлежност до апсолутне застарелости за најтежа кривична дела, дакле и у наредних 50 година, што свакако није била интенција законодавца;

- дозвољеност жалбе - када веће (претресно или ванпретресно), одбије предлог окривљеног или браниоца за укидање притво-

ра, против тог решења жалба није дозвољена – наведено иако код ове процесне ситуације жалба није изричито искључена (чл. 465. ст. 1.), јер према чл. 216. ст. 5., жалбу може изјавити само јавни тужилац и то када је "одбијен предлог за одређивање притвора", што "a contrario" значи да окривљени и бранилац могу изјавити жалбу само када је донето решење из ст. 2. исте одредбе (логично ако је донето решење о одређивању или продужењу притвора);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 28.02.2012. године:

- формална исправност оптужнице - ако тужилац само делимично исправи недостатке у оптужници, на које је веће (чл. 21. ст. 4.) указало (примењујући чл. 333. став 2.), исто веће ће неуредну оптужницу поново вратити тужилаштву, уз упозорење да ће иста бити одбачена (према ст. 3 исте законске одредбе), а у вези чл. 229. став 3. у вези става 1. (уредност поднесака), уколико не поступи у складу са налогом суда.

- одговор на оптужницу - након допуне истраге, окривљеном и браниоцу, не треба доставити поуку о праву на подношење одговора на оптужницу, (нпр. уз обавештење да је допуњена истрага), без обзира што приликом подношења првобитног одговора на оптужницу (поводом којег су списи и били враћени на допуну истраге по чл. 337.), нису били у прилици да се осврну на доказе које су прибављени касније у допуњеној истрази - јер им је та поука достављена уз оптужницу (која у овој процесној ситуацији није измењена);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 06.03.2012. године:

- оштећени као тужилац у посебној надлежности - (кривична дела за која је овлашћени тужилац "јавно тужилаштво посебне надлежности" - чл. 162. ст. 1. тач. 1) - оштећени као тужилац није

овлашћен да заступа оптужбу - поводом таквог оптужног акта, веће би се огласило функционално ненадлежним по чл. 21. ст. 1. тач. 3;

- продужење притвора по оптужењу - У децембру 2011. год, ПО је заузело правно схватање: продужење притвора (по оптужењу) – у образложењу решења о продужењу притвора после потврђивања оптужнице треба унети да се ради о "оправданој сумњи" (која у себи према чл. 2. ст. 1. тач. 19, садржи и основану сумњу из чл. 211. ст. 1.), јер је након потврђивања оптужнице, основана сумња (која је иначе минимум да би притвор уопште могао бити одређен), прерасла у оправдану (у вези наведене тачке 19, где би веће тек у случају када потврди оптужницу истим решењем утврдило да постоји таква сумња, односно такав скуп чињеница које "оправдавају подизање оптужбе" – следствено томе до тог момента постоји само "основана сумња") – Према Закључцима Апелационог суда од 31.01.2012. године, оправдану сумњу треба навести у решењу о притвору већ "по оптужењу", те је исто прихваћено (и поред горе наведене аргументације за коју присутни сматрају да има више упоришта у закону);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 13.03.2012. године:

- предлог за укидање притвора на припремном рочишту - након поновног разматрања, подржано је раније схватање, да председник већа на припремном рочишту није овлашћен да одбије предлог за укидање притвора, већ ако нема сагласности (из чл. 351.) да то треба само констатовати - ако подносилац и након тога остане при предлогу упутити га да може поднети писмени предлог;

- јемство - поводом питања који председник већа одлучује о јемству после подигнуте оптужнице (у вези чл. 205. ст. 1.), донета је одлука да се упутити иницијатива Апелационом суду у Београду – Посебном одељењу и Одељењу за ратне злочине – упућена иницијатива 14.03.2012. године;

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 20.03.2012. године:

- кретање списка – уколико се списи физички налазе у тужилаштву (нпр. ради допуне истраге), или у другостепеном суду (поводом жалбе), потребно је благовремено (нпр. три дана раније), у односу на истек рока за доношење одлуке, која не трпи одлагање (притвор и сл.), захтевати да се списи врате суду, како би формално и фактички постојали услови за одлучивање;

- разлози за притвор – када одлучује на посебној седници (чл. 212. ст. 5.), "да ли ће одлуку о одређивању притвора оставити на снази, или укинути притвор", суд може мењати постојеће, или додати нове законске основе за притвор у односу на решење о притвору које испитује;

- јемство – ако је пре правноснажности последњег решења о притвору, поднет предлог истог процесног учесника за одређивање јемства, о том предлогу не треба одлучивати док се списи не врате из Апелационог суда, тиме док се не расправи притвор, који би као најстрожа мера евентуално био супституисан јемством као блажом мером;

- притвор поводом споразума о признању кривице – ако постоји сагласност странака поводом предлога за укидање притвора (која по ЗКП није саставни део тог споразума), председник већа на посебном рочишту, а поводом споразума, није овлашћен да сам укине притвор (нпр. аналогијом у односу на његово изричито овлашћење на припремном рочишту), већ без обзира на сагласност или несавласност, списе доставља ванпретресном већу, које је једино у тој фази поступка овлашћено да одлучи о притвору (ван претреса);

- доказни предлог - ако обе странке предложе испитивање истог сведока, или вештака (из чл. 402. ст. 3.), сматраће се да је доказ предложила странка чији је предлог први заведен у суду (док је била судска истрага по старом ЗКП), чак иако је та иста странка, након

што је тај предлог реализован у истрази, по оптужењу, предложила само упознавање (увидом, читањем и др.), са тим исказом на главном претресу, а не и поновно испитивање (ово неће бити могуће код тужилачке истраге, јер се ти предлози више не заводе у суду, већ у тужилаштву, осим ако се ради о предлогу из чл. 302. ст. 2. – судији за претходни поступак, дакле суду);

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

Седница 26.04.2012. године:

- јемство - функционална надлежност (у фази Оптужења – Глава XVII ЗКП) – Ванпретресно веће (из чл. 21. ст. 4. ЗКП), одлучује о јемству после подигнуте оптужнице до њеног потврђивања (односно док не буде одређен председник већа), а не "само када је у заседању", јер је у заседању увек када се закаже седница, нити о томе одлучује председник ванпретресног већа (наведено у вези Закључка Апелационог суда у Београду од 19.03.2012. године, којим је исто другачије одређено);

- јемство - функционална надлежност - Ванпретресно веће (из чл. 21. ст. 4. ЗКП), такође одлучује о јемству после објављивања пресуде, до правноснажног окончања кривичног поступка, а не председник већа;

- јемство – хитност поступања – о предлогу за јемство се хитно поступа (уколико се спис физички не налази у суду, захтевати да се привремено врати ради одлуке, у ситуацији када је извесно да би исто знатно потрајало);

- јемство и притвор – када се одређује јемство, изрека би нпр. могла да гласи: "УСВАЈА СЕ ПРЕДЛОГ одбране окривљеног..., па се ОДРЕЂУЈЕ ЈЕМСТВО... које се састоји..., с тим да ће се ЗАМЕНИТИ ПРИТВОР који је окривљеном одређен решењем... и исти ПУСТИТИ НА СЛОБОДУ када он лично или неко други за њега пружи јемство..." (ближе према чл. 202. ст. 1, у вези 189. ст. 3.) – на овај начин уколико окривљени прекрши обећање из чл. 206. ЗКП,

нема сметње да му буде поново "одређен" притвор, а одлука је сагласна и чл. 202. ст. 1. (у делу да се окривљени "пушта на слободу", односно не укида му се притвор)... такође исто је технички лакше, јер ово решење може донети и председник већа, те је тиме превазиђен процесни проблем у вези његове функционалне ненадлежности да укине притвор (мера притвора се "заменењује" , а не "укида", што је овлашћен по наведеном 189. ст. 3.;

- **оптужница – уређење** – оптужница се враћа тужиоцу да исправи недостатке у форми решења, на које није дозвољена жалба (чл. 333. ст. 2. у вези чл. 465. ст. 2. – ради се о фази "Оптужења" - Глава XVII);

- **унакрсно испитивање** – ако је испитивање сведока или вештака одредио суд по службеној дужности (што чини само изузетно да би се отклонила нека противречност и др. према чл. 15. ст. 4.), странке немају право на унакрсно испитивање, јер то право према чл. 2. ст. 1. тач. 22. има само "супротна странка" (ради се о двостраначком поступку, тако да ниједна странка није "супротна" у односу на суд) – испитивање се у основи своди на основно, евентуално и на додатна питања;

*Приредио: председник ПО - судија
Владимир Вучинић, Маст. прав.*

1.2. Сентенце

1.2.1. Кривични законик

ПРАВНА ЗАБЛУДА

(члан 29. КЗ)

Да ли окривљени није знао да је дело забрањено, суд цени и према степену образовања окривљеног, интелектуалним способностима, професији коју обавља, те личном искуству самог окривљеног.

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим да је поседовао порнографски материјал настао искоришћавањем малолетног лица за порнографију из члана 185. став 4. Кривичног законика.

Наводи одбране окривљеног, на чему у изјављеним жалбама окривљеног и његовог браниоца се инсистира да је он правно необразован, те да стога није био упознат да је законом забрањено и само поседовање оваквог материјала који је код њега пронађен, основано од првостепеног суда није прихваћено, а имајући у виду степен образовања окривљеног, да су му интелектуалне способности према спроведеном вештачењу изнад просека, да је по професији новинар са дугогодишњим искуством, нарочито у области истраживачког новинарства, који се у конкретном случају бавио изузетно осетљивим областима – различитим облицима сексуалне девијације, па како то правилно налази првостепени суд, лица таквог нивоа образовања и професионалне радозналости, веома су добро упућена у све чињенице и околности теме којом се у конкретном случају баве, као и да је окривљени био потпуно свестан да прикупља фотографије чије је поседовање законом кажњиво.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I ПоЗ. бр. 20/11 од 23. новембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. ПоЗ бр. 68/10 од 20. маја 2011. године)

**ЗАБРАНА ПРИСУСТVOBAЊA OДPEЋEHИM
CПOPCКИM ПPИPEДБAMA**
(члан 89б KЗ)

Када суд изрекне меру безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама, мора у изреци одредити у односу на које спортске приредбе и у ком времену трајања се мера изриче.

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим да је извршио кривично дело насилничког понашања на спортским приредбама из члана 344-а став 1. КЗ-а, јер је на фудбалској утакмици вређао и напао фудбалског судију. Окривљеном је изречена мера безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама тако што му је забрањено да присуствује свим фудбалским утакмицама фудбалског клуба чији је навијач и то у временском трајању од једне године од дана правноснажности пресуде. Оптужени је обавезан да непосредно пре почетка времена одржавања фудбалских утакмица, а фудбалског клуба чији је навијач, се јави службеном лицу у подручју полицијске управе, односно полицијске станице на подручју на коме се затекао и да борави у њиховим просторијама за време одржавања спортске приредбе.

Правилно је првостепени суд уз кривичну санкцију окривљеноме на основу члана 344-а става 6. у вези са одредбом члана 89. став 6. КЗ-а изрекао и меру безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама у трајању од једне године од дана правноснажности пресуде, које разлоге у свему прихвата и Апелациони суд као другостепени, јер налази да је тако изречена кривична санкција сразмерна тежини кривичног дела и степену кривице окривљеног као извршиоца кривичног дела.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. број 3760/11 од 31. октобра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 177/11 од 19. маја 2011. године).

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ

(члан 91. КЗ)

Када суд у чињеничном диспозитиву утврди да је код окривљеног пронађен новац који потиче од кривичног дела, тај новац се, сходно одредби члана 91. КЗ мора одузети.

Првостепени суд у изреци ожалбене пресуде окривљеног оглашава кривим због извршења кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из члана 246 став 1 КЗ-а, при чему у чињеничном опису наводи да је код окривљеног пронађен новац који потиче од продаје опојних дрога у износу од 1.700 евра и 9.700 динара, док приликом одлучивања о имовинској користи од окривљеног одузима новац у износу од 1.600 динара, а што изреку ожалбене пресуде чини контрадикторном и неразумљивом. Ово с тога, што се у чињеничном опису и изреци пресуде наводи да је код окривљеног пронађен новац који потиче од продаје опојне дроге у износу од 1.700 евра и 9.700 динара, док суд применом члана 91. КЗ-а одузима само 1.600 динара, док у образложењу ожалбене пресуде приликом образлагања одлуке у делу који се односи на имовинску корист која је од окривљеног одузета, првостепени суд не даје разлоге.

Одредбом члана 91. Кривичног законика, ставом 1. прописано је да нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом, док је ставом 2. истог члана прописано да се корист из става 1. овог члана одузима. С тога, остаје потпуно нејасно на основу чега је првостепени суд од окривљеног одузео само 1.600 динара.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 5767/10 од 08. новембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 3329/10 од 26. маја 2010. године).

ЗАСТАРЕЛОСТ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ

(члан 105. КЗ)

Радње које је суд предузео у циљу принудне наплате новчане казне, не могу прекинути рок застарелости извршења новчане казне.

Првостепеним решењем новчана казна је замењена затворском казном. Другостепеним решењем укинута је првостепено решење.

Одредбом члана 105. тачка 7. КЗ-а, прописано је да рок релативне застарелости извршења новчане казне износи две године, а застарелост извршења тече од дана када је пресуда, којом је казна изречена постала правноснажна. Из списка предмета произилази да је Окружни суд у Београду поднео Четвртом општинском суду у Београду предлог за извршење пресуде Окружног суда у Београду ради наплате новчане казне.

Кривичним закоником који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, прописано је у члану 51. став 2. КЗ-а, да уколико осуђени не плати новчану казну у одређеном року, суд ће новчану казну заменити казном затвора, како је то правилно наведено у изреци првостепене пресуде. Из овог произилази да се од 01. јануара 2006. године не може вршити принудна наплата новчане казне, што значи да радње које је суд предузео у циљу њене принудне наплате не могу ни прекидати рок застарелости извршења казне.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 3934/11 од 30. новембра 2011. године и решење Вишег суда у Београду К. бр. 11632/10 од 07. новембра 2011. године)

ТЕШКО УБИСТВО

(члан 114. КЗ)

Свирепост као обележје кривичног дела тешког убиства има своју објективну компоненту која се огледа у наношењу непотребних патњи жртви и субјективну компоненту која се састоји у намери окривљеног да мучи жртву.

Апелациони суд у Београду, увидом у списе утврдио је да првостепени суд уопште није навео разлоге о одлучној чињеници да ли је оштећени критичном приликом трпео непотребне патње које превазилазе патње које прате свако лишење живота, а које околности би указивале на свирепост убиства оштећеног.

Првостепени суд у образложењу пресуде такође не даје разлоге о томе да ли су окривљени критичном приликом били свесни и по-

ступали са намером да оштећеном нанесу прекомерне болове и патње, те да ли је таква намера окривљених евентуално може да се утврди из њиховог понашања. Другим речима, поред напред наведене објективне компоненте свирепости која се огледа у наношењу непотребних патњи жртви, неопходно је постојање и субјективне компоненте свирепости која се састоји од намере окривљених да муче жртву, односно да су окривљени били свесни да својим поступањем наносе прекомерне болове и патње оштећеном и да су исто хтели, а што је све од значаја за правну квалификацију радњи које се окривљенима стављају на терет.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 5137/11 од 01. децембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 1127/10 од 16. маја 2011. године)

УБИСТВО НА МАХ

(члан 115. КЗ)

Чињеница да се окривљени у време извршења кривичног дела налазио у стању јаке раздражености не искључује његов директан умишљај.

Насупрот жалбеним наводима првостепени суд је правилни и у потпуности утврдио чињенично стање и на исто правилно применио кривични закон када је нашао да се у радњама оптуженог стичу сва законска обележја кривичног дела убиства на мах из члана 115. Кривичног законика, за које га је суд и огласио кривим. Наиме, правилан је закључак првостепеног суда да у конкретном случају околност да се оптужени у време извршења кривичног дела налазио у стању јаке раздраженост не искључује директан умишљај оптуженог у односу на лишење живота оштећеног, јер његова способност да схвати значај радњи које предузима као и могућност управљања поступцима, па самим тим и постојање психичког односа према учињеном делу, нису биле искључене, већ смањене.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 664/11 од 29. септембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 196/10 од 02. новембра 2010. године)

УБИСТВО НА МАХ

(члан 115. КЗ)

Провокација која је довела окривљеног у стање јаке раздражености може трајати и дужи временски период, па и више година.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 4732/11 од 09. фебруара 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 224/11 од 09. маја 2011. године)

ТЕШКЕ ТЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ

(члан 121. КЗ)

Приликом утврђивања да ли је умишљај окривљеног ишао за тим да се оштећени лиши живота или да му се нанесе тешке телесне повреде суд треба да цени и чињеницу да ли се окривљени професионално бави борилачким вештинама.

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим за извршење кривичног дела покушај убиства из члана 113. КЗ-а у покушају у вези члана 30. КЗ-а.

Другостепеном пресудом преиначена је првостепена пресуда и окривљени оглашен кривим за извршење кривичног дела тешке телесне повреде из члана 121. става 1. КЗ-а.

Основано се наводима жалбе истиче да првостепени суд није несумњиво утврдио да је окривљени критичном приликом поступао са намером да оштећеног лиши живота, пре свега имајући у виду налаз и мишљење судског вештака који и овај суд у потпуности прихвата, а из кога, између осталог, произилази да ни једна од повреда коју је оштећени задобио није директно доводила у опасност његов живот. Наведену чињеницу овај суд је ценио у вези са околностима да се окривљени професионално бави борилачким вештинама, те да је оштећеном повреди нанео опасним оруђем – мачетом, чијим дејством је релативно лако могао оштећеног да лиши живота или бар да му нанесе убодне повреде и повреде које би довеле у опасност његов живот, да је такву последицу хтео, без обзира на чињеницу

што је оштећеном нанео чак 18 различитих повреда. У том смислу овај суд је имао у виду и то да је окривљени након сукоба са оштећеним и напуштања локала убрзо вратио у исти и наставио наношење телесних повреда оштећеном како је то утврђено из исказа сведока из чега такође произилази да је окривљени имао довољно времена да оштећеног лиши живота да је то заиста и желео.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 5812/11 од 31. јануара 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 4318/10 од 05. јула 2011. године)

УЧЕСТВОВАЊЕ У ТУЧИ

(члан 123. КЗ)

Не постоји туча у ситуацији када не постоји активни отпор нити учествовање у тучи од стране једне групе, већ само двојица окривљених прилазе четворици оштећених, један окривљени пуца на њих, док је другоокривљени пар пута ударио једног од оштећених.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 4992/11 од 14. децембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 1354/10 од 12. јула 2011. године)

ЗАПУШТАЊЕ И ЗЛОСТАВЉАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА

(члан 193. КЗ)

Окривљени је извршио три кривична дела запуштања и злостављања малолетног лица, тако што је своје троје малолетне деце, за период њиховог малолетства а почев од њихове осме године живота, као њихов отац, злостављао и принуђивао на претерани рад, који није одговарао њиховом узрасту, на тај начин што је сво троје деце приморавао да раде у кречани, где је он унапред за новац договарао послове, па су тако оштећени обављали разне тешке и по здравље штетне физичке послове као што су ложење пећи, грејање камена, вађење и складиште-

ње креча, од раног јутра до вечери, а често и током ноћи, при томе не обазирјући се на то што је једна његова ћерка од раног детињства оштећеног слуха, а син је као дете доживео дечији фрас и од тада редовно користио лекове, а новац од послодавца кречане је лично наплаћивао и задржавао.

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим за извршење више кривичних дела. Три кривична дела запуштање и злостављање малолетног лица из члана 193. став 2. КЗ-а окривљени је извршио тако што је сина и једну ћерку тукао а другу ћерку приморавао да сво троје раде у кречани где је он унапред за новац договарао послове, па су тако оштећени обављали разне тешке и по здравље штетне физичке послове као што су ложење пећи, грејање камена, вађење и складиштење креча, од раног јутра до вечери, а често и током ноћи, не обазирјући се на то што је једна његова ћерка од раног детињства оштећеног слуха, а син је као дете доживео дечији фрас и од тада редовно користио лекове, па је сав новац, који су оштећени зарадили обављајући описане послове, лично наплаћивао од послодавца кречане и задржавао га за себе, трошио новац углавном на куповину алкохола, а од остатка новца куповао деци храну, али не у количини које су биле потребне за њихов нормалан одгој, чиме је извршио три кривична дела запуштања и злостављања малолетног лица из члана 193. став 2. КЗ-а.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 5590/11 од 15. децембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 60/11 од 06. септембра 2011. године).

ОМОГУЋАВАЊЕ УЖИВАЊА ОПОЈНИХ ДРОГА (члан 247. КЗ)

Окривљени је предузео радњу давања опојне дроге тако што је један цоинт марихуане донео у стан код пријатеља, а затим су га њих четворица заједно конзумирали у стану.

Првостепеном пресудом двојица окривљених су оглашени кривим за извршење кривичног дела омогућавања уживања опојне дроге у саизвршилаштву тако што је првоокривљени ставио на располагање просторије да би више лица уживало опојну дрогу, а друго-

окривљени дао да више лица ужива опојну дрогу на тај начин што су у стану код првоокривљеног дошла још два лица па је другоокривљени извадио један цоинт опојне дроге марихуане, који су заједно попушили. Обојца окривљених су своје радње предузели без икакве накнаде. Овиме су обојца окривљених извршили једно кривично дело из члана 247. става 2. у вези става 1. Кривичног законика.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 4781/11 од 24. јануара 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 1015/10 од 19. априла 2011. године)

НАСИЛНИЧКО ПОНАШАЊЕ НА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА (члан 344а КЗ)

Учесници спортског такмичења, односно лица која по Статуту Спортског савеза имају својство обавезног и дозвољеног учесника спортског такмичења не могу бити извршиоци овог кривичног дела, што значи да физички обрачун између фудбалера и помоћног судије не представља радњу извршења овог кривичног дела.

Првостепеним решењем одбијена је оптужба да је окривљени извршио кривично дело.

Према налажењу Апелационог суда у Београду, а полазећи од Европских конвенција о насиљу, недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама, те Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, учесници спортског такмичења и спортске манифестације, што значи лица која по Статуту Спортског савеза имају својство обавезног и дозвољеног учесника спортског такмичења или манифестације, не могу бити извршиоци овог кривичног дела. Дакле како је у конкретном случају дошло до физичког обрачуна учесника спортске приредбе и то на спортском терену, односно фудбалера и помоћног судије, те радње које је осумњичени предузео, не могу се

квалификовати као радње извршења кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 1632/11 од 19. септембра 2011. године и решење Вишег суда у Београду К. бр. 3830/10 од 21. фебруара 2011. године).

**НЕОВЛАШЋЕНО БАВЉЕЊЕ ОДРЕЂЕНОМ
ДЕЛАТНОШЋУ**
(члан 353. КЗ)

Окривљени се неовлашћено и за награду бавио емитовањем радио програма без дозволе Републичке радиодифузне агенције тако што је на подручју општине, преко рачунара који је био повезан са предајником, емитовао радио програм на одређеној фреквенцији.

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим да је у периоду од десет месеци неовлашћено и за награду се бавио емитовањем радио програма без дозволе Републичке радиодифузне агенције, која је потребна за обављање ове делатности по Закону о радио дифузији, на тај начин што је на подручју општине преко рачунара који је био повезан са предајником, емитовао радио програм са идентификационим називом Радио "Бубамара" на фреквенци 93,4 мега херца, који је био забавног карактера и састојао се од емитовања музике и музичких жеља, при чему је од заинтересованих лица наплаћивао емитовање песама, на који начин је остварио имовинску корист у тачно неутврђеном износу. Чиме је извршио кривично дело неовлашћено бављење одређеном делатношћу из члана 353 Кривичног законика. Апелациони суд, као другостепени, је потврдио првостепену пресуду.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I ПоЗ. бр. 31/11 од 16. децембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду КПо. З. бр. 45/11 од 08. новембра 2011. године).

ПРИМАЊЕ МИТА
(члан 367. став 4. КЗ)

Када учинилац, лекар, након извршене лекарске интервенције прими новац правно је ирелевантно што је тај новац сматрао знаком захвалности и као такав га примио.

Првостепеном пресудом окривљена је оглашена кривом да је као лекар специјалиста анестезиолог у установи здравствене заштите ГАК Народни фронт у стању урачунљивости свесна своје радње и желећи њено извршење, а била је свесна да је њено дело забрањено, после извршења радње коју је морала извршити захтевала и примила поклон од оштећеног и то износ од 150 еура, тако што је након пружања здравствене услуге давања епидуралне анестезије пацијенткињи, а након обављеног порођаја захтевала од супруга породиље да јој за већ обављене здравствене услуге – давање епидуралне анестезије донесе износ од 150 еура, а који износ је примила у својој службеној просторији иако је пацијенткиња за наведену услугу пре порођаја платила износ од 4.500 динара према важећем ценовнику за ванстандардне услуге болнице. Чиме је окривљена извршила кривично дело примања мита из члана 367. става 4. у вези са ставом 2. КЗ-а.

Правилно је првостепени суд квалификовао радње окривљене као извршење кривичног дела примања мита из члана 367. става 4. у вези са ставом 2. КЗ-а. Такође, без утицаја на одлуку суда је и захтев одбране да је окривљену требало суочити са оштећенима, а на околности када им је тражила за учињену лекарску услугу 150 еура, јер из исказа саме окривљене дате у преткривичном поступку и у присуству браниоца произилази да је новац који јој је предао оштећени сматрала знаком захвалности и као таквог га је и примила.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. број 3891/11 од 04. новембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 517/10 од 07. марта 2011. године)

*Приредио:
судија мр Александар Трешњев*

1.2.2. Законик о кривичном поступку

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

(члан 3. ЗКП)

Повређена је претпоставка невиности када суд као отежавајућу околност на страни окривљеног утврди да се против окривљеног воде и други поступци који нису правоснажно окончани.

Приликом одлучивања о врсти и висини кривичне санкције првостепени суд је на страни окривљеног као отежавајућу околност ценио чињеницу да се против окривљеног води више других кривичних поступака због кривичних дела изазивања опште опасности, тешке телесне повреде и разбојништава, а коју околност првостепени суд није могао ценити као отежавајућу околност, с обзиром на одредбу члана 3. става 1. ЗКП-а којом је прописано да се свако сматра невиним док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком надлежног суда.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 5897/10 од 01. децембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 3398/10 од 08. јула 2010. године)

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ

(члан 3. ЗКП)

Приликом одлучивања о притвор, суд не може констатова-ти да је окривљени учинио одређене радње из оптужнице, већ само може говорити о постојању основане сумње да је на начин како му је оптужним актом стављено на терет извршио кривично дело, јер се у супротном криши претпоставка невиности.

Првостепени суд образлажући своју одлуку по којој је образлагао даље трајање притвора према окривљеном на основу члана 142. став 1. тачка 3. ЗКП-а, наводи да је окривљени ножем дужине 31 см и дужине сечива 19 см, које је држао у руци, убо оштећеног у пределу десне стране стомака, наневши му том приликом тешке телесне повреде опасне по живот, исказујући на тај начин висок степен насиља.

Међутим, наведеном констатацијом у образложењу побијаног решења у односу на окривљеног нарушена је претпоставка невиности из члана 3. став 1. Законика о кривичном поступку и члана 34. став 3. Устава Републике Србије, као и члана 6. става 2. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, с обзиром да се у овој фази поступка, испитивање оправданости притвора према окривљеног након подигнуте оптужнице у смислу члана 269. став 2. ЗКП-а, може говорити само о постојању основане сумње да је на начин како му је то оптужним актом на терет стављено, извршио кривично дело.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 284/12 од 27. јануара 2012. и решење Вишег суда у Београду Кв. бр. 226/12 од 17. јануара 2012. године.)

ДОКАЗ (члан 18. ЗКП)

У поступку за кривична дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога и неовлашћено држање опојне дроге може се саслушати као сведок полицајац, на околности да ли му је окривљени указао на лице од кога набавља опојну дрогу као и како је и да ли је оперативним радом откривено лице од кога је окривљени набављао дрогу, јер те околности представљају основ за ослобађање од казне.

Првостепеном пресудом окривљени је ослобођен од казне да је извршио кривично дело неовлашћене производње, држања и стављања у промет опојних дрога из члана 246. става 1. Кривичног за-

коника. Окривљени је ослобођен од казне да је ради продаје држао 352,4 грама опојне дроге марихуане.

Током поступка из изведених доказа је неспорно утврђено да је окривљени извршио радње за које се терети оптужницом Јавног тужиоца Вишег јавног тужилаштва у Београду. Међутим, како је из одбране окривљеног, те исказа сведока полицајца, утврђено да је окривљени указао на лице од кога набавља опојну дрогу, што је резултирало откривањем тог лица као и његовог набављача, чиме је процесуиран прави трговац дрогом, то Апелациони суд у Београду налази да је првостепени суд правилно применио цитиране законске одредбе те је окривљеног, код изнетог стања, ствари правилно ослободио од казне.

(Пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 854/10 од 18. маја 2011. и пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 4324/11 од 22. новембра 2011. године).

ДОКАЗ (члан 18. ЗКП)

Оперативна сазнања полиције не представљају доказ у кривичном поступку, али не представљају сметњу да полиција на основу оперативних сазнања прикупља доказе против окривљеног.

Као неосновани оцењују се жалбени наводи браниоца окривљеног да у конкретном случају није постојала наредба о претресању лица да је овај доказ прибављен на незаконит начин и да се на истом не може засновати судска одлука. Ово с тога што је чланом 81. ЗКП-а предвиђено да овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу без наредбе о претресању и без присуства сведока спровести претресање лица приликом извршења решења о привођењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да то лице поседује оружје или оруђе за напад или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба одузети од њега као доказ у кривичном поступку, те како је, обзиром на околно-

сти конкретног претреса постојала оправдана сумња да ће лице сакрити или уништити предмете (другу), који имају служити као доказ, то је и претрес правилно извршен. При томе "оперативна сазнања" на која се позива сведок полицајац у свом исказу и нису коришћена као доказ у овом кривичном поступку, већ су само била разлог осматрања сумњивих лица, што је довело до непосредног уочавања битних радњи, те како је код окривљених дрога неспорно и затечена, то ово позивање на оперативна сазнања не доводи у сумњу закључак суда о кривици окривљених.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 2538/11 од 30. новембра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 3441/10 од 16. септембра 2010. године)

САСТАВ СУДА (члан 24. ЗКП)

Решење о ненадлежности ван главног претреса доноси КВ веће, а не председник судећег већа.

Првостепеним решењем Виши суд огласио се стварно ненадлежним. Другостепени суд је поводом жалбе оштећеног а по службеној дужности укинуо побијано решење јер решење није донето од стране овлашћеног органа. Решење о ненадлежности ван главног претреса, а што је ситуација у конкретном случају, доноси веће у седници, а председник већа не може сам донети решење о ненадлежности, иако по службеној дужности пази на надлежност суда. С тога је овај суд уважио жалбу оштећеног као тужиоца и укинуо побијано решење и предмет вратио првостепеном суду.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 3852/11 од 09. децембра 2011. и решење Вишег суда у Београду К. бр. 247/11 од 19. маја 2011. године).

ВРАЋАЊЕ ОДУЗЕТИХ ПРЕДМЕТА (члан 86. ЗКП)

Нема услова да се окривљеном врати мобилни телефон након обустављања кривичног поступка, када окривљени у току поступка изјави да то није био његов мобилни телефон и одбије да потпише потврду о одузетим предметима.

Решењем истражног судије одбијен је захтев браниоца окривљеног да се врати предметни мобилни телефон. Кривично веће размотрило је побијано решење са списима предмета и жалбом браниоца окривљеног, па је нашло да је жалба неоснована.

Утврђено је, да је наредбом истражног судије Посебног одељења наређено претресање путничког моторног возила. Приликом претресања возила, у простору између возачевог и сувозачевог седишта, у шупљини између наслона пронађен је мобилни телефон "Нокиа 6300" сиво-црне боје, са СИМ картицом и коверта од 8. 000 еура. Окривљени је одбио да потпише потврду о привремено одузетим предметима, уз образложење да новац није његов, а одбио је да потпише и записник о претресању путничког моторног возила, наводећи да новац и телефон нису његови. Наведено путничко возило враћено је власнику, као и новац пронађен у путничком возилу, који је такође враћен власнику.

Веће налази да је правилно поступио истражни судија када је донео решење о одбијању захтева за повраћај мобилног телефона "Нокиа 6300", привремено одузетог од окривљеног. Наиме, у списима предмета и приложеној документацији нема ни једног доказа који би указао да је окривљени био власник или држалац мобилног телефона "Нокиа 6300", а при томе је исти пронађен у возилу које је власништво другог лица, а не окривљеног, па је у складу са тим истражни судија правилно нашао да не постоји правни основ да се мобилни телефон врати окривљеном, будући да се у смислу члана 86. ЗКП-а предмети који су у току кривичног поступка привремено одузети, враћају власнику, односно држаоцу, ако поступак буде обустављен, а не постоје разлози за њихово одузимање, те да ће се предмети вратити власнику, односно држаоцу и пре окончања кривичног поступка ако престану разлози за њихово одузимање. Наведена околност у поступку оповргава и чини неоснованим и правно неутемељеним жалбене наводе браниоца окривљеног.

(Решење Вишег суда у Београду – Посебно одељење Кв. По1 бр. 110/12 од 23. фебруара 2012. и решење истражног судије Посебног одељења - Вишег суда у Београду Кри. По1 бр. 399/10 од 13. фебруара 2012. године).

САСЛУШАЊЕ ОКРИВЉЕНОГ

(члан 89. ЗКП)

Приликом саслушања, окривљени не мора бити поучен да све што изјави може бити употребљено и против другог лица.

У вези са жалбеним наводом браниоца окривљеног којим се указује да окривљени приликом саслушања у преткривичном поступку није упозорен да све што изјави може бити употребљено и против другог лица, а у конкретном случају против другоокривљеног, другостепени суд указује да Законик о кривичном поступку и не предвиђа овакву обавезу органа, односно суда, који саслушава окривљеног.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 496/12 од 07. марта 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 960/10 од 30. септембра 2011. године)

САСЛУШАЊЕ СВЕДОКА

(члан 98. став 3. ЗКП)

Да би суд могао да издвоји записник малолетног лица потребно је да претходно на несумњив начин утврди да ли је с обзиром на узраст и душевну развијеност у време давања спорног исказа то лице било способно да схвати значај права да не мора да сведочи, а што што се може учинити и путем вештачења од стране педагога или психолога.

Првостепеним решењем, издвојен је из списка записник о саслушању малолетног сведока. Дајући у образложењу решења разло-

ге за свој закључак првостепени суд наводи да како је одредбом члана 98. став 3. ЗКП-а прописано, да малолетно лице које с обзиром на узраст и душевну развијеност није способно да схвати значај права да не мора да сведочи, не може се саслушати као сведок, осим ако је то сам окривљени захтевао и како приликом саслушања у својству сведока у тренутку када је она имала навршених 15 година живота није прибављено мишљење психолога на околности да ли је она с обзиром на свој узраст и душевну развијеност способна да схвати значај права да не мора да сведочи, већ је саслушавана иако то окривљени нису захтевали, то је првостепени суд издвојио из списка предмета наведени записник о саслушању сведока.

Међутим, основани су жалбени наводи јавног тужиоца да је првостепени суд непотпуно утврдио чињенично стање, с обзиром да је применио одредбе члана 98. став 3. ЗКП-а, а да претходно уопште није утврдио да ли је сведок малолетница с обзиром на свој узраст и душевну развијеност у време давања спорног исказа била способна да схвати значај права да не мора да сведочи. Наиме, првостепени суд је био у обавези да на адекватан начин, а то може бити путем вештака педагога и психолога утврди способност или неспособност сведока, па тек да потом издвоји из списка предметни записник о саслушању овог сведока уколико се то покаже оправданим и потребним. Наиме, уколико је првостепени суд имао сумње, а с обзиром на узраст и душевну развијеност малолетне сведокиње у њену способност да схвати значај права да не мора сведочити, то је морао да исту утврди на адекватан начин, како је то наведено.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 4020/11 од 08. децембра 2011. и решење Вишег суда у Београду К. бр. 1283/10 од 09. септембра 2011. године).

ЈЕМСТВО
(члан 138. ЗКП)

Приликом одређивања висине јемства суд треба имати у виду и висину прибављене имовинске користи која се окривљеном ставља на терет.

По налажењу другостепеног суда, разлози за прихватање јемства као гаранције да ће окривљени бити доступан суду у даљем току кривичног поступка су нејасни, будући да првостепени суд не наводи због чега налази да је хипотека на непокретности процењена на вредност од 3.000.000,00 динара довољна гаранција да окривљени до краја кривичног поступка неће побећи, односно да се неће крити, када се има у виду да је окривљени основано сумњив да је кривичним делом злоупотребе службеног положаја у продуженом трајању из члана 359. став 2. у вези са ставом 1. Кривичног законика у вези са чланом 61. Кривичног законика себи прибавио имовинску корист у износу од 7.819.000,00 динара. Имајући у виду наведено, побијано решење је морало бити укинато, а првостепени суд ће у даљем току поступка за своју одлуку дати јасне и аргументоване разлоге.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 4130/11 од 12. децембра 2011. и решење Вишег суда у Београду К. бр. 576/11 од 24. новембра 2011. године)

ПРИТВОР (члан 142. ЗКП)

Притвор, због особитих околности које указују да ће окривљени поновити кривично дело, не може се одредити само због спречавања извршења нових кривичних дела од стране окривљеног, већ извршење нових кривичних дела мора утицати и на повреду интереса кривичног поступка.

Основани су наводи из изјављених жалби, да су дати разлози о одлучним чињеницама нејасни, имајући у виду како околности да је неко раније осуђиван, а у одсуству других релевантних околности, не указује се довољном сигурношћу да ће окривљени, уколико би били пуштени на слободу, поновити кривично дело, односно на-

ставити са вршењем кривичних дела. У том смислу овај суд налази, како наведена чињеница која се односи на ранију осуђиваност окривљених представља апстрактну опасност и будућу неизвесну околност да ће исти поновити кривично дело, односно претпоставку која није довољна да се против окривљених продужи притвор по наведеном законском основу. У вези са наведеним, овај суд такође налази да је намера законодавца приликом прописивања законских основа за одређивање и продужење притвора била заштита несметаног вођења кривичног поступка сходно одредби члана 141. став 1. ЗКП-а, а не заштита безбедности људи и јавног реда, која заштита се остварује изрицањем кривичне санкције окривљених који је након спроведеног кривичног поступка оглашен кривим, због чега се притвор по законском основу из члана 142. став 1. тачка 3. ЗКП-а не може одредити само због спречавања извршења нових кривичних дела од стране окривљених, већ наведено извршење нових кривичних дела мора утицати и на повреду интереса кривичног поступка.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II број 4032/11 од 02. 12. 2011. године и решење Вишег суда у Београду Кв. бр. 3805/11 од 27. 09. 2011. године).

ОСНОВИ ЗА ПРИТВОР

(члан 146. ЗКП)

Када је првостепеним решењем окривљеном одређен или продужен притвор по више основа, а другостепени суд утврди да неки од тих основа не стоје, преиначиће првостепено решење тако што ће у изреци навести да се отклањају законски основи који не стоје.

Првостепеним решењем према окривљеном је одређен притвор са законских основа из члана 142. став 1. тачка 1, 2. и 3. ЗКП-а.

Другостепеним решењем уважена је жалба браниоца и преиначено решење Вишег суда у Београду, тако што је Апелациони суд у Београду окривљеном отклонио законски основ за продужење при-

творца из члана 142. став 1. тачка 2. ЗКП-а, док је у осталом делу жалбу браниоца окривљеног одбио као неосновану.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 201/12 од 23. јануара 2012. године и решење Вишег суда у Београду К. бр. 1177/11 од 06. јануара 2012. године.)

ТРОШКОВИ ПОСТУПКА

(члан 196. ЗКП)

Нису испуњени услови да се окривљени ослободи плаћања трошкова поступка када је окривљени студент, а радно је способан, при чему нема законом установљену обавезу издржавања трећих лица, па има могућност да радом оствари зараду и плати судски паушал, без опасности за сопствену егзистенцију.

Ни жалбени наводи у делу у којем се побија одлука првостепеног суда о трошковима кривичног поступка, нису могли бити прихваћени као основани, обзиром да је првостепени суд висину трошкова кривичног поступка правилно одмерио, имајући у виду висину трошкова на име обављеног вештачења од стране судског вештака, као и дужину и сложеност кривичног поступка. При томе је без значаја чињеница да је окривљени студент, обзиром да је, како то правилно закључује првостепени суд, радно способан, при чему нема законом установљену обавезу издржавања трећих лица, па има могућност да радом остварује зараду и плати судски паушал у напред наведеном износу, без опасности за сопствену егзистенцију.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. I бр. 3600/11 од 07. октобра 2011. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 3938/10 од 12. маја 2011. године.)

ИДЕНТИТЕТ ОПТУЖБЕ И ПРЕСУДЕ

(члан 351. ЗКП)

Прекорачен је идентитет оптужбе и пресуде када се окривљеном стави на терет кривично дело изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, а суд окривљеног огласи кривим за изазивање опште опасности.

Наиме, првостепени суд је окривљеног огласио кривим због извршења кривичног дела изазивања опште опасности из члана 278. став 1. Кривичног законика у вези са чланом 30. Кривичног законика, а које кривично дело му оптужницом јавног тужиоца није стављено на терет, већ му је наведеном оптужницом на терет стављено извршење кривичног дела изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из члана 317. става 2. у вези са ставом 1. Кривичног законика, а које кривично дело у односу на дело за које је окривљени оглашен кривим има сасвим други заштитни објект, те спада у она кривична дела која су уперена против уставног уређења и безбедности Републике Србије.

Веће Апелационог суда у Београду налази да је првостепени суд прекорачио оптужбу, на тај начин што је у изреци пресуде, у односу на диспозитив оптужног акта унео измене уносећи елементе кривичног дела из члана 278. става 1. у вези са чланом 30. Кривичног законика, додавши речи "пожаром покушао да изазове опасност за имовину већег обима", на који начин је првостепени суд изашао из граница описа догађаја који је дала оптужбе, а која чињеница се разликује од чињеничног стања описаног у оптужници.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 149/12 од 08. фебруара 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 946/11 од 02. новембра 2011. године)

ИЗРЕКА ПРЕСУДЕ (члан 356. ЗКП)

Неразумљивост изреке пресуде може се огледати и у томе што се у чињеничном опису датом у изреци, као извршиоци наводе и два НН лица, али се јасно не конкретизују улоге тих лица и појединачни поступци и допринос приликом извршења предметног кривичног дела.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. I број 1213/11 од 18.05.2011. године и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 3135/10 од 07.10.2010. године).

ИЗРЕКА ПРЕСУДЕ

(члан 356. ЗКП)

Изрека пресуде није неразумљива када је у изреци наведено да се ради о пиштољу марке "Застава" модела М 88 и калибра 9 мм, а не наведе се да се ради о ватреном оружју.

Бранилац наводи да је изрека пресуде неразумљива и у делу у којем је окривљени оглашен кривим због извршења кривичног дела из члана 348. става 4. КЗ-а јер се у изреци не наводи да се ради о ватреном оружју, већ о пиштољу марке "Застава" модел М 88 калибра 9 мм са 8 метака. Насупрот изнетим наводима жалбе, по ставу Апелационог суда, изрека првостепене пресуде није неразумљива због тога што у њој није наведено да се ради о ватреном оружју, већ о пиштољу, с обзиром да је ноторна чињеница да пиштољ представља ватрено оружје.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 1. бр. 6505/11 од 27. фебруара 2012. и пресуда Вишег суда у Београду К. бр. 361/11 од 07. октобра 2011. године)

УПУЋИВАЊЕ ОКРИВЉЕНОГ НА ИЗДРЖАВАЊЕ КАЗНЕ ПРЕ ПРАВНОСНАЖНОСТИ

(члан 358. став 7. ЗКП)

Суд није у обавези да окривљеног упуту на издржавање казне затвора пре правноснажности пресуде уколико окривљени поднесе такав захтев.

Првостепеним решењем одбијен је захтев окривљеног да се упуту на издржавање јединствене казне затвора у трајању од 9 година пре правноснажности пресуде.

Правилно је првостепени суд нашао да је одредбом члана 358. става 7. ЗКП-а прописана могућност да се решењем упуту у установу за издржавање казне пре правноснажности пресуде лице које се налази у притвору и које је неправоснажно осуђено, те да то није обавеза суда. Међутим, по налажењу Апелационог суда у Београду, првостепени суд у образложењу побијаног решења није дао јасне разлоге због чега је одбио захтев окривљеног и његовог браниоца за упућивање на издржавање казне затвора пре правноснажности пресуде.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. 2. ПО1. бр. 14/11 од 04. фебруара 2011. и решење Вишег суда у Београду – Посебног одељења КПО. 1. бр. 235/10 од 30. децембра 2010. године).

Приредио:
судија мр Александар Трешњев

1.2.3. Законик о кривичном поступку из 2011. године

РАЗЛОЗИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИТВОРА (члан 211. став 1. тачка 4. ЗКП)

За продужење притвора није довољно да је до узнемиравања јавности дошло у одређеном временском тренутку, већ је потребно да оно траје и да постоји и у моменту доношења одлуке о продужењу притвора.

Најзад, неприхватљив је став првостепеног суда да није неопходно да узнемирење јавности и даље постоји, већ да је довољно да је до узнемирења јавности дошло у одређеном временском тренутку, имајући у виду да је одредбом члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а, као један од кумулативних услова за продужење притвора по овом законском основу, прописано да је нужно, да су начин извршења или тежина последице кривичног дела довели до узнемирења јавности, које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка, а што подразумева да узнемирење јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка и даље траје, односно да постоји и у моменту доношења одлуке о продужењу притвора.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II По1 бр. 56/12 од 14. фебруара 2012. и решење Вишег суда у Београду, Посебног одељења К. По1 бр. 65/11 од 27. јануара 2012. године).

РАЗЛОЗИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИТВОРА (члан 211. став 1. тачка 4. ЗКП)

Под узнемирењем јавности се не може сматрати узнемирење оштећених, без обзира на њихов број.

Првостепеним решењем, према окривљеном је продужен притвор по основу члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а. Ово решење је укинато.

Нејасан је став првостепеног суда да су начин извршења кривичног дела које се окривљенима ставља на терет и тежина последица која се, како се то наводи у побијаном решењу, огледа у угрожавању пословања и ликвидности банке, довела до узнемирења јавности, имајући у виду пре свега остале акционаре банке. Наиме, акционари банке као оштећена лица, немају својство јавности у смислу одредбе члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а, имајући у виду да члан 2. тачка 11. Законика о кривичном поступку, која се примењује од 15.01.2012. године у поступцима за кривично дело организованог криминала, којима је прописано да је "оштећени" лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено, а из којих разлога је нејасно на који начин би узнемирење акционара банке, као оштећених лица, могло довести до узнемирења јавности или на који начин би се ова лица могла тумачити као јавност у смислу наведене законске одредбе.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II По1 бр. 56/12 од 14. фебруара 2012. и решење Вишег суда у Београду Кв. По1 бр. 55/12 од 27. јануара 2012. године).

РАЗЛОЗИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИТВОРА

(члан 211. став 1. тачка 4. ЗКП)

За постојање притвора из члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а, неопходна је да буду испуњена три кумулативна услова. Прво, да је за кривично дело које се окривљенима ставља на терет прописана казна затвора у трајању преко 10 година (односно казна затвора преко 5 година за кривична дела са елементима насиља). Друго, да су начин извршења кривичног дела или тежина последице кривичног дела довели до узнемирења јавности, и треће, да је то узнемирење јавности таквог квалитета да може угрозити неметано и правично вођење кривичног поступка.

По налажењу Апелационог суда, да би притвор егзистирао по законском основу из члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а, неопходно је да су испуњена три кумулативна услова. Прво, да је за кривично дело које се окривљенима ставља на терет прописана казна затвора у трајању преко 10 година (односно казна затвора преко 5 година за кривично дело са елементима насиља). Друго, да су начин извршења кривичног дела и тежина последице кривичног дела довели до узнемирења јавности, и треће, да је узнемирење јавности таквог квалитета да може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка. Из наведене законске одредбе јасно произилази да је објективни услов за меру притвора по законском основу из члана 211. став 1. тачка 4. ЗКП-а, прописана казна затвора, што у конкретном случају није спорно, а да кумулативне критеријуме представљају начин извршења кривичног дела и тежина последице кривичног дела, који су довели до узнемирења јавности, које узнемирење јавности мора бити узрочно – последично повезано са несметаним и правичним вођењем кривичног поступка, односно подобно да угрози несметано и правично вођење поступка. Међутим, првостепени суд је пропустио да тачно и одређено изнесе на који начин узнемирење јавности може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка, па је стога првостепено решење морало бити укинато.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II По1 бр. 55/12 од 24. фебруара 2012. и решење Вишег суда у Београду – Посебног одељења К. По1 бр. 273/10 од 27. јануара 2012. године).

ПРИВРЕМЕНА МЕРА ОБЕЗБЕЂЕЊА

(члан 540. ЗКП)

Привремена мера обезбеђења одузимања имовинске користи може се састојати и у томе што суд правном лицу забрани отуђење, оптерећење и свако друго располагање одређеном непокретношћу.

Решењем истражног судије Посебног одељења Вишег суда у Београду одређена је привремена мера обезбеђења одузимања имо-

винске користи на основу одредби члана 294. став 1. тачка 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, па је привредном друштву за трговину, производњу и услуге, чији је власник окривљени, забранио отуђење, оптерећење и свако друго располагање са правом својине на земљишту, и пословном простору. Истим решењем наложено је Републичком геодетском заводу – Служби за катастар непокретности да изврши упис забране у катастру непокретности и одређено је да привремена мера има трајати до другачије одлуке суда, а најдуже до правноснажног окончања кривичног поступка против окривљеног.

Окривљеном се ставља на терет извршење кривичног дела злоупотребе службеног положаја из члана 359. став 3. у вези са ставом 1. КЗ-а.

Другостепеним решењем одбијена је жалба на првостепено решење. Код оваквог стања ствари, по мишљењу већа, неосновани су жалбени наводи да имовина привредног друштва због чињенице да је реч о правном лицу које има сопствени правни субјективитет, не може у конкретном случају да се сматра имовином његовог власника. Наиме, неспорно је да су предметне непокретности у својини привредног друштва, али истовремено неспорно и то да је окривљени искључиви власник овог привредног друштва, затим да је управо он у спорном периоду доносио све пословне одлуке, те да је искључиво он заступао привредно друштво приликом извођења спорних радова и извршења кривичног дела које му се ставља на терет и приликом куповине предметних непокретности чије отуђење, оптерећење и свако друго располагање је забрањено ожалбеним решењем.

Веће је имало у виду и да је реч о мери привременог карактера која ни на који начин не омета даље редовно пословање привредног друштва, због чега сматра да су неосновани жалбени наводи да је услед дејства ожалбеног решења за привредно друштво и његове раднике наступила ненакнадива штета.

Веће сматра да је правилан закључак истражног судије да постоји опасност да би без овакве мере окривљени, односно лице које он овласти, могао да осујети или знатно отежа евентуалну наплату имовинске користи тиме што би предметну имовину могао да отуђи, прикрије и на други начин њоме располаже, како је то пред-

виђено чланом 293. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, што је и по мишљењу већа реално очекивати обзиром на то да из уговора о купопродаји непокретности произилази да је окривљени продао део имовине привредног друштва и то складишни простор, са делом земљишта. Као и да је овај уговор оверен одмах након што је окривљени лишен слободе и потом притворен а да је овај уговор потписало лице које је овлашћено за заступање привредног друштва. Осим тога на делу имовине је уписан терет.

Код оваквог стања ствари и чињенице да се привремене мере обезбеђења одузимања имовинске користи може одредити ако је учињено вероватним постојање потраживања и опасност да ће без такве мере извршни дужник осујетити и знатно отежати наплату потраживања, тиме што ће своју имовину прикрити или на други начин њом располагати, веће сматра да је истражни судија правилно применио одредбу члана 540. ЗКП одредивши предметну привремену меру обезбеђења по одредбама које важе за извршни поступак, јер из образложења побијаног решења произилази да је истражни судија дао сасвим јасне и уверљиве разлоге којим оправдава опасност од осујећења наплате потраживања, које разлоге је веће у потпуности прихватило обзиром на стање у списима.

(Решење истражног судије Посебног одељења Вишег суда у Београду Ки. ПО. 1. бр. 46/11 од 20 јануара 2012. и решење Вишег суда у Београду Посебног одељења Кв. ПО. 1. бр. 212/12 од 29. марта 2012. године).

Приредио:
судија мр Александар Трешњев

1.2.4. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела

ТРЕЋЕ ЛИЦЕ (члан 3. Закона)

Под трећим лицем у смислу члана 3. тачке 6. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела сматра се лице на које је пренета имовина проистекла из кривичног дела, а не и лице које је окривљеном пренело одређена права на ствари.

Првостепеним решењем од правног лица – америчке компаније одузето је возило марке BMW типа X6. Предметно возило је одузето у поступку за привремено одузимање имовине као имовина која проистиче из кривичног дела, према одредбама Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

Решењем Вишег суда у Београду, Посебног одељења утврђено је да се возило води на америчку компанију, која је предметно возило продала окривљеном, али да то возило још званично није пренето на окривљеног, а да он то возило користи на основу овлашћења.

Разматрајући списе предмета и побијано решење а по оцени навода изнетих у жалбама браниоца окривљеног и помоћника трећег лица као и мишљења тужиоца за организовани криминал Апелациони суд у Београду је нашао да су жалбе основане.

Наиме, према одредби члана 3. тачке 2. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, имовина проистекла из кривичног дела сматра се имовина окривљеног, сведока сарадника или оставиоца која је очигледно несразмерна са његовом законито стеченим приходима укључујући ту и имовину пренету на трећа лица као власника (члан 3. тачка 6.). Према цитираној одредби Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела јасно произилази да је имовина која је одузета, са једне стране, мора потицати из кривичног дела, а са друге стране, да је треће лице у смислу одредбе члана 3. тачке 6. Закона, оно лице на које је предметна имовина пренета. Међутим, према доказима наведеним у образложењу решења прво-

степеног суда једино се може закључити да је у ствари Компанија из Сједињених Америчких Држава та која је пренала одређена права на ствари (возилу) на окривљеног, а не обратно, као што се основано указује у жалби пуномоћника трећег лица. Са свега наведеног првостепено решење је морало бити укинато.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. 2. ПО. 1. бр. 92/11 од 21. априла 2011. и решење Вишег суда у Београду – Посебног одељења ПОИ-ПО. 1. бр. 7/11 од 22. марта 2011. године)

**ЗАКОН О ОДУЗИМАЊУ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ
ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА**
(члан 25. став 3. Закона)

Када суд власнику остави на коришћење део имовине, у решењу ће прво одлучити да се тај део имовине привремено одузима, а затим у следећем ставу да се власнику оставља на коришћење део имовине.

Првостепеним решењем привремено је одузето право својине на два стана од власника. Ставом другим власнику – окривљеном остављено је на коришћење део имовине и то један од та два стана.

Из фотокопије личне карте снаје окривљеног и три потврде о пријави пребивалишта утврђено је да снаја окривљеног са троје малолетне деце живи у предметном стану. Како би њихово издржавање било доведено у питање уколико би морали да се иселе из овог стана, истражни судија је одлучио да тај стан остане на коришћењу власнику, а на основу одредбе члана 25. става 3. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

(Решење Посебног одељења Вишег суда у Београду Кв. ПО. 1. бр. 315/11 од 21. јуна 2011. и решење истражног судије Посебног одељења Вишег суда у Београду ПОИ-ПО. 1. бр. 40/10 од 19. новембра 2010. године).

Приредио:
судија мр Александар Трешњев

1.2.5. Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима

ЗАКОН О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

(члан 14. Закона)

Када је окривљени у кривичном поступку пуштен да се брани са слободе и укинут му је притвор, то не значи да је имао могућност да напусти територију Републике Србије у року од 45 дана, у смислу члана 14. став 2. тачка 2. Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима.

Првостепеним решењем одбачена је оптужница Јавног тужиоца на основу члана 274. став 2. ЗКП-а, јер не постоји одобрење за кривично гоњење према окривљеном за кривично дело из члана 245. став 1. КЗ СРЈ.

Из списка предмета – обавештење Савезног Министарства за правду Републике Аустрије од 28.05.2004. године, произилази да је Врховни Покрајински суд Беча одобрио изручење окривљеног по решењу Окружног суда у Београду - Посебног одељења, због извршења кривичног дела из члана 136. став 1. КЗ СРЈ, као и због извршења казне затвора у трајању од три године, која је окривљеном изречена пресудом Окружног суда у Београду, те да је он 03.11.2009. године екстрадиран из Републике Аустрије. Окривљеном је решењем 08.12.2009. године укинут притвор и исти се налази на слободи.

Чланом 274. став 2. ЗКП-а, између осталог је прописано да ће веће решењем одбацити оптужницу када установи да нема захтева овлашћеног тужиоца, потребног предлога или одобрења за кривично гоњење. Из списка предмета произилази да у раније поднетим молбама није тражена сагласност за кривично гоњење и због кривичног дела које се окривљеном ставља на терет оптужником Јавног

тужиоца, као и то да надлежни орган Републике Аустрије ни поред више ургенција није доставио одговор на захтев за издавање накнадне сагласности за вођење кривичног поступка против окривљеног по тој оптужници. Окривљени је приликом давања исказа пред судом изјавио, да није сагласан да се против њега води кривични поступак и по предметној оптужници.

Имајући у виду наведено, жалба Јавног тужиоца Вишег јавног тужилаштва у Београду није основана. Лице које је екстрадирано, не може се кривично гонити уколико не постоји изричита сагласност државе која је извршила екстрадицију за вођење конкретног кривичног поступка, или уколико само лице није лично дало сагласност за то. Члан 14. Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима, у ставу 1., између осталог прописује да, ако изручење буде дозвољено, изручено лице не може бити кривично гоњено, подвргнуто извршењу кривичних санкција или изручено трећој држави за кривично дело извршено пре изручења које није било предмет изручења, а у ставу 2., да се одредбе из става 1. неће применити: ако се изручено лице изричито одрекне гаранција из става 1. овог члана, и ако изручено лице, и ако је имало могућност, није напустило територију државе којој је изручено у року од 45 дана од дана условног отпуста, или извршене кривичне санкције, или ако се врати на територију те државе.

Из списка предмета јасно произилази да се окривљени децидно изјаснио да није сагласан да се против њега води кривични поступак по тој оптужници, као и да надлежни орган Републике Аустрије, за сада није дао накнадну сагласност да се против њега води кривични поступак за кривично дело које му се ставља на терет том оптужницом. Иако се окривљени налази на слободи и без обзира што је, од дана пуштања на слободу, па до подизања оптужнице која је одбачена првостепеним решењем, протекао рок од 45 дана, у конкретном случају нису испуњени услови из става 2. члана 14. Закона о међународној правној помоћи. Наиме, окривљени је на слободи због тога што му је укинут притвор, а не зато што је условно отпуштен или је издржао казну. У жалби се погрешно закључује да, након истека рока од 45 дана од окончања притвора због којег је неко екстрадиран, или издржане казне затвора, може да се преузме гоњење,

и ако нису испуњени услови из члана 14. Закона о међународној правној помоћи. То пак не значи да конкретно кривично гоњење не би могло никада да се предузме, већ да ће исто да се предузме када се испуне Законом прописани услови. Из жалбе се не види на основу чега је закључено да се против окривљеног неће водити кривични поступак због којег је екстрадиран, те да неће бити упућен на издржавање казне, на коју се предметна екстрадиција такође односи. Обзиром на наведено, жалба Јавног тужиоца Вишег јавног тужилаштва је у целости оцењена као неоснована.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж. II бр. 785/11 од 31. августа 2011. и решење Вишег суда у Београду К. бр. 3374/10 од 22. фебруара 2011. године).

Приредио:
судија мр Александар Трешњев

2.0. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПОВРЕДА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ ОШТЕЋЕНОГ КАО ТУЖИОЦА

(члан 32. став 1. Устава)

Уставни суд, *Мучибабић против Србије*, Уж-4077/2010, 14. јул 2011. године. – Син подносиоца уставне жалбе је погинуо 23. јуна 1995. године услед експлозије у фабрици "Грмеч" у Београду, а ни 16 година након тога првостепени кривични поступак није окончан.

По оцени Уставног суда, одуговлачење поступка у овом случају искључиво је проузроковано пропуштањем првостепеног суда да правовремено и ефикасно поступа, а комплексно чињенично стање не може се сматрати ваљаним разлогом који би могао да оправда прекорачење разумног рока за доношење судске одлуке.

Иако Устав не гарантује право да ће се кривични поступак против трећих лица водити, а да се, према устаљеној пракси Уставног суда, гаранције права на правично суђење из члана 32. Устава могу признати оштећеном само ако је у кривичном поступку поставио имовинскоправни захтев, за оцену допуштености уставне жалбе у конкретном случају је од одлучујућег значаја чињеница да је реч о поступку који се води у вези са повредом права на живот које је зајемчено чланом 24. став 1. Устава.

Уставни суд подсећа да право на живот спада у "тврдо језгро" људских права која се јемче сваком лицу, у свим околностима и на свим местима и не може да буде предмет било каквог ограничења или дерогирања. Реч је о једном од права које утемељује слободу и чије постојање подразумева позитивну обавезу државе да предузме све потребне мере како би се заштитио живот лица које је под њеном надлежношћу. Ова позитивна обавеза државе обухвата материјалноправни и процесноправни аспект.

Са материјалноправног аспекта, позитивна обавеза државе подразумева предузимање свих неопходних мера како до насилне смрти не би дошло, а то претпоставља успостављање правног оквира који треба да пружи ефикасну заштиту од претњи усмерених на право на живот. Посматрана са процесноправног аспекта, позитивна обавеза државе се, у случају када је неко лице лишено живота, састоји у спровођењу независне и делотворне истраге, што подразумева постојање ефикасног судског система у оквиру којег ће бити спроводен поступак који не мора нужно по свом карактеру да буде кривични.

Имајући у виду да је у конкретном случају реч о насилној смрти 11 лица, међу којима је био и син подносиоца уставне жалбе, Уставни суд сматра да је обавеза државних органа била да у оквиру кривичног поступка делотворно истраже околности под којима се догађај одиграо и да утврде одговорност одређених лица за то. С обзиром на то да право на правично суђење из члана 32. Устава изворно спада у категорију заштитних права чији *ratio* се налази у потреби обезбеђења делотворне заштите основних људских права, оно је, према схватању Уставног суда, у конкретном случају представљало довољан основ за истраживање околности под којима је дошло до повреде права на живот. На основу тога, Уставни суд сматра да је подносилац уставне жалбе, самом чињеницом да дужина трајања кривичног поступка није испунила захтев за брзим и ефикасним поступањем у вези са расветљавањем насилне смрти његовог сина, активно легитимисан за истицање повреде права на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава.

Полазећи од процесноправног аспекта позитивне обавезе државе у заштити права на живот, Уставни суд је у овом случају нашао да се разумност дужине трајања поступка мора ценити и у односу на преткривични поступак.

Приредио:
професор др Горан П. Илић,
судија Уставног суда Србоје

3.0. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

ПОВРЕДА ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ПРАВА НА ИМОВИНУ

(члан 14. ЕКЉП и члан 1. Протокола бр. 1. уз ЕКЉП)¹

Европски суд за људска права, *Вучковић и други подносиоци представке против Србије*, 28. август 2012. године. – Подносиоци представки жалили су се на дискриминацију и недоследност домаће судске праксе у вези са исплатом дневница одобрених свим резервистима који су били у Војсци Југославије у периоду од марта до јуна 1999. године.

С обзиром на горе наведено и без обзира на простор Државе за процену, Суд не може а да не закључи да није било "објективног и разумног оправдања" за другачији третман подносилаца представки само на основу њиховог пребивалишта. Према томе, дошло је до повреде члана 14. Конвенције у вези са чланом 1. Протокола број 1.

Суд примећује да су дневнице подносилаца представки званично признате као неизмерена новчана обавеза Тужене државе из 1999. године. Суд такође примећује да су исплате на које се позива

¹ Члан 14. ЕКЉП гласи:

"Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији безбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус. "

Члан 1. Протокола 1. уз ЕКЉП прописује:

"Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни."

у Споразуму од 11. јануара 2008. године, тј. искључење подносилаца из тог споразума, саме по себи повезане са поменутиим правом. Према томе, произлази да се притужбе подносилаца представки односе на права која су "довољно новчане" природе да спадају у оквир члана 1. Протокола број 1.

Суд даље сматра да, пошто су подносиоци представки наводно дискриминисани по основу разлике обухваћене чланом 14. Конвенције, наиме на основу њиховог пријављеног пребивалишта, та одредба се мора такође применити на њихове притужбе.

Суд примећује да су исплате на које се односи Споразум од 11. јануара 2008. године и које је Влада потврдила 17. јануара 2008. године, јасно дневнице, а не социјална помоћ додељена угроженим лицима. Наведени Споразум предвиђао је да је резервистима са територија општина Куршумлија, Лебане, Бојник, Житорађа, Дољевац, Прокупље и Блаце загарантована постепена исплата дела њихових права. Ове општине су очигледно изабране због њиховог "статуса неразвијених", што подразумева социјалну угроженост резервиста. Сами резервисти, међутим, нису били у обавези да приложе ниједан доказ из кога би се утврдило њихово имовно стање, односно, социјална угроженост, док подносиоци представки у предметном случају, као и сви други резервисти без пријављеног пребивалишта у овим општинама, нису могли да добију помоћ према Споразуму, тј. накнадној одлуци Владе којом га потврђује, *независно од њихових средстава*. Стога, иако се приговор Владе у смислу ограничених средстава не узима олако, у контексту постојања "легитимног циља", њен одговор на читаву ситуацију био је произвољан.

Најзад, сугестија Владе да су, за разлику од резервиста са пребивалиштем у једној од наведених седам општина, подносиоци представки имали прилику да се обрате парничним судовима ради накнаде је окретање у круг, пошто су подносиоци представки управо покушали да то ураде, али узалуд.

Приредио:
професор др Горан П. Илић,
судија Уставног суда Србоје

ДИСКУСИЈЕ

др Миодраг В. Орлић,
професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЗАКОН О ЗДРАВСТВЕНОЈ ЗАШТИТИ И ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ

Увод

1. У Закону о здравственој заштити Србије (у даљем тексту Закон) између осталих новина, помиње се и "стручна грешка здравствених радника", као једно од обележја које може да има утицаја на моралну и правну одговорност лекара и другог медицинског особља.¹

2. У Закону се (уз остале одредбе о уређивању здравствене заштите) као општа смерница за рад лекара и другог медицинског особља поставља захтев да здравствени радници треба да обављају здравствену делатност у складу са важећом здравственом доктрином и у складу са кодексом професионалне етике.²

Опште упутство да лечење треба да се обавља у складу са "важећом здравственом доктрином", ближе је одређено правилима по којима су здравствене службе (здравствена установа и приватна пракса) дужне да примењују научно доказане, проверене и безбедне здравствене методе и поступке у превенцији, дијагностици, лечењу и рехабилитацији.³ Да ли су поједини методи и поступци прихва-

¹ Чланови 40 и 197 ст. 4 Закона о здравственој заштити Републике Србије. Закон је донесен 2010. године (Службени гласник РС 88/2010), а измене и допуне у 2010. и 2011. години.

² Чл. 169. ст. 1 Закона.

³ Чл. 67. ст. 1 Закона. Уместо да се у Закону непосредно говори о здравственим методима и поступцима, предлагач Закона је употребио реч здравствене техно-

тљиви, процењује комисија стручњака као стручно тело Министарства надлежног за послове здравља.⁴

I - Стручна грешка лекара као однос дисциплинске одговорности

3. Одступање од наведених општих правила која су постављена као стандард понашања, назива се у Закону стручном грешком. Појам стручне грешке дефинише се у Закону при крају законског текста и на месту где га иначе не бисмо очекивали. Наиме, у одељку Закона у коме се говори о здравственим радницима (слово Ћ), четврти одсек посвећен је издавању, обнављању и одузимању одобрења за самостални рад, и у њему се у члану 197. помиње одузимање лиценце. У том оквиру, међу разлозима због којих се може привремено одузети лиценца⁵, помиње се случај када лекар (и уоп-

логије, а Скупштина Србије прећутно прихватила овај незграпан израз. (Треба замислити пример када болесник оде код лекара опште праксе, а овај му примењујући научно проверену здравствену технологију измери температуру, или му наложи да отвори уста да би установио да ли евентуално има фарингитис). Тек у другом ставу овог истог члана, објашњава се да су здравствене технологије, заправо здравствене методе и поступци који се користе у унапређивању здравља људи, превенцији, дијагностици и лечењу повреда и рехабилитацији. На приказани начин, једном неуспелом законодавном техником се удвостручава текст.

⁴ Чл. 67., ст. 3, 4 и 5 Закона.

⁵ Ради бољег прегледа одредаба о одузимању лиценце навешћемо потпуни текст члана 197. Закона:

Комора здравственом раднику привремено одузима лиценцу:

- 1) ако здравствени радник не обнови лиценцу, под условима прописаним овим законом;
- 2) ако здравствени радник обавља делатност за коју му није издата лиценца;
- 3) ако здравствени радник у обављању здравствене делатности начини стручну грешку којом се нарушава, односно погоршава здравствено стање пацијента;
- 4) ако је здравственом раднику изречена једна од мера привремене забране самосталног рада од стране надлежног органа коморе, због теже повреде професионалне дужности и угледа члана коморе, у складу са законом и статутом коморе;
- 5) ако је правноснажном судском одлуком здравствени радник осуђен за кривично дело које га чини недостојним за обављање професије здравственог радника;

ште здравствени радник) начини стручну грешку којом се нарушава, односно погоршава здравствено стање пацијента.⁶

4. Стручна грешка се у Закону одређује као "несавесно лечење, односно занемаривање професионалних дужности у пружању здравствене заштите, односно непридржавање или непознавање утврђених правила и професионалних вештина у пружању здравствене заштите, које доводе до нарушавања, погоршања, повреде, губитка или оштећења здравља или делова тела пацијента."⁷

5. Ваља напоменути да је појам стручне грешке одређен у оквиру норми којима је уређена дисциплинска (стручна) одговорност здравствених радника. То је видљиво најпре кад је реч о садржини одредаба које упућују на разлоге привременог одузимања лиценце. Поред стручне грешке, која има замашније дејство, као разлози за одузимање лиценце могу се појавити пропусти чисто дисциплинског карактера, као што су случајеви: а) када лекар не обнови лиценцу⁸, б) када обавља делатност за коју није добио лиценцу⁹, в)

6) ако у обављању здравствене делатности злоупотреби средства здравственог осигурања;

7) у другим случајевима прописаним законом.

Привремено одузимање лиценце из разлога утврђеног у ставу 1. тачка 1) овог члана може трајати до обнављања лиценце, под условима прописаним овим законом.

Привремено одузимање лиценце из разлога утврђених у ставу 1. тач. 2) до 7) овог члана може трајати од шест месеци до пет година од дана пријема решења о привременом одузимању лиценце.

Под стручном грешком, у смислу овог закона, подразумева се несавесно лечење, односно занемаривање професионалних дужности у пружању здравствене заштите, односно непридржавање или непознавање утврђених правила и професионалних вештина у пружању здравствене заштите, које доводе до нарушавања, погоршања, повреде, губитка или оштећења здравља или делова тела пацијента.

Стручна грешка из става 4. овог члана утврђује се у дисциплинском поступку пред надлежним органом коморе, односно у поступку редовне и ванредне спољне провере квалитета стручног рада здравствених радника.

⁶ Чл. 197. ст. 1, тачка 3, Закона.

⁷ Чл. 197. ст. 4, Закона.

⁸ Чл. 197. ст. 1, тачка 1, Закона.

⁹ Чл. 197. ст. 1, тачка 2, Закона.

када здравствени радник злоупотреби средства здравственог осигурања¹⁰ и слично.

6. Поред садржинског разлога, на природу стручне грешке као основа за дисциплинску одговорност указује и карактер процедуре. Наиме, стручна грешка утврђује се у дисциплинском поступку пред надлежним органом (лекарска комора), односно у поступку редовне и ванредне спољне провере квалитета стручног рада здравствених радника.¹¹

7. На основу анализе одредаба о привременом одузимању лиценце, стиче се утисак да је разлог за увођење појма стручне грешке у текст Закона о здравственој заштити био да се утврди основ дисциплинске одговорности лекара и других здравствених радника, а да амбиције законодавца нису ишле изван тога.

II - Стручна грешка лекара и друге врсте правне одговорности

8. Други ток уређивања правних односа у области здравствене заштите тиче се осталих облика одговорности лекара и других здравствених радника. Наиме, из начела да су здравствени радници дужни да обављају здравствену делатност у складу са важећом здравственом доктрином и у складу са кодексом професионалне етике, изводи се правило да здравствени радници за свој рад сnose стручну, етичку, казнену и деликтну (у Закону се каже материјалну) одговорност.¹² стручна одговорност се састоји у привременом и трајном одузимању лиценце здравственом раднику, као и у привременом или трајном одузимању лиценце здравственом сараднику. Етичка одговорност заснива се на начелима утврђеним у Хипократовој заклетви и на начелима професионалне етике. Прекршајна (у Закону се назива казненом одговорношћу) одговорност се огледа у дугој листи прекршаја наведених при крају законског текста.¹³

¹⁰ Чл. 197. ст. 1, тачка 6. Закона.

¹¹ Чл. 197. ст. 5. Закона.

¹² Чл. 169. ст. 2. Закона.

¹³ Чланови од 256 до 263 Закона.

9. Што се тиче грађанскоправне одговорности (у Закону се о њој говори као о материјалној одговорности), она је поменута само у једној одредби Закона и то на следећи начин:

"Пацијент који због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника, у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог здравственог стања има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету.

Право на накнаду штете не може се унапред искључити или ограничити."¹⁴

Може се запазити да се у Закону појам стручне грешке употребљава да би се његовим посредством извршило упућивање на општа правила садржана у Закону о облигационим односима.

10. Убрзо после доношења Закона о здравственој заштити појавила су се схватања да је потребно поново размотрити или преиспитати структуру и елементе грађанскоправне (у првом реду, деликтне) одговорности у светлу нових решења Закона. Нова гледишта о одговорности лекара појавила су се у појединим стручним чланцима, у правним часописима, у обимнијим правним расправама и у неким судским одлукама. Поједине ауторе, пре свега међу млађим правницима, посебно је импресионирао појам лекарске грешке или "стручне грешке здравственог радника" (како је овај појам означен у Закону). Многима се учинило да се тим појмом коначно проналази решење за проблем одговорности лекара, за коју би по њиховом мишљењу било неприкладно да се заснива на кривици. Због снажног набоја прекоревања и моралне осуде које садржи у својим конотацијама, кривица има злосутан одјек. Наспрам ње, грешка (лекара) звучи помирљиво и готово безазлено, као признање људске несавршености. Кад је реч о професији која је по свом бићу племенита говорити о кривици њених припадника звучи као светогрђе. Насупрот томе, говорити о грешци лекара значи мирити се са слабошћу која је својствена људској природи (*erare humanum est*).

¹⁴ Чл. 40. Закона.

11. Ови и неки други разлози могли су утицати да се појаве схватања по којима у структури одговорности здравствених радника треба унети појам лекарске грешке или стручне грешке. Међу тим схватањима истичу се два: по првом, стручна грешка је нови четврти елемент одговорности поред постојећа три елемента (штета, кривица и узрочна веза), а по другом у области професионалне одговорности лекара, стручна грешка треба да замени појам кривице.

12. Одредбе Закона о здравственој заштити, као и мишљење које су се у вези са појмом "стручна грешка здравствених радника", појавила у чланцима па и у појединим судским одлукама, упућују нас да се позабавимо (да размотримо) односом између лекарске грешке и одговорности за проузроковану штету. У том оквиру биће изложена: § 1 Општа правила о одговорности за проузроковану штету; § 2 Одговорност стручњака заснована на појму професионалне кривице и § 3 Однос професионалне кривице за стручне грешке здравствених радника.

§ 1 - Општа правила о одговорности за проузроковану штету

13. У нашем праву, ако се оставе по страни правила о одговорности за опасне ствари (која и иначе само изузетно долазе у обзир, када је реч о одговорности лекара) пространа област у којој се одговара за сопствене поступке заснива се на кривици. Редовно, лекари и друго медицинско особље одговарају само за скривљене поступке, без обзира да ли је реч о кривичној одговорности или о грађанској одговорности за проузроковану штету. Таква одговорност која зависи од кривице има дубок смисао¹⁵ и од великог је значаја за медицину. На тај начин је успостављено пространо поље слободе у коме лекари и други здравствени радници могу да обављају своју делатност без страха од санкција.

¹⁵ Упоредити: "Die schuldabhängige Haftpflicht hat ihren guten Sinn." Laufs, Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, München, 1992, стр. 15.

Лекар не може бити крив за неповољан исход лечења, ако је поступао онако како је требало, па следствено не може бити одговоран¹⁶ ни у Кривичном праву¹⁷ ни у Грађанском праву.

14. Опште правило о грађанскоправној деликтној одговорности на које упућује Закон о здравственој заштити изражено је на једноставан начин: "Ко другоме проузрокује штету својом кривицом дужан је накнадити је"¹⁸. За ову врсту одговорности потребна су три елемента: штета, узрочна веза и кривица. Прва два су објективни елементи (штета је неповољна последица физичке, хемијске, биолошке природе; узрочна веза је испољавање закона каузалитета), трећи је субјективан у том смислу што зависи од људског понашања. У изнесеном смислу кривица представља основ одговорности за сопствени чин.

III - Схватање о кривици као психичком односу

А. Кривично право

15. Појам кривице, у опште узев, може се схватити на два начина, а тако се поступа и у праву. У Кривичном праву кривица (виност) се дефинише као психички однос учиниоца према радњи и последици.¹⁹ Скуп психичких односа састоји се из два феномена

¹⁶ Упоредити: "Wer die verkehrserforderliche Sorgfalt übt, wer die Standards seines Berufes einhält, kann sich frei einlassen, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen." Ibidem.

¹⁷ Случајеви одговорности лекара у Кривичном праву много су ређи него у Грађанском праву. Кривична одговорност као најтежа врста одговорности представља *ultima ratio* у праву. С обзиром да лекарски позив претпоставља да се делатост обавља у племенитој намери да се пружи помоћ болеснику, теже је замислити огрешење лекара о елементарне дужности моралне и правне природе. Ипак, с обзиром да и таквих случајева може бити и у раду (Dr Mengele) и у миру, у Кривичном закоником Србије предвиђено је кривично дело несавесног пружања лекарске помоћи (члан 251) и још неколико кривичних дела против здравља људи (чланови 246 до 259)

¹⁸ Чл. 123. ст. 1 Скица за Законик о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића, Београд, 1969, стр. 48.

¹⁹ Упоредити: "Виност (тзв. Субјективни, психолошки, интелектуални, спиритуалистички, унутарњи, "морални" елемент, у Бипартицији кривичног дела, у Трипартицији кривца) је (у енциклопедијском смислу) скуп психичких односа, које

свести и воље²⁰ (понекад се има у виду само воља²¹ или само свест²²). Без овако схваћене кривице, која се доцније грана на умишљај и нехат (са даљим поделама на директни и евентуални умишљај и свесни и несвесни нехат), учинилац не може бити одговоран у кривичноправном смислу.

извршилац треба да има са својим делом уопште или код овог или оног одређеног кривичног дела, да би био кривац. Ти психички (субјективни) односи се појављују, сами за себе посматрани, као одређени психички акти (процеси). Но као што се је видело, ови акти довољни су за кривичну одговорност само онда, ако су се испољили у спољном свету одређеним делима, т.ј. само онда ако су од субјекта таква дела извршена и ова се појављују као објекат тих аката. На тај начин поменути психички акти улазе у кривично право, да заснују кривичну одговорност, само онда, ако се појављују као психички односи извршиоца с његовим делом, и у том смислу је дата горња дефиниција виности.", Т. Живановић, Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, II књига (II. Кривац – III. Кривична санкција), 3. издање, Београд, 1937., стр. 26.

²⁰ "Скуп психичких односа (који се изражавају у свести и вољи учиниоца) према одређеном делу назива се виност.", Н. Срзентић, А. Стајић, Кривично право ФНРЈ, Општи део, 3. издање, Београд, 1961., стр. 205. Упоредити за грађанско право, Д. Поп Георгиев, Облигационо право, Општ дел, Скопје, 1976., стр. 154.

²¹ "А под кривцом у ширем смислу, разуме се онај моменат у вољи извршиоца противправног дела, по којем се овај показује као виновник правне повреде, као узрочник или починитељ противправног учинка", А. Ђорђевић, Систем Приватног (Грађанског) права Краљевине Србије у вези са Међународним приватним правом, Прва књига: Општи део (прва половина), Београд, 1893; Прва књига: Општи део (друга половина), Београд, 1896; Посебни део, књига друга: Имотинско право, Београд, 1903., стр. 184. У истом смислу: "Јер од његове је воље зависило, да предузме или не предузме поступак, који је штету проузроковао. Према томе о некој вољи, која је на предузимање неке радње или нерадње управљена, па према томе ни о кривици не може бити пре свега говора код лица, чија се воља у праву игнорира.", Д. Аранђеловић, О одговорности за накнаду штете, 2. издање, Београд, 1923., стр. 18.

²² За разлику од његових претходника (А. Ђорђевић, Д. Аранђеловић) који су у први план стављали вољу, Благојевић је под утицајем Т. Живановића сводио кривицу на феномен свести и на тај начин дефинисао појам кривице у Грађанском праву, на сличан начин на који је Живановић изложио у Кривичном праву. "Садржина овог психичког односа, писао је Благојевић, зависи од сваког конкретног случаја, односно од сваке категорије случајева, но она се увек састоји у градацији свести лица у питању и дејству његове радње.", Б. Т. Благојевић, Посебни део Облигационог права, Уговори, једностранни правни послови, грађанско-правни деликти, Београд, 1939., стр. 289.

Б. Грађанско право

16. Поједини правни писци прихватили су овакво поимање кривице и за Грађанско право. По њиховом мишљењу кривица треба да се просуђује на субјективан начин. То значи да, када неко лице својом радњом проузрокује другоме штету, суд треба да се упита да ли је штетник према својим субјективним својствима и способностима могао да схвати домашај своје радње и могућност наступања штете, као и да избегне њено проузроковање. Суд је, дакле, дужан да испитује психичко стање учиниоца и да, имајући у виду лична својства и способности учиниоца, утврђује да ли је он имао могућности да се понаша другачије (просуђивање кривице *in concreto*). При томе, суд треба да узме у обзир околности као што су способност за расуђивање, старосно доба (старији људи, немоћни, деца), стање здравља и евентуално одређене физичке недостатке (као што су инвалидност, слабовидост или слепило, глувоћа и слично), и друге личне особине као што су снага, интелигенција, искуство, вештина, обученост, снажљивост, брзина реаговања итд. Тако би се, небрижљивост старије особе при прелажењу улице блаже просуђивала, него понашање лица у пуној снази. Кривицу неискусног возача, или невичног занатлије требало би блаже просуђивати него понашање искусног возача или вештог мајстора.

17. Педесетих година прошлог века, када се судска пракса о овом питању почела формирати, судови су у неким одлукама, мање или више јасно и одређено²³, изражавали схватање о кривици као психичком односу (који се кад је реч о непажњи) просуђује *in concreto*. Савезни врховни суд је то становиште изложио на следећи начин:

²³ Тако је Врховни суд, истина у једном случају уговорне одговорности, кривицу окарактерисао прилично неодређено на следећи начин:
"Тужени је одговоран за штету која је настала ако није поступао са довољним опрезом нити као добар домаћин у својим властитим стварима." Одлука Врховног суда Војводине, Гж 807/57, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 1/1958 стр. 35.

"Кривица постоји кад код онога који штету причини у односу на штетну последицу постоји зла намера (*dolus*) или кад у односу на наступелу последицу постоји бар нехат, тј. кад је онај који је штету причинио био свестан могућности да штета може да настане и олако је држао да она неће наступити или да ће је моћи отклонити. Првостепени суд ове субјективне моменте није расправљив нити о њима судио."²⁴

На сличан начин Суд је изразио своје схватање о кривици у још неким случајевима.²⁵

18. Нешто касније, када се већ назирало да ће у судској пракси преовладати становиште о кривици као одступању од стандарда понашања, Врховни суд се у једном случају о кривици изразио на следеће начин:

"Наиме, кривња је увијек субјективна категорија и то у свим ступњевима: намјери, грубом и лаком нехату. Зато се, без обзира на објективизирани (опће, апстрактне), критерије који служе да би се упоређењем утврдило о коме је ступњу нехата ријеч у неком конкретном штетном понашању, субјективне особине учиниоца штете не могу увијек и сасвим занемарити. Прије свега, очевидно је да се не могу занемарити особине које утичу на способност расуђивања, а затим, нарочито у одређеним ситуацијама, ни неке друге личне особине ван наведене сфере, као што су искуство, снага, алатност, а сл. Као примјер гдје ће чисто субјективна особина доћи у обзир, могу се навести изузетне и изненадне саобраћајне ситуације у које возач није доведен својом кривњом, а у којима ће успјешно или неуспјешно разријешавање опасности врло често овисити о снага, алатности, искуству и "прирођеним" квалитетима рефлексног дјеловања. Нема никакве сумње да се код оцјене да ли се у таквој ситуацији ра-

²⁴ Одлука Савезног врховног суда, Гз 35/57 од 17. маја 1957., Правни живот бр. 1-2/1958, стр. 59-60.

²⁵ Одлука Савезног врховног суда Гз 1/57 од 25. јануара 1957. године, Правни живот бр. 5-6/1957, стр. 57-59; Одлука Савезног врховног суда Гз 32/57 од 10. маја 1957. године, Правни живот бр. 11-12/1957 стр. 49.

ди о обичном или грубом нехату морају узети у обзир, осим опћих критерија, извјесна субјективна својства учиниоца."²⁶

Али, у време када је Суд наглашавао субјективне елементе у појму кривице, у правној теорији и у одлукама судова (врховних судова република), већ је почело да преовлађује друго, супротно схватање.

IV - Схватање о кривици као стандарду понашања

А. Нови приступ у правној теорији

19. Схватање о кривици као одступању од понашања које се основано могло очекивати од разумног и пажљивог човека увео је у нашу правну теорију²⁷ и доследно развијао у својим радовима професор Михаило Константиновић. У завршном облику он је то схватање формулисао у Скици за Законик о облигацијама и уговорима (у члану 127) као предлог за наше будуће право на следећи начин:

"При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, то јест да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима."²⁸

Према правилу садржаном у Скици, у средишту појмовног одређења кривице налази се *понашање* учиниоца штете, а не његов психички однос према понашању и штети као последици. Отуда се и не помиње подела кривице на област намере и поље непажње. Наиме, у оквиру предложеног система, битно је одредити доњи праг кривице, зато што је за оштећеног од пресудног значаја што је штетник уопште крив, а не колики је степен његове кривице. Друго обе-

²⁶ Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 109/71 од 28. маја 19, 71. г., из архиве суда.

²⁷ И неки други правни писци су заступали становиште о кривици *in abstracto*, али уз одређене резерве и мање доследно.

Упоредити: S. Cigoj, *Odškodninsko pravo*, Љубљана, 1976. године, стр. 261-264, Б. Лоза, *Облигационо право, "Општи део"*, Београд, 2000. године, стр. 210-211.

²⁸ М. Константиновић, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969., члан 127.

лежје, у новом приступу, огледа се у томе што се кривица одређује као *погрешно поступање*. За некога ћемо рећи да је крив ако није поступао онако како је требало а то значи када његово понашање одступа од понашања које се могло основано очекивати од разумног и пажљивог човека.

20. Одређивање кривице у овоме систему, састоји се дакле из две фазе: суд најпре утврђује чињенично стање како се, у конкретном случају, понашало лице чијом радњом је проузрокована штета, а затим у другој фази, штетниково поступање упоређује са понашањем које се основано могло очекивати од разумног и пажљивог човека у таквој ситуацији. У првој фази потребно је да суд брижљиво установи какво је било понашање учиниоца са свим потребним појединостима. У другој фази, суд треба да одредби у чему би се у датим околностима састојало исправно понашање, а то ће рећи понашање, какво је требало да буде. Судија је упућен да у сваком поједином случају изгради један замишљени стандард понашања (више или мање апстрактан), разумног и пажљивог човека, који ће служити као мерило поређења. Ако поређењем утврди да лице које је штету проузроковало, није поступало онако како би се понашао разуман и пажљив човек, судија ће извести закључак да је то лице криво за проузроковану штету. Отуда се, за овакво схватање кривице, каже да оно представља објективизовано гледање на кривицу (просуђивање кривице *in abstracto*). При томе ваља нагласити да кривица и даље остаје субјективни елемент деликтне одговорности (јер је реч о људском понашању а оно јесте субјективни феномен), али је мерило по коме се кривица просуђује објективизовано. Објективизација кривице (а не објективна кривица што је противречност у себи), огледа се у томе што се кривица не просуђује према унутрашњем стању свести и воље, него према *понашању* као изразу психичких дешавања у спољном свету.

21. Становиште да је кривица одступање од понашања, какво је требало да буде (и да нема никакву психичку садржину), а то ће рећи од понашања разумног и пажљивог човека, Константиновић је изложио најпре у својим предавањима на Правном факултету у Београду, пре више од педесет година на следећи начин:

"Уствари садржину појма кривица није тако тешко одредити као што то изгледа. Законници не дефинишу кривицу и због тога што се сматра да је значење ове речи сасвим јасно. Кад се каже да је неко крив, зна се шта се тиме хоће да каже. То треба да значи да се он није понашао како би требало, како би се могло основано очекивати. А ми можемо да захтевамо од свих чланова друштва да поступају са великом пажњом, врло опрезно.

Римљани су сматрали да свако треба да одговара за најмању непажњу. *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. Другим речима, кад год се догоди штета нечијим поступком ми, пошто утврдимо како се понашало лице које је штету проузроковало, поредимо његово понашање са понашањем врло пажљивог човека. Биће крив и због тога одговоран сваки онај који се није понашао онако како би се понашао врло пажљив човек. То значи да није довољно понашати се као лице просечне марљивости, потребно је понашати се као лице врло пажљиво и опрезно. Иначе свако друго понашање значи кривицу. Тако се може рећи да се грађанска кривица састоји у томе што се штетник није понашао онако како је требало, како се основано могло очекивати."²⁹

Исту мисао да се кривица огледа у понашању какво није требало да буде, дакле у неисправном погрешном понашању, професор Константиновић је постојано развијао у чланцима објављеним у часописима³⁰, на научним скуповима³¹ и у другим приликама,

²⁹ Облигационо право, Општи део, I, према белешкама са предавања професора М. Константиновића, средио В. Капор, Београд 1952., стр. 92-93. Истоветан текст се налази и у доцнијим издањима: Облигационо право, 1959., стр. 75-76; Облигационо право, 1962., стр. 90.

³⁰ Константиновић, Основ одговорности за проузроковану штету, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1952, стр. 90. Упоредити: "Кад кажемо за некога да је крив, ми се изјашњавамо о његовом понашању. Ми истражујемо шта се у датим околностима могло основано очекивати од разумног човека. Ако је учинилац изневерно такво очекивање он је крив.", Константиновић, Основ одговорности за проузроковану штету, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1952, стр. 90.

³¹ Упоредити закључне напомене формулисане на саветовању о грађанској одговорности: "Може се рећи да је крив сваки онај који се није понашао како се основано могло очекивати од њега. То очекивање не мора бити основано на праву, довољно је ако је основано на обичају, општим навикама. Кад идем десном

да би јој у Скици за Законик о облигацијама и уговорима дао завршни и углачани облик.

Б. Просуђивање кривице in abstracto у судској пракси

22. Постепено продирање новог схватања о кривици могло се пратити и у судској пракси. У почетку колебљива, са појединим одступањима, судска пракса се постепено устаљивала, да би у доцнијој фази развоја схватања о кривици, као одступању од понашања које се основано могло очекивати од разумног и пажљивог човека, коначно преовладало. Просуђивање кривице на овај нови начин било је драгоцено, нарочито у случајевима у којима су радње учесника у неком подухвату биле узајамно повезане, па је, када би дошло до повреде (или друге врсте штете) било тешко оценити ко је од њих двојице погрешио.

23. У једном случају, трактор којим је иначе руковао тужени, нашао се у ували из које тужени није успевао да га покрене јер је мотор био у квару. Тужилац се понудио да својим колима повуче трактор. Трактор није био укочен, тако да је, када су га коњи нагло повукли, прешао једним точком преко тужиочеве ноге и нанео му повреде.

Савезни врховни суд је укинуо одлуке нижестепених судова, сматрајући да нису учинили све што је потребно, да би се могло утврдити да ли постоји и у чему се састоји кривица обеју страна. Уз то Суд је искористио прилику која му се указала да изложи своје схватање о кривици следећим речима:

страном као што је обичај, ја очекујем да ће и други ићи десном страном и тако избећи судар са мном. Онај који не чини тако, него иде левом страном и судари се са мном који идем право, крив је за штету, која тако настане без обзира на све друго, јер ја сам легитимно, основано веровао да ће се он према навикама града кретати десном страном као и ја. Тако схваћена кривица знатно проширује домен примене тзв. субјективне одговорности и чини неоснованим неке критике те теорије.", Константиновић, Реч у расправи Грађанска одговорност, реферати и дискусије са Симпозијума одржаног 11. и 12. фебруара 1966. године у Београду, Београд, 1966., стр. 332.

"Говорећи уопште, кривица услед непажње постоји кад учинилац није поступио како се основано очекује од разумног и пажљивог грађанина у датим околностима, имајући у виду при томе редовни ток ствари. Ако се не може утврдити овакав степен непажње, онда не постоји кривица за штету. У сумњи би се морало претпоставити да кривица не стоји."³²

24. Одређујући кривицу као одступање од понашања које се основано може очекивати од разумног и пажљивог човека, Суд је указао на права којим треба да се креће судска пракса. То предвиђање се обистинило и стандард понашања разумног и пажљивог човека све чешће се појављивао у образложењима одлука не само Савезног врховног суда³³ него и у одлукама других судова.³⁴

³² Пресуда Савезног врховног суда, Рев. 56/59 од 26. маја 1959. г. Збирка судских одлука, књига IV, свеска 2, одлука бр. 222.

³³ "Тужени може бити и крив за настану штету ако при овом пословању није поступио онако како се у таквим околностима основано очекује од разумног човека и пажљивог грађанина и ако је тако свесно или непажњом причинио штету.", Решење Савезног врховног суда, Рев. 49/58 од 25. фебруара 1958. г. Збирка судских одлука, књига III, свеска 1, Одлука бр. 59.;

"Постоји дужност сваког појединца да у свом раду и понашању пази на права другог, да поступа са понашањем које се у датим околностима тражи од разумног и савесног грађанина"; пресуда Савезног врховног суда Рев 376/59 од 20. јуна 1959. године, Правни живот, бр. 3-4/1950 стр. 66.;

"Околност да је комисија примила степениште као исправно изграђено не ослобађа дужности субјекта који управља зградом и степеништем да, поступајући онако како се очекује од разумног и поштеног грађанина, предузме мере сигурности за људе који степеништем саобраћају.", Решење Савезног врховног суда, Рев. 1517/59 од 12. марта 1960. године, збирка судских одлука, књига V, свеска 3, одлука бр. 27.;

"Судови утврђују и кривицу тужиле која треба да сноси 20% штете, јер не железничком мосту није обратила довољно пажње каква се од разумног човека може тражити.", Пресуда Савезног врховног суда, Рев 1947/60, од 22. децембра 1960. године, Збирка судских одлука, књига V, свеска 3, одлука бр. 33.;

"Начелно, као правило међусобног понашања људи, важи правило да сваки човек у односу на личност, имовину и права другог човека мора поступати тако како се по редовном току ствари основано може очекивати од разумног човека и пажљивог грађанина у датим околностима. Правно је правило да је за штету одговоран онај који својом кривицом другом штету причини.", Решење Савезног врховног суда, Рев. 3155/62 од 10. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 309.

В. Кривица оштећеног

25. Судови су став о просуђивању кривице *in abstracto* примењивали до те мере доследно, да се она у неким случајевима приближавала објективној одговорности. Први пример који илуструје ову констатацију односи се на случај наглувог путара. У саобраћајном удесу возач аутомобила повредио је на друму путара који је обављао своју редовну делатност. У поступку је утврђено да је возач звучним сигнаlima упозоравао путара, али га овај због наглувости није чуо и тако је дошло од удеса. Првостепени (Окружни) суд је сматрао да је одговорност подељена, а републички Врховни суд да је искључиво крив возач. Врховни суд Југославије укинуо је одлуку другостепеног суда, дао за право првостепеном суду и поводом овог случаја изложио своје становиште о поимању кривице:

"По мишљењу Врховног суда Југославије сваки човек који има неку телесну ману (слеп, глув, и тако даље) мора кад се нађе на цести предузети за властиту безбедност све потребне мере и бити крајње опрезан, пошто се у савременом саобраћају не може тражити од возача возила да унапред знају за све личне особине корисника путева и да према њима подесе вожњу. У конкретном случају тужилац није предузео све што би требало да не дође до несреће. Врховни суд Југославије зато усваја разлоге и закључак првостепеног суда о сукривњи тужиоца за штетни догађај у коме је тужиоцу настала штета која је предмет овог спора."³⁵

"Кад се суди томе, шта држалац пса треба да предузме, мора се имати у виду правило понашања људи у узајамним односима према коме је свако дужан да води рачуна о безбедности других и да се према личности и имовини других понаша како треба, то јест како се у редовном току ствари основано очекује од разумног и пажљивог грађанина у датим околностима.", Пресуда Савезног врховног суда, Рев 3391/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 314.;

³⁴ Упоредити: Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3113/94 од 25. јануара 1995. године (из архиве Суда); Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 4185/76 од 20. децембра 1977 године, Преглед судске праксе, 13/1978, страна 30., одлука бр. 97.

³⁵ Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 153/67 од 20. јула 1967. г. Збирка судских одлука, књига XII, свеска 2, Одлука бр. 181.

26. Када би се понашање путара просуђивало *in concreto*, тешко би се могло рећи да до њега има кривице, јер он није био у стању да чује упозорење долазећег возила. Суд му то не замера и не би ни могао да му замери.

Али, Суд просуђује кривицу наглувог путара *in abstracto* и замера му што се није понашао онако како се основано могло очекивати од разумног и пажљивог човека у датим околностима. Узимајући у обзир његове личне околности, наглуви путар је требало да буде крајње опрезан како каже Суд, а то значи обазривији од других људи, који добро чују, или да изађе на пут са помоћником, који би га упозоравао на опасност (као што је чинио раније). Схватање Суда о кривици путара доведено је до крајњих граница појма. Одговорност путара није објективна, он је одговарао према правилима о субјективној одговорности, али је његова кривица посматрана са становишта једног потпуно објективизованог стандарда. То није више кривица као морални прекор, то је погрешка у понашању схваћена у скоро објективном смислу.

Г. Кривица и одговорност Државе

27. Потврда оваквог схватања о погрешном понашању као мерилу кривице, налази се и у једној од новијих одлука Врховног суда Србије у Београду. Једно лице налазило се на издржавању казне затвора у трајању од две године и шест месеци у КПД у Пожаревцу. Из здравствених разлога (да би се лечио на слободи) осуђенику је био дозвољен прекид казне од 06. марта 1989. год. до 06. јуна 1989. год. Осуђени се није вратио на време у КПД и десило се да је 07. јуна, ноћу око 22 часа убио једног грчког држављанина који је био на пропутовању кроз Србију. У току кривичног поступка (новог), осуђеник је умро. Отуда се поставило питање да ли држава одговара за проузроковану штету с обзиром да се накнада није могла добити од штетника. Изјашњавајући се о овом питању Врховни суд Србије је изложио следеће схватање:

"При таквом стању ствари и при таквим околностима судови нижег степена су законито поступили када су на напред изложе-

ни начин уважили захтев тужилаца. Наиме, из конкретних околности случаја несумњиво произилази да стоји основ одговорности тужене државе за штету коју је проузроковао њен орган у вршењу функције (чл. 172. став 1. Закона о облигационим односима) јер је штетни догађај убиство оца тужилаца био 07. јуна 1989. год. ноћу око 22 часа у време када је осуђено лице већ *требало* да буде на издржавању казне затвора. Ова штета се могла спречити благовремено предузетим радњама вођењем контроле осуђеног лица на слободи односно прекиду издржавања казне затвора и предузимањем интервентних мера надлежних органа државе у вршењу своје функције, што није било учињено, па је тужена грађанскоправно *скривила* и проузроковала тужиоцима спорну штету на коју тужиоци имају грађанскоправно овлашћење да траже да се тужена обавезе да им исплати."³⁶

28. Као и у претходном случају суд посматра кривицу као пропуст у понашању. Тај пропуст има обележја готово објективне одговорности. Државни органи, по мишљењу суда били су дужни да по сваку цену обезбеде да се осуђени нађе у затвору, оног дана када је то требало да буде. За овако учињен пропуст нема извињења. Суд не говори о приговорима, које је тужена страна могла изнестити, али ми их можемо замислити. Тужена држава се могла бранити наводећи да нису сви полицајци били у станици, јер су неки од њих имали интервенцију на терену, могло се рећи да је старешина оправдано био одсутан, или да је нижи службеник пропустио да контролише, којег дана је осуђени требало да се врати на издржавање казне итд. Али, ниједан од ових приговора не би наишао на прихватање од стране суда, који је очигледно сматрао да Држава располаже средствима, којима може да издејствује повратак осуђеног на издржавање казне под било којим условима и у било којим околностима. Због тога се пропуст државних органа иако обележен као кривица ("осуђено лице" *требало* је да буде на издржавању "казне") приближава и готово додирује са објективном одговорношћу.

³⁶ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3113/94 од 25. јануара 1995. године (из архиве Суда).

§ 2 - Одговорност стручњака заснована на појму професионалне кривице

29. Одговорност лица која се професионално баве одређеном делатношћу просуђује се на сличан начин као што је предвиђено према општим правилима. Стручна лица (лекари, хирурзи, зубни лекари, фармацеути и други здравствени радници, ветеринари, адвокати, нотари, архитекта, инжењери итд.) одговарају исто тако према стандарду, али се у његовој примени узимају у обзир вештина, знање, стручне способности и друге особине које треба да има лице које се таквом професијом бави. При просуђивању кривице лице која се професионално бави одређеном делатношћу суд води рачуна о правилима науке и струке као и о томе шта се од разумног и пажљивог стручњака могло основано очекивати у датим околностима.³⁷

30. Одговорност стручњака се исто као и одговорност за проузроковану штету према општим правилима заснива на кривици. Такође, она се просуђује на исти начин према стандарду понашања. Једино је мерило различито. Према општим правилима као стандард се узима понашање разумног и пажљивог човека, код професионалне одговорности стандард разумног и пажљивог стручњака. Разлог је једноставан: стручњак се представља јавности као лице које је овладало одређеном вештином. Ако у обављању те делатности стручњак не испољи степен вештине који се основано могао очекивати од разумног и пажљивог стручњака (те професије), стручњак ће бити крив и одговарати за проузроковану штету. У овој области се одговара за незнање, невештину, невичност и неспособност као што се иначе одговара за кривицу.

Ваља нарочито нагласити да стручњаци одговарају за обичну непажњу и при том дугују потпуну накнаду као што је случај са општим правилима.

31. У области професионалне одговорности има још више разлога за одређивање кривице према стандарду понашања, него иначе. Наиме, када се говори о општим правилима деликтне одго-

³⁷ Упоредити: Члан 171., ст. 2 Преданцрта Грађанског законика, Облигтациони односи, Београд 2009., стр. 65.

ворности, још се може замислити да се кривица просуђује према субјективним својствима и индивидуалним могућностима лица које је штету проузроковало. Такво схватање преовлађује у аустријском праву³⁸, а има поборнике и у другим правним системима. Али, кад је реч о професионалној одговорности стручњака³⁹, просуђивање кривице *in concreto* једноставно не долази у обзир.

32. Од какве вредности би био одговор лекара да је уложио сво своје знање и умешност да излечи болесника, ако то знање није достигало стандард који се основано могао очекивати од лекара те струке. Лекар чије је знање медицине испод стандарда потребне стручности, субјективно не мора имати осећај кривице, он може сматрати да је учинио све што је било у његовој моћи, његова савест је мирна и он нема шта себи да пребаци.⁴⁰ Кад би се његово понашање просуђивало *in concreto*, он не би одговарао за проузроковању штету, без обзира што би неки други лекар (са више стручног знања) да је био на његовом месту, излечио пацијента.⁴¹ Супротност

³⁸ "Verschulden bedeutet daher einen subjektiven Vorwurf des Willensmangels. Deshalb muß auch ein subjektiver Veurgeilengusmaßstab angewendet werden. Es muss gefragt werden, ob der konkrete Täter auf Grund seiner Fähigkeiten den Schadenseintritt und die Rechtswidrigkeit hätte erkennen und dementsprechend hätte handeln können. Nur wenn seine Fähigkeiten ausgereicht hätten, den Schaden zu vermeiden, kann ihm ein persönlicher Vorwurf eines Willensmangels gemacht werden, nur dann kann von Verschulden gesprochen werden. Abzulehnen ist deshalb die vor allem in Deutschland vertretene Meinung, daß ein objektiver oder normativer Fahrlässigkeitsmaßstab herauszuziehen sei.", H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I. Allgemeiner Teil, Wien, 1973., стр. 99-100.

³⁹ Noch bedeutsamer ist, daß es bei der Prüfung, ob jemandem ein Schuldvorwurf zu machen ist, nach den allgemeinen Regeln auf die subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse ankommt, nach § 1299 hingegen auch für die Fähigkeiten und Kenntnisse ein objektiver Maßstab eingeführt wird.", H. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Besonderer Teil, Wien, 1975., стр. 149.

⁴⁰ "Voici maintenant un médecin qui, par ignorance, tue un de ses clients. Sa conscience ne lui reproche rien; il se croit à la hauteur de sa tâche; il a fait tout ce qu'il a pu pour sauver le malade; malheureusement, ses moyens étaient limités. Si on apprécie sa conduite *in concreto*, il faut donc la déclarer exempte de faute. Certes, un autre médecin aurait, à coup sûr, guéri le client.", H. et L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. premier, 6^{ème} édition, Paris 1965, стр. 493 n° 421.

⁴¹ Упоредити: "За грађанску одговорност лекара није потребна тежа кривица него је довољна и обична непажња. С друге стране, кривица у облику непажње не поима се као лични укор него као објективна категорија, јер се она цени према

између субјективног осећаја кривице и њеног просуђивања према стандарду понашања је у овом примеру потпуна. Отуда, када суди о професионалној кривици лекара, или било ког другог стручњака, судија треба да разматра и просуђује шта је тужени лекар *требало да учини*, а не шта је он (или она) *могао* да учини.⁴²

33. У случајевима у којима се поставило питање одговорности стручних лица, судови су кривицу просуђивали *in abstracto*. Тако се у одлукама које су се односиле на здравствене установе наглашавало да оне одговарају према стандарду који је одређен правилима медицинске науке и струке, а то ће рећи:

"...само за оне последице интервенције које настану услед нестручног, непажљивог и непрописног рада њених радника, дакле за последице које се могу приписати у кривицу лекарима и другом медицинском особљу које није било у складу са правилима медицинске струке"⁴³

Исто схватање судови су примењивали у случајевима када су ове установе ослобађали одговорности, пошто су претходно утврдили да је лечење обављено по правилима медицинске науке и струке и да је такав начин лечења опште прихватљив у медицини⁴⁴,

објективном мерилу за пажњу. Приликом оцене кривице не води се рачуна о личним способностима и знању туженог лекара, него се судија увек пита како би се на месту туженог понашао искусан и савестан лекар одговарајуће струке.", J. Радишић, Медицинско право, Београд, 2004., стр. 170-171; Такође: "A doctor failing to diagnose a disease cannot excuse himself by showing that he acted to the best of his skill if a reasonable doctor would have diagnosed it." Nor can a young hospital doctor plead that he is inexperienced or overworked if he fails to attain the level of competence to be expected from a person holding his "post" and entrusted with his responsibilities.", M. Brazier, The Law of Torts (Street on Torts, 9th Edition, London, 1993., стр. 229.

⁴² Упоредити: "The judge must decide what the defendant should have done, not what he or she could have done.", P. Cane, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 6th Edition, Cambridge, 2004., стр. 39.

⁴³ Одлука Врховног суда Србије 2066/80, Збирка судских одлука из области Грађанског права 1973-1986, Београд, 1986, стр. 86., одлука бр. 380.

⁴⁴ "Ако правила медицинске науке односно струке допуштају одређени и сложенији метод лечења, уз употребу савремене компликоване опреме, упркос могућег ризика у виду штетних последица по здравље пацијента због таквог начина ле-

или да је хируршка интервенција била нужна и да је изведена по свим правилима медицинске науке.⁴⁵

34. Ваља напоменути да су судови на исти начин просуђивали кривицу *in abstracto* и у другим областима професионалног обављања делатности, на пример адвоката⁴⁶, инжењера⁴⁷, и других

чења, и ако је такав начин лечења у извесним случајевима опште прихватљив у медицини, она за изузетно наступање штетних последица здравствена организација у којој је лечење вршено не може одговарати по основу објективне одговорности, тј. на основу самог проузроковања штете. Све ово под условом да је пацијент односно његов старешина упозорен на могуће штетне последице и да је пристао на ту врсту лечења.", Одлука Савезног суда, Гж. 62/77, Збирка судских одлука из области Грађанског права, 1973-1986, стр. 87, одлука бр. 381.

⁴⁵ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1832/85, Збирка судских одлука из области Грађанског права 1973-1986, стр. 87, одлука бр. 382.

⁴⁶ "Адвокат чијим посредством је странка закључила недозвољени правни посао, дужан је да странци накнади сву штету која је из таквог уговора за странку проистекла.", Одлука Врховног суда Србије, Рев. 295/89, Р. Ћосић, Актуелна судска пракса из грађанског материјалног права, Београд 1996., одлука бр. 1304.

Такође, случај уговарања награде за адвокатску услугу у износу већем него што је одређено у тарифи, Пресуда Савезног врховног суда Кж. 115/56 од 11. октобра 1956. г., Збирка судских одлука, књига 1, свеска 3., одлука бр. 617.

Удруживање адвоката са лицем које није адвокат ради вођења заједничке канцеларије као забрањени правни посао, Пресуда Савезног врховног суда, Рев. 2986/62 од 20. децембра 1962. г., Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, Одлука бр. 321.

Видети о одговорности адвоката и следеће одлуке: "Адвокатске канцеларије редовито шаљу правне лекове препорученом пошљицом. Стога, када наступи друкчије (жалба је упућена обичном пошљицом па је пропуштен рок за жалбу), а то се може приписати само грешци у пословању адвокатске канцеларије, та околност може представљати оправдан разлог за пропуштање.", Одлука Врховног суда Хрватске, Гж. 596/70 од 27.08.1970., Преглед судске праксе, прилог Наше законитости бр. 18/1980, Одлука бр. 132.

"Према одредбама чл. 88. ст. 1. тач. 1. Закона о парничном поступку ако је странка издала адвокату пуномоћје за вођење парнице, а није ближе одредила овлашћење у пуномоћју, адвокат је овлашћен на основу оваквог пуномоћја да врши све радње у поступку, а нарочито, између осталог, да поднесе правни лек. Према томе, ако пуномоћник у року не поднесе жалбу против пресуде због тога што није могао да ступи у везу са својом странком, да би од ње сазнао да ли хоће да изјављује жалбу, нема оправданог разлога за повраћај у пређашње стање због пропуштања рока за жалбу.", Одлука Врховног суда Војводине, Гж бр. 745/71 од 10. фебруара 1972. г., Зборник судске праксе, Београд, бр. 5-6/1972, одлука бр. 626.

стручњака техничке струке,⁴⁸ милиционара при обављању службене делатности⁴⁹, лице чије обављање дужности подразумева стручност⁵⁰, или чак и лица која за себе тврде да су вична обављању каквог посла.⁵¹

35. Ако се за општи појам кривице може рећи да је у дужем раздобљу био предмет теоријске расправе, о кривици стручњака у

Такође, Решење Врховног суда Хрватске, Кж 806/68 од 26. маја 1968. г., Збирка судских одлука, Књига 13, свеска 3. одлука бр. 254.

⁴⁷ Видети: Одлука Савезног врховног суда Гз 1/57 од 25. јануара 1957., Правни живот 5-6/1957, стр. 57-59.

⁴⁸ Видети: Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 143/57 од 7. децембра 1957., Правни живот 5-6/1958, стр. 53-55; Упоредити кривичну одговорност засновану на истом просуђивању кривице, Решење Врховног суда Хрватске, Кж 52/65 од 5. фебруара 1965. године, Збирка судских одлука, књига X, свеска 1, одлука бр. 6, стр. 23-26 (нарочито стр. 25).

⁴⁹ "Правило је да милиционар при вршењу своје дужности може употребити своје оружје тек кад се увери да постоје такве околности које употребу оружја нужно намећу и којим је иста оправдана. У конкретном случају није довољно то како је суд нашао што је тужени мислио за тужиочево биволицу да је човек – диверзант, већ је било нужно да се он претходно поуздано увери или бар са основом закључи да се пред њим налази диверзант против кога има право употребити оружје. Из казивања сведока, командира патроле у чијем је саставу био тужени у моменту пуцања на биволицу, види се да су они идући одређеним правцем чули некакав топот али нису видели шта је пред њима. Тужени је том приликом претходно упитао ко је, пуцао. Пошто се силуета није мицала, они су пажљиво пришли и установили да је то тужиочево биволицу. При таквом стању ствари суд није рашчистио и ценио питање да ли је тужени поступио са оном обазривошћу при употреби оружја како му налаже дужност милиционара.", Решење Врховног суда НР Србије, Гзз 350/53 од 6. октобра 1953. г. Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953-55 г., одлука бр. 243, стр. 241-242.

⁵⁰ "Власник хемијске чистионице који је нестручним чишћењем знатно оштетио капут, тако да се не може вратити у првобитно стање, дужан је на захтев власника да накнади штету у висини цене новог капута уз одбитак амортизације уз задржавање оштећеног капута.", Одлука Врховног суда Војводине, Рев 823/187, Р. Ћосић, Актуелна судска пракса из Грађанско-материјалног права, Београд, 1996., стр. 157., одлука број 1302.

⁵¹ "У вези са тим, може се такође поставити питање да ли и на страни тужиоца (који се наводно приказао као зналац и поступио као организатор у послу) има кривице за насталу штету и до ког степена та кривица утиче на одговорност тужиоца за ту штету.", Решење Савезног врховног суда, Рев. 49/58 од 25. фебруара 1958. године, Збирка судских одлука, књига III, свеска 1, одлука број 59.

судској пракси није било супротстављених мишљења. Од почетка и доследно судови су примењивали схватање о кривици *in abstracto*. То је и разумљиво јер произлази из природе ствари. Суштина стручности као обележја које се стиче учењем, студирањем, радом и сталним усавршавањем, огледа се у добровољном подвргавању проверама које долазе споља. У струку се ступа и у њеним оквирима напредује ако се и када успешно одговори извесним објективизованим захтевима. Пут до стручности је дуг и на њему треба савладати низ препрека.

Да би неко постао лекар, мора положити све испите на медицинском факултету, а затим завршити специјалистичке и евентуално субспецијалистичке студије. Ко у томе не успе не може бити лекар, специјалиста итд.

Успех или неуспех кандидата на испитима и другим облицима провере знања и вештина проверава се и оцењује према одређеним објективизованим мерилима, а не (да ли је то уопште потребно рећи) према неким субјективним својствима. На кандидату је да овај унутрашњи, психички живот подеси тако да одговори захтевима који се, у виду стандарда постављају споља. Овај општи режи понашања важи и кад је реч о одговорности. Навикли да се њихов рад и напредовање оцењују објективним мерилима, стручњаци не могу бити изненађени што ће се и њихове грешке о пропусти мерити на исти начин.

Правило по коме ће се кривица стручњака просуђивати објективизовано, произлази дакле из саме природе стручног обављања делатности.

§ 3 - Однос појмова професионалне кривице и стручне грешке здравствених радника

36. У једном чланку објављеном у часопису "Правни живот", ауторка, специјалиста патолог разматрала је дијагностичке лекарске грешке и изнела низ занимљивих запажања и искустава до којих је дошла у својој пракси.

37. Уз похвале за труд који је уложила и резултате до којих је ауторка дошла, хтео бих да се осврнем на онај део њених излагања који се односе на грађанскоправну одговорност лекара. У закључку она је своје мисли сажела на следећи начин:

"Све стручне лекарске грешке не доводе и до настанка штете и одговорности лекара. Свака грешка лекара није истовремено и несавесно лечење. Уколико је лекар поставио нетачну или погрешну дијагнозу и поред примене свих доступних дијагностичких поступака и *применио све оно што је било у оквиру његових могућности*, али је и поред тога дошло до грешке у лечењу, нема његове непосредне одговорности."⁵²

38. Остављајући по страни поједине успутне напомене, задржаћу се на оном делу текста у коме ауторка наже да: Уколико је лекар поставио нетачну или погрешну дијагнозу и поред примене свих доступних дијагностичких поступака и *применио све оно што је било у оквиру његових могућности*, али је и поред тога дошло до грешке у лечењу, нема његове непосредне одговорности.

39. Наведени став да нема одговорности (ауторка каже непосредне, али то нема значаја) лекара, ако је он применио све што је било у домену његових могућности, па је ипак дошло до грешке у лечењу, не може се прихватити у нашем праву, а није прихваћен ни у упоредном праву. Наиме, мерило по коме се просуђује кривица (небрижљивост) лекара није "оно што је било у домену његових могућности", него *оно што се могло основано очекивати од разумног и пажљивог лекара* у датим околностима. Када разматра кривицу лекара суд треба да се пита шта је био у могућности да учини. Мерило је апстрактно и објективизовано, оно је постављено изнад конкретног лекара а не у оквиру његових могућности.

40. Врховни суд Србије је у својој пракси примењивао схватање да се деликтна одговорност лекара заснива на кривици.⁵³ Уз то

⁵² Стојановић Ивана, Дијагностичке лекарске грешке, Правни живот, бр. 1/2010, стр. 225.

⁵³ Упоредити:

Суд је у складу са преовлађујућим мишљењем у правној теорији и у упоредном праву кривицу посматрао као одступање од стандарда понашања (а не као питање могућности конкретног лекара).

У одлуци која можда најбоље илуструје ово становиште Суд је изрекао следеће:

"Грађанскоправна одговорност здравствене организације постоји само ако се докаже да у датим околностима лекари и здравствено особље медицинске установе нису поступили онако како је требало."⁵⁴

41. У одлуци није прецизирано за који степен кривице лекари сnose одговорност, али из употребљених израза недвосмислено произлази да њихова одговорност постоји и за обичну непажњу.

42. Устаљена судска пракса ранијег Врховног суда и данашњег Врховног (Касационог) суда не допире увек и до нижих судова. Тако се у једној пресуди Првог основног суда у Београду, између осталог, каже следеће:

"Лице које се подвргава медицинској интервенцији сноси ризик од објективних последица те интервенције. Здравствене установе које врше такву интервенцију могу одговарати само за оне последице интервенције које настану услед нестручног, непажљивог или непрописног рада њених радника, дакле за последице које се могу приписати у кривицу." Одлука Врховног суда Војводине, Гж 356/65 од 15 маја 1969. године, гласник АК Војводине, бр. 8/1969, стр. 28.

"Здравствена установа која врши медицинску интервенцију може одговорити само за оне последице интервенције, које настану услед нестручног, непажљивог и непрописног рада њених радника, дакле, за последице које се могу приписати у кривицу лекарима и другом медицинском особљу због поступања које није било у складу са правилима медицинске струке." Одлука Врховног суда Србије, Рев 2066/80.

"Одговорност здравствене организације је субјективне, а не објективне природе, и она одговара за штету проузроковану пацијенту ако њени лекари и друго медицинско особље нису поступили у складу са правилима медицинске науке и са одговарајућом пажњом, па из таквог понашања проистекне штета. Грађанскоправна одговорност здравствене организације постоји само ако се докаже да у датим околностима лекари и здравствено особље медицинске установе нису поступили онако како је требало." Одлука Врховног суда Србије, Рев. Бр. 1659/84.

⁵⁴ Одлука Врховног суда Србије Рев 1659/84

"Грађанска одговорност због лекарске грешке заснива се на кривици лекара, али за то није довољна свака лекарска грешка, већ се грађанске одговорност везује искључиво за грубе лекарске грешке."⁵⁵

Поред наведеног става и неки други ставови из образложења доводе у питање основе деликтне одговорности.⁵⁶

43. Опасност која прети да се уношењем појма лекарске грешке у правно расуђивање замагле јасна и чврста правила деликтне одговорности у нашем (српском) праву и да се створи појмовна конфузија обистинила се у овом примеру. Суд није навео ниједан разлог зашто би по његовом схватању лекари, мимо свих осталих људи требало да одговарају само за грубе лекарске грешке. Још мање је био склон да се позове на ауторитете, било у правној теорији (што ни други судови нажалост не чине) или у судској пракси, а и да је хтео није могао да то учини јер таквих схватања нема.

⁵⁵ Пресуда Првог основног суда у Београду 43-П бр. 49021/10 (из Архиве суда)

⁵⁶ "Стручна грешка лекара јесте објективни појам који не садржи оцену о лекарској кривици. Лекар не може одговарати због погрешне дијагнозе као такве, већ једино уколико је тиме нанео штету пацијенту, а до штете долази тако што се на погрешну дијагнозу надовеже погрешна терапија. Да би се говорило о стручној лекарској грешци, потребно је утврдити кривицу лекара и узрочно-последичну везу између погрешне дијагнозе, терапије и штете нанете пацијенту. *Грешка у дијагнози и терапији не значи и лекарску стручну грешку сама по себи.* Лекар је дужан да савесно и брижљиво поступа у складу са актуелним правилима медицинске струке. Тачка за коју се везује одговорност лекара није погрешна дијагноза као резултат, него непажљиво поступање лекара које би водило ка том резултату. Погрешно постављена дијагноза сама по себи није противправни односно медицински недопустив чин због којег би нужно следовала одговорност лекара, она није чак ни индиција да је лекар поступио противно правилима струке. Ако дијагнозу промаши не значи да је самим тим начинио стручну грешку, да се огрешио о правила струке и да мора сносити одговорност за настану штету." Пресуда 43-П. Бр. 49021.

Поред честог преплитања појмова стручна грешка лекара и кривица, при чему је њихов однос остао неразјашњен, део образложења у коме се говори да грешка у дијагнози и терапији не значи и лекарску стручну грешку сама по себи, не може да издржи ни елементарну критику. Ако ни грешка у дијагнози заједно са грешком у терапији не представља лекарску стручну грешку онда се може поставити питање шта је уопште лекарска стручна грешка, и да ли грешка онако како о њој говори Суд има уопште неки рационалан смисао.

44. Професор Радишић, који је највише и најбоље писао о овом проблему, изразио је управо супротно становиште:

"За грађанску одговорност лекара није потребна тежа кривица него је довољна и обична непажња."⁵⁷

и затим

"За разлику од грађанске, кривична одговорност лекара претпоставља *тешку или грубу лекарску грешку*. Сматра се да мање лекарске грешке могу се једном поткрасти и савесном лекару, те стога њихови починиоци не подлежу кажњавању. То недвосмислено произлази из члана 126. Кривичног закона Србије, који дело "несавесног лечења болесника" приписује само лекару који примени "очигледно неподобно средство" или "очигледно неподобан начин лечења."⁵⁸

Као што је речено, према општем правилу одговорност штетника за проузроковану штету у грађанском праву заснива се на кривици а за њу је довољна и обична непажња. Исто правило примењује се и кад је реч о професионалној одговорности лекара и других стручњака.

45. Ваља напоменути да је у нашем новом праву прихваћено начело потпуне накнаде штете без обзира на то са којим степеном кривице је штета проузрокована. Довољно је да је штетник проузроковао штету обичном непажњом (*culpa levis*), па да накнада обухвата накнаду за обичну штету (*damnum emergens*) и накнаду измаклог добитка (*lucrum cessans*). Исто правило се примењује и кад је реч о професионалној одговорности лекара и других здравствених радника.⁵⁹

⁵⁷ Радишић Јаков, Медицинско право, Београд 2004, стр. 170.

⁵⁸ Радишић, *op. cit.*, стр. 171.

⁵⁹ Отуда се не може прихватити следеће становиште: "Другим речима, понашање лекара узима се у обзир у погледу кривице за одговорност за накнаду проузроковане штете на начин као што је то случај и код било којег другог штетника. Наиме, крајња непажња лекара приликом обављања професионалне делатности изједначава се са грубим нехатом који је изазван радњом штетника у облигационом односу. То значи да ће лекар чија је кривица изазвана обичном непажњом,

Закључак

Закон о здравственој заштити Србије, поред осталих новина, увео је појам стручне грешке здравствених радника као једно од обележја, које може да има утицаја на моралну и правну одговорност лекара и другог медицинског особља. У неким чланцима у стручним часописима, као и у појединим судским одлукама појам стручне грешке увођен је у структуру грађанскоправне деликтне одговорности за проузроковану штету. Такво уношење појма лекарске грешке у систем деликтне одговорности означава удвостручавање субјективног елемента који би се једном означавао као кривица, а у неким другим случајевима као стручна грешка (лекарска грешка). Такви покушаји уносе конфузију и због тога су осуђени на неуспех. У грађанском праву лекари и други здравствени радници одговарају за проузроковану штету ако су је нанели болеснику својом кривицом. Кривица лекара дефинише се као одступање од понашања које се основано могло очекивати од разумног и пажљивог стручњака одређене специјалности (опште праксе кад је реч о лекарима опште праксе или одговарајуће специјалности). У том смислу појам лекар-

одговарати за накнаду обичне штете, док ће за грубу непажњу одговарати за потпуну накнаду штете.", Мр Даница Степић, Први основни суд Београд и Данило Савовић, дипл., правник мастер, МУП Србије, Грађанскоправна одговорност лекара у вршењу професионалне делатности, стр. 151, XVIII Будвански правнички дани, Београд 2012.

У коментару овога става ваља напоменути да радвајање одговорности за проузроковану штету с обзиром на то да ли је она изазвана крајњом или обичном непажњом лекара нема онај значај који му у чланку аутори придају. Лекар који је обичном непажњом проузроковао погоршање здравља или нанео неку другу повреду пацијенту дужан је да пружи потпуну накнаду (а то обухвата и обичну штету и измаклу добит), као и лекар који је штету проузроковао крајњом непажњом.

ске грешке сувишан је кад је реч о грађанскоправној одговорности за проузроковану штету.

Уосталом, Закон о здравственој заштити није ни имао претензија да појмом лекарска грешка замени појам кривице или да на неки други начин утиче на структуру деликтне одговорности у грађанском праву. Законодавац је обазриво, и то је за сваку похвалу (у случају када је лекар начинио стручну грешку) упутио на општа правила (деликтне) одговорности за проузроковану штету.

Душан Игњатовић, LL. M.

Директор Канцеларије Националног савета за сарадњу са
Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију.

КОНТРОЛА ОПТУЖНИЦЕ ПРЕД ТРИБУНАЛОМ И НАШИМ СУДОВИМА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОТРЕБАН СТАНДАРД ДОКАЗА

1. Увод

Оптужни акт и процес оптужења предмет су контроле суда у одређеним фазама кривичног поступка. Ово важи како за поступке пред националним судовима, тако и за поступке пред међународним кривичним судовима и трибуналима. С обзиром на посебну важност коју Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (у даљем тексту: Трибунал или МКТЈ) за нас има у овом тексту ћемо се ограничити на представљање контроле оптужнице пред овим међународним судом и пред нашим судовима.

По оптужници која садржи озбиљне недостатке не може се поступати. То ће пре свега бити случај ако оптужница има формалне недостатке, ако дело које се окривљеном ставља на терет није кривично дело, ако постоје разлози који онемогућавају кривично гоњење, и уколико нема довољно доказа који би подржали тезу оптужбе да је окривљени крив за дело које му се ставља на терет.

У поступцима пред Трибуналом и у поступцима пред нашим судовима постоји обавеза суда да врши контролу оптужног акта по службеној дужности, а предвиђена је и могућност одбране

да се у одређеним фазама поступка обраћа суду захтевима за испитивање оптужнице.

2. Испитивање оптужнице у поступцима пред Трибуналом

Према Правилнику о поступку и доказима Трибунала суд ће се два пута наћи у прилици да испита оптужницу, али само једном у присуству одбране.

Прва контрола оптужнице одвија се у складу са правилом 28 Правилника о поступку и доказима након што Тужилаштво оптужницу достави Секретаријату Трибунала. Председник суда ће тада одредити једног од поступајућих судија да испита оптужницу. Судија врши контролу оптужнице и поднетог материјала који је доставио тужилац, како би утврдио да ли су испуњени услови за потврђивање оптужнице, односно да ли постоји основ за основану сумњу против осумњиченог. Поступајући судија ће се овде руководити одредбом из члана 19 Статута Трибунала и ако се увери да је тужилац утврдио да постоје основе *prima facie* потврдиће оптужницу, а у супротном ће је одбацити. Судија може и да затражи од Тужилаштва да достави додатне материјале за неку од тачака оптужнице или за све тачке оптужнице, или да предузме друге одговарајуће мере, може да потврди само неке од тачака оптужнице, а да неке одбаци, и може да одложи испитивање оптужнице и да Тужилаштву остави рок да оптужницу уреди. У овом стадијуму осумњичени и његова одбрана немају никакву улогу. Тек у случају да поступајући судија потврди оптужницу по неким или свом тачкама осумњичени стиче својство окривљеног и уручује му се оптужница.

Испитивање оптужнице по захтеву оптуженог у поступку пред Трибуналом може се наћи на дневном реду тек у поодмаклом стадијуму поступка – тек после извођења доказа оптужбе. У складу са правилом 98*бис* по завршетку извођења доказа оптужбе претресно веће ће, након што саслуша аргументе страна у поступку, усменом одлуком донети ослобађајућу пресуду по било којој од

тачака оптужнице уколико нема доказа који могу бити основа за осуду.¹

3. Испитивање оптужнице у поступцима пред нашим судовима

У поступцима пред нашим судовима суд испитује оптужницу након што је Тужилаштво упути суду и то по службеној дужности и по захтеву одбране. У овом тренутку у Републици Србији су на снази и у примени су два закона о кривичном поступку. У свим поступцима осим у поступцима за кривична дела организованог криминала и ратних злочина примењује се Законик о кривичном поступку из 2001. године², док се у поступцима за наведена дела од 15. јануара 2012. године примењује нови ЗКП³. Предвиђено је да се нови ЗКП примењује у свим кривичним поступцима од 15. јануара 2013. године.

Оба закона садрже исто решење о прелиминарном испитивању оптужнице по коме ће одмах по пријему оптужнице председник већа пред којим ће се одржати главни претрес (стари ЗКП), односно ванрасправно веће (нови ЗКП) испитати да ли је оптужница прописно састављена, па ако установи да није, вратиће је тужиоцу да у року од три дана исправи недостатке. Из оправданих разлога, на захтев тужиоца, веће може продужити овај рок.⁴

Уколико оптужница прође прелиминарну контролу, односно уколико се установи да садржи све потребне формалне елементе, она ће бити достављена окривљеном, односно осумњиче-

¹ Rule 98bis, Judgement of Acquittal (Adopted 10 July 1998, amended 17 Nov 1999, amended 8 Dec 2004): "At the close of the Prosecutor's case, the Trial Chamber shall, by oral decision and after hearing the oral submissions of the parties, enter a judgement of acquittal on any count if there is no evidence capable of supporting a conviction".

² Законик о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ" бр. 70/2001, 68/2002, "Службени гласник Републике Србије" бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009).

³ Законик о кривичном поступку ("Службени гласник Републике Србије" бр. 72/2011 и 101/2011).

⁴ Видети одредбе из члана 333 новог ЗКП и члана 267 старог ЗКП.

ном, који се о њој може изјаснити. Тек тада долази до, условно речено, праве контроле оптужнице.

У погледу контроле оптужнице најзначајнија разлика у законима који се примењују јесте у томе што је по новом ЗКП суд у обавези да по службеној дужности испитује оптужницу по свим основама и без било каквог захтева одбране, док је по старом ЗКП испитивање оптужнице било последица подношења приговора против оптужнице од стране одбране (с тим што је постојала и могућност да председник судећег већа затражи од ванрасправног већа да испита оптужницу⁵). Пракса је заузела став да приговор против оптужнице није правни лек против оптужнице, већ правно средство за проверавање постојања довољно основа за извођење окривљеног пред суд.⁶ По одредбама новог ЗКП окривљеном и његовој одбрани је, уместо приговора против оптужнице, на располагању одговор на оптужницу. Између приговора и одговора постоји, поред термилошке, и много значајнија разлика. Наиме, како је већ наведено, ванрасправно веће ће сада бити у обавези да оптужницу испита по свим основама без обзира на то да ли је одбрана одговор поднела или није.⁷ Уколико не обустави поступак или не одбије оптужбу веће ће решењем потврдити оптужницу. С обзиром да ће оптужница бити контролисана и без одговора на оптужницу, за претпоставити је да ће за одбрану значајније правно средство бити жалба против решења о потврђивању оптужнице која се може уложити без обзира на то да ли је одбрана суду одговор на оптужницу доставила или није. Ове новине у нашем кривичном процесном законодавству су још једна од директних последица напуштања концепта судске истраге и увођења тужилачке истраге.

⁵ У складу са одредбама из члана 281 став 1 и 2 у случају да приговор против оптужнице није поднет или је одбачен, на захтев председника судећег већа ванрасправно веће може одлучити о сваком питању о коме се иначе решава поводом приговора. Такав захтев председник већа може ставити до одређивања главног претреса, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема оптужнице у суду.

⁶ Видети нпр. пресуду Врховног касационог суда Кзз 30/10 од 14.04.2010. године

⁷ Видети члан 337 новог ЗКП.

Нови ЗКП уводи и могућност испитивања оптужнице након њеног потврђивања. Одредбом из члана 216 став 4 предвиђа се да ће након потврђивања оптужнице суд испитати оптужницу у случају укидања притвора због тога што нема основа за сумњу.

Што се разлога за испитивање оптужнице тиче, ту нема великих разлика између решења из старог и новог ЗКП. Према одредбама ЗКП испитивање оптужнице поверено је ванрасправном већу које ће решењем одлучити да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља ако установи да: (1) дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; (2) је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; (3) нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе.⁸

У погледу разлога наведених у тачкама 1 и 2 ситуација је прилично јасна и у највећем броју случајева не претерано компликована за поступање. Оно што се у пракси појављује као много интересантније питање јесте разлог из тачке 3 - контрола оптужнице у вези (не)постојања довољно доказа да је окривљени оправдано сумњив, који иначе кореспондира са разлозима из правила 98бис Правилника о поступку и доказима Хашког трибунала.

4. Стандард доказа који је потребан да би оптужница опстала

Из свега претходно наведеног произилази да и Трибунал и наш суд могу испитујући оптужницу поступак окончати (у целини или по неким тачкама оптужнице) уколико утврде да нема довољно доказа да је окривљени оправдано сумњив да је учинио дело

⁸ Видети члан 338 новог ЗКП и члан 274 старог ЗКП.

(домаћи суд) односно да нема доказа који могу бити основа за осуду (Трибунал).⁹

Уколико оптужба није прикупила (код нас), односно у поступку пред судом извела (у Трибуналу), ниједан доказ у прилог онога што оптужницом ставља на терет окривљеном ствар ће бити прилично једноставна и таква оптужница ће пасти.

Много нејаснију ситуацију, међутим, имамо уколико су неки докази предложени или изведени, али су ти докази недовољни да одрже основану сумњу потребног квалитета да је окривљени учинио дело, односно да не могу бити довољна основа за пресуду.

Важно је стога одговорити на питање који је то стандард доказа потребан да би оптужница у целости (или бар делимично) опстала након контроле, односно које услове у овој фази поступка треба да задовоље предложени или већ изведени докази оптужбе.

4.1 Стандард по правилу 98бис

Током контроле оптужнице након окончање фазе извођења доказа оптужбе претресно веће Трибунала ће у складу са Правилем 98бис ценити изведене доказе оптужбе у вези са појединачним тачкама оптужнице на тај начин што ће ценити да ли ти докази узети у најјачој снази (што би значило узети под условом да су веродостојни и да потврђују оно што тужба њима тврди) могу одвести до осуђујуће пресуде или не.

У пракси Трибунала тест довољности доказа потиче, као и много тога другог, из случаја *Тадих*¹⁰, а исти тест је даље прецизиран у другим предметима, и на крају потврђен у одлукама жалбе-

⁹ Трибунал у овом случају доноси ослобађајућу пресуду, а наши судови решење о обустави поступка. Упркос томе што се ради о формално различитим актима, и ослобађајућа пресуда и решење о обустави поступка (под условом да ступе на правну снагу) производе дејство пресуђене ствари те се окривљеном према коме је донета ослобађајућа пресуда, односно решење о обустави поступка, за дело које му је оптужницом стављено на терет више не може судити.

¹⁰ МКТЈ, предмет IT-94-1.

ног већа у предметима *Јелисић*¹¹ и *Милошевић*¹² у којима стоји да "прави тест није да ли би разуман пресудитељ чињеница на крају и заиста стигао до закључка ван разумне сумње на основу изведених доказа оптужбе, него да ли би до таквог закључка могао да дође", односно да је ће веће усвојити захтев 98бис само у оним случајевима у којима нађе да разумни пресудитељ чињеница не би могао да закључи да су изведени докази довољни да доведу до осуде ван разумне сумње.¹³ У предмету *Мартић*¹⁴ судско веће Трибунала је одлучујући по захтеву одбране за испитивање оптужнице по правилу 98бис истакло следеће: "Стандард који се овде има применити у односу на сваку тачку оптужнице јесте да ли докази, уз претпоставку да су истинити/веродостојни, узети у њиховој најјачој снази (*that is taken at its highest*), могу разумног пресудитеља чињеница (*reasonable trier of fact*) довести до тога да осуди окривљеног за тачку оптужнице на коју се тај доказ (докази) односе. Овај стандард не подразумева утврђивање потенцијалне кривице окривљеног у светлу доказа изведених током извођења случаја оптужбе. Одлука по правилу 98бис стога не захтева разматрање кредибилитета сведока оптужбе нити оцену тежине доказа. Оно што је посебно важно јесте да процес одлучивања претресног већа не укључује евалуацију снаге или слабости контрадикторних или других доказа који су претходно изведени пред тим већем током случаја оптужбе".¹⁵ Став из одлуке у предмету *Мартић* и данас одражава прихваћени стандард у складу са којим претресна већа Трибунала одлучују по захтеву 98бис.

Овакво резоновање судских већа у Трибуналу је веома добро познато правницима из англо-саксонске (*common law*) традиције, јер је захтев по правилу 98бис скоро идентичан захтеву да се утврди да на случај оптужбе нема потребе одговорати (*the motion for "no case to answer"*). Тест који је веће применило у предмету *Јелисић* прати у свему логику класичне формулације из одлуке *R*

¹¹ МКТЈ, предмет IT-95-10.

¹² МКТЈ, предмет IT-02-54.

¹³ T. W. Waters, *A Kind of Judgment: Searching for Judicial Narratives After Death*, George Washington International Law Review, 2010.

¹⁴ МКТЈ, предмет IT-95-11.

¹⁵ Транскрипт са претреса одржаног 03.07.2006. године, стр. 5960.

v. *Galbraith*¹⁶, која се у одлуци 98бис у предмету *Јелисић* екстензивно цитира.¹⁷

Стандард доказа по 98бис могао би се за потребе ове анализе одредити као стандард "ако је истина". Тај стандард је свакако нижи од стандарда "ван разумне сумње" који мора бити испуњен у тренутку пресуђења да би окривљени био оглашен кривим.

За стварање јасније слике о стандарду 98бис може нам послужити хипотетички пример: сведок оптужбе је у свом исказу навео да је био присутан и лично видео када је Петар Петровић из непосредне близине испалио више хитаца из пиштоља у Марка Марковића док је овај клечао са рукама везаним иза леђа, и није пружао нити је могао пружити било какав отпор, и тако га лишио живота. По стандарду оцене доказа по правилу 98бис суд ће одлучивати да ли тачка оптужнице против Петровића којом му се на терет ставља убиство Марковића остаје на снази и то тако што ће применити стандард "ако је исказ истинит" то јест да ли би, ако је то што сведок прича пуна истина, разумни пресудитељ чињеница могао закључити да је окривљени крив по тачки оптужнице на којој се тај доказ (докази) односе. Суд се у овој фази неће упуштати у даљу евалуацију доказа. У нашем хипотетичком примеру оптужница против Петровића остала би на снази јер би, уколико је исказ сведока истинит и веродостојан, разумни пресудитељ чињеница закључио да би тај доказ могао да доведе до осуде оптуженог.

Да би по стандарду 98бис тачка оптужнице пала, потребно је, дакле, да изведени докази чак ни у својој најјачој снази, односно чак и када би били потпуно истинити и веродостојни, не могу довести до осуђујуће пресуде. У нашем хипотетичком примеру то би био случај када би сведок рекао да је видео да неко ко личи на Петра Петровића испаљује метак у Марка Марковића, али да није сигуран ко је то био (јер је нпр. видео догађај са велике удаљености или је извршилац био у сенци), а да притом других доказа о критичном догађају нема. Такав исказ сведока, све и да је потпуно

¹⁶ *R v. Galbraith* [1981] 73 Cr.App.R 124

¹⁷ T. W. Waters, *A Kind of Judgment: Searching for Judicial Narratives After Death*, George Washington International Law Review, 2010.

истинит, не би могао да доведе до осуђујуће пресуде у односу на окривљеног Петровића, те не би постојао рационални разлог који би оправдао даље вођење поступка по таквој оптужници (или по конкретној тачки оптужнице).

Пример за успешан захтев по правилу 98бис у пракси Трибунала налазимо у предмету *Благоја Симића и других*¹⁸ у коме је судско веће у својој усменој одлуци истакло и следеће: "У односу на уништавање и намерно оштећење верских објеката које се оптуженима ставља на терет у параграфима 13г, 14ф и 15г оптужнице, судеће веће није уверено да сви изведени докази пружају довољан основ да би оптужени морали да изнесу своју одбрану у односу на овај конкретно дело. Веће налази да иако постоје докази о уништењу верских објеката, нема довољно доказа о вези између оптужених и наведеног уништавања верских објеката. Стога, оптужени немају на шта да одговорају (*no case to answer*) у односу на оптужбе о уништавању и намерном оштећењу верских објеката које су садржане у наведеним параграфима оптужнице".¹⁹

Поступајуће судско веће Трибунала се у поступку 98бис уопште неће упуштати у оцену да ли је исказ сведока и заиста истинит или није, што значи да га неће проверавати у односу на исказе других сведока и друге изведене доказе, и неће се упуштати у оцену кредибилитета сведока. То ће веће предузети тек у фази пресуђења када буде одлучивало да ли је оптужница доказана ван разумне сумње. У складу са досадашњом праксом Трибунала јасно се види разлика између одлуке 98бис која се доноси на половини суђења и коначне одлуке о кривици окривљеног која се има донети на крају поступка.

Поступајућа судска већа су упорно понављала да одбијање захтева одбране по правилу 98бис ни у ком смислу не представља прејудуцирање става да је окривљени крив по тачкама оптужни-

¹⁸ МКТЈ, предмет IT-95-9.

¹⁹ Транскрипт са претреса одржаног 9.10.2002. године, стр. 12004-12005, <http://www.icty.org/x/cases/simic/trans/en/021009IT.htm>

це.²⁰ Тако је у случају *Јелисић* жалбено веће истакло да "на крају извођења случаја оптужбе претресно веће може оценити да су докази које је Тужилаштво извело довољни да доведу до осуде, али да и у том случају може на крају суђења донети ослобађајућу пресуду, чак и уколико одбрана не изведе ни један свој доказ". Да је то и заиста тако може се видети на примерима окр. Мирослава Радића²¹ или окр. Милана Милутиновића²² који су пресудама ослобођени по свим тачкама оптужнице, а да је претходно оптужница издржала тест по правилу 98бис.²³

4.2. Стандард доказа у поступку контроле оптужнице у поступцима пред нашим судовима

Према нашим законским одредбама ванрасправно веће ће потврдити оптужницу решењем које мора бити образложено, али тако да се унапред не утиче на решавање оних питања која ће бити предмет раправљања на главном претресу.²⁴

Из наведеног законског решења може се закључити и да се ванрасправно веће не сме мешати у ону врсту оцене доказа која ексклузивно припада судећем већу. Судска пракса је утврдила овакав став и заузела становиште да се суд који одлучује о приго-

²⁰ Cayley, Orenstein, *Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals -What Purpose If Any Does It Serve?* Journal of International Criminal Justice, May 2010.

²¹ МКТЈ, предмет ИТ-95-13/1-Т Мркшић и други.

²² МКТЈ, предмет ИТ-05-87-Т Милутиновић и други.

²³ У првостепеној пресуди од 27. септембра 2007. године у предмету Мркшић и други, у параграфу 737 стоји: "On 28 June 2006 at the close of the Prosecution case, the Defence for each Accused orally made a motion for acquittal under Rule 98bis. The Defence for each Accused submitted that there was insufficient evidence to support the allegations charged in the Indictment. On the same day, after hearing the Prosecution's response, the Chamber gave an oral decision dismissing the Defence motion in all respects. In its decision, the Chamber held that the three Accused had a case to answer on all counts of the Indictment"; транскрипт са претреса на коме је претресно веће објавило одлуку 98бис у предмету Милутиновић може се наћи на: <http://ictytranscripts.dyndns.org/trials/milutinovic/070518IT.htm>

²⁴ Видети члан 342 новог ЗКП и члан 279 старог ЗКП.

вору против оптужнице не упушта у психолошку анализу разних доказа, нити у оцену противречних доказа, јер се "расправљање о томе има обавити усмено, контрадикторно и непосредно пред судећим већем; суд који решава о приговору, и суд који решава по жалби против решења донетог по приговору, цене само да ли има доказа и да ли су ти докази подобни да потврде да је окривљени основано сумњив да је дело извршио"²⁵. Ванрасправно веће није надлежно да оцењује контрадикторне доказе и за то надлежност припада искључиво судећем већу.²⁶ Приликом оцене питања довољности доказа код испитивања оптужнице суд не цени постојање кривичне одговорности (кривице) већ основаност сумње која оправдава изношење доказа пред суд.²⁷

И законске одредбе и досадашња судска пракса прилично јасно указују на начин и опсег испитивања оптужнице у погледу довољности доказа, па самим тим дају и јасне смернице о стандарду који докази морају испунити како би оптужница опстала након испитивања. Стога је изненађујуће да нам пракса није дала позитиван одговор на питање шта треба сматрати под појмом "недовољно доказа" пошто није дала примере за такве ситуације, већ се задовољила негативним одређењем ових појмова, односно одговорима шта се под "недовољно доказа" не подразумева. Судске одлуке на које смо се претходно позивали указују или на грешке поступајућих судова који су се упуштали у оцену контрадикторних доказа или на потврђивање одлука којима су одбијани приговори

²⁵ ВСХ Кж 236/64, ВСБХ Кж.1044/73 од 22. марта 1974. ВСМ КЗЗ 2/75, ВСХ И Кж 2423/76 од 23. новембра 1976, ВСВ Кж 26/88 од 18. фебруара 1988. године. Видети: Васиљевић, Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 1999; Соколовић, *ЗКП практична примена*, "Службени гласник", Београд, 2007.

²⁶ ВСВ Кж 26/88, ВСС Кж.502/81. Видети: Васиљевић, Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, шесто измењено и допуњено издање, "Службени гласник", Београд, 1999; Соколовић, *ЗКП практична примена*, "Службени гласник", Београд, 2007.

²⁷ ВСС КЖ II 166/92, Окружни суд у Београду Кв.1691/91. Видети: Васиљевић, Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, шесто измењено и допуњено издање, "Службени гласник", Београд, 1999; Соколовић, *ЗКП практична примена*, "Службени гласник", Београд, 2007.

против оптужнице у којима се погрешно тражило да судови испитају контрадикторне доказе.

4.3. Да ли је стандард који докази оптужбе морају задовољити у поступку контроле оптужнице пред Трибуналом и пред домаћим судом исти или није?

Видели смо да у поступку контроле оптужнице и у поступцима пред Трибуналом и пред нашим судовима предложени или изведени докази оптужбе неће бити испитани по стандарду који подразумева утврђивање потенцијалне кривице окривљеног. И пракса Трибунала и пракса домаћих судова сагласне су да процес испитивања оптужнице не укључује оцену снаге или слабости противречних доказа.

Стандард 98бис везује се за питање да ли докази, уз претпоставку да су истинити/веродостојни, узети у њиховој најјачој снази (*that is taken at its highest*), могу разумног пресудитеља чињеница (*reasonable trier of fact*) довести до тога да осуди окривљеног за тачку оптужнице на коју се тај доказ (докази) односе. Наша пракса каже да је за опстанак оптужнице довољно да се из изведених доказа може закључити да је окривљени основано сумњив да је учинио дело које му се ставља на терет.²⁸

На основу наведеног јасно је да се ради о веома сличним стандардима, а одговор на питање да ли су они и потпуно идентични очекујемо од праксе наших судова. Какав год тај одговор био, целисходно је да наши судови буду упознати са праксом Трибунала и у овом делу.

Оно што би евентуално могло да утиче на исход овакве дилеме јесте пре свега то што се испитивање оптужнице пред Трибуналом и пред нашим судовима у редовном току ствари дешава у различитим фазама поступка. Наш суд ће и ово питање разматрати када прими оптужницу и пре него што отвори главни претрес, док се пред Трибуналом ово питање отвара тек након што оптужба из-

²⁸ Врховни касациони суд, пресуда Кзз 30/10 од 14.04.2010. године.

веде све своје доказе. Док је по старом ЗКП подизању оптужнице претходила судска истрага и извођење доказа пред судом, сада по одредбама новог ЗКП испитивање оптужнице представља прву судску радњу у поступку (осим одређивања притвора и неких других мера које по потреби предузима судија за претходни поступак). Поставља се питање да ли би стандард 98*бис* био адекватан и у нашем поступку, или би оптужби требало дати нешто више или можда чак мање простора за деловање?

Такође, оно што је друга значајна разлика у поступку између нашег поступка и поступка пред Трибуналом јесте то што ће испитивање оптужнице у погледу потребног квалитета доказа у Трибуналу вршити судеће веће, а код нас то спада у надлежност ванрасправног већа. Постоје разлози за и против и за једно и за друго решење. Судеће веће ће (посебно након извођења доказа оптужбе, што је случај у Трибуналу) по природи ствари имати бољи увид у изведене доказе и уопште у све околности случаја. С друге стране, ванрасправно веће би у идеалним условима било ближе замишљеном разумном пресудитељу чињеница који се може фокусирати на евалуацију доказа по потребном стандарду без додатних оптерећења и могуће унапред створене слике о изведеним доказима.

5. Закључак

Начини испитивања оптужнице пред Трибуналом и пред нашим судовима су у значајном делу слични. Поред процедуралних сличности, готово идентичних основа по којима се оптужница испитује, сличног стандарда које треба да испуне докази да би оптужница опстала, и у домаћим поступцима и у поступцима пред Трибуналом уочљиво је да окривљени имају веома ограничен успех у поступцима по захтевима за контролу оптужнице.

Посебно су у обе јурисдикције ретки случајеви у којима је одбрана имала успеха са захтевима да се оптужница испита због недостатка или недовољности доказа.

У пракси наших судова до обуставе поступка због тога што нема довољно доказа да је окривљени основано сумњив до сада је долазило ретко, јер до обуставе поступка може доћи једино ако нема доказа да је окривљени основано сумњив за дело које је предмет оптужбе, а тај минимум по правилу постоји. Веће ће закључити да нема довољно основа сумње ако оптужница почива на сасвим удаљеним основима подозрења или на научно неоснованим закључцима вештака и слично.²⁹

Досадашња пракса Трибунала такође показује да су захтеви одбрана окривљених по правилу 98бис ретко имали успеха. Као што је већ наведено до успеха ће доћи само у оним случајевима у којима доказа оптужбе нема уопште или нема доказа у којима се може поклонити вера под било којим околностима, а такви случајеви су веома ретки. Стога се наметнуло питање који је смисао правила 98бис, а појавиле су се и идеје да би оно требало да буде укинато. У прилог таквом ставу користи се и то што акти сталног Међународног кривичног суда не садрже сличну одредбу. Постоје, међутим, и супротни ставови. Судија Робинсон, бивши председник Трибунала, сматра да ослобађајућих пресуда у овој фази поступка неће бити много, али да нема разлога одустати од могућности да оптужба која је изразито слаба у целости падне на половини поступка.³⁰

Упркос веома лимитираној успешности захтева за испитивање оптужнице заступамо став да је потребно задржати могућност да се оптужница испитује и у погледу квалитета, односно довољности доказа.

Разлоге за такав приступ налазимо и у потреби да се окривљени неоправдано не доводи у тежи положај, али и у потреби да се кривични поступак спроведе што је ефикасније могуће. С једне стране, неупитно је да кривични поступак представља својеврстан

²⁹ Васиљевић, Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, шесто измењено и допуњено издање, "Службени гласник", Београд, 1999, стр.459

³⁰ Cayley, Orenstein, *Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals -What Purpose If Any Does It Serve?* Journal of International Criminal Justice, May 2010.

малтретман за окривљеног, те да из таквог поступка може наступити штета за окривљеног и његове интересе³¹, па би било потпуно беспотребно терати окривљеног да одговора на оптужбе које у самом старту не могу довести до осуђујуће пресуде. На другој страни, познат је и став да захтев по правилу 98бис судије Трибунала могу искористити као средство за управљање поступком односно као средство које судећем већу омогућава да смањи обим предмета.³²

Стога, и узвишена потреба да се заштите права окривљеног, али и веома прагматична потреба да се поступак води само за оно за шта заиста треба судити, недвосмислено оправдавају потребу да се могућност испитивања оптужнице са аспекта оцене довољности доказа задржи. У поступку пред нашим судовима ово се чини и додатно целисходним када се у обзир узму промене у нашем кривичном процесном законодавству које обухватају прелазак на тужилачку истрагу и приближавање концепту акузаторског поступка.

³¹ Соколовић, *ЗКП практична примена*, "Службени гласник", Београд, 2007, стр. 828.

³² Groome, *Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?* 31 Fordham International Law Journal (2008) 911.

Милић Петровић,
Судија Окружног суда у Београду, у пензији

САУЧЕСНИШТВО У КРИВИЧНОМ ДЕЛУ

У складу са животном праксом и радним искуством у примени кривичног законодавства често се мењају и допуњавају поједине законске одредбе. Те измене и допуне односе се само на поједине законске елементе кривичних дела или се неки чланови бришу, а други нови прописују. Не ретко се стављају ван снаге цели закони када престаје потреба за њихову примену.

Саучесништво у кривичном делу један је од важнијих института у Кривичном закону Републике Србије. Ово поготову сада када су чести разни облици организованог криминала као опаснијих делатности у којима организовано саучествује више лица. Ради правне и једнообразне примене овога кривичноправног института неопходно је да се он са посебно пажњом изучава и објашњава не само објашњавањем смисла законских елемената његових одредаба него и повезивањем теоретских разматрања са судском праксом.

Параграфом 34. Општег кривичног законика за Краљевину Југославију од 16. фебруара 1929. године обухваћена су оба облика саучесништва, тј. подстрекавање и помагање. Дакле, нису раздвајани у посебне чланове, као што је то случај са каснијим законима.

Према ставу 1. тога параграфа, ко другог умишљајно наведе или подстрекне да учини кривично дело казниће се као да га је сам учинио, а према ставу 4. истог параграфа ко умишљајно наведе другог да из нехата изврши кривично дело или ко овом умишљајно помогне у извршењу оваквог дела може бити блаже кажњен.

У Кривичном закону Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 28.9.1976. године, и у Основном кривичном закону саучесништво у кривичном делу обухвата: саизвршилаштво (чл.

22.), подстрекавање (чл. 23.) и помагање (чл. 24.). Такође у Кривичном законика Републике Србије та три облика обухваћена су саучесништвом, и то: саизвршилаштво у члану 33., подстрекавање у члану 34. а у члану 45 помагање.

Навођење се у посебном делу овог законика појављује као законски елемент бићавише кривичних дела: Навођење на самоубиство из чл.119., Навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама из чл. 185а., Навођење на оверавање неистинитог садржаја из чл. 358. итд.

Када се има у виду да се под навођењем у кривичноправном смислу поред осталог подразумева свака радња која је усмерена на давање иницијативе неком лицу да се одлучи на извршење кривичног дела или на учвршћење те одлуке стварањем психичког притиска, злостављањем и слично, а да према члану 33. Кривичног законика Републике Србије саизвршилаштво постоји када више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједники изврше кривично дело или стварајући заједничку одлуку другом радњом заједнички допринесу извршењу кривичног дела произилази да се под наведеним условима навођење на извршење кривичног дела може да подведе под појам саизвршилаштва. Исто тако, као што ћемо касније видети, навођење може да се појави као својеврсни вид подстрекавања.

Саизвршилаштво

У вези са појмом саизвршилаштва још увек се у пракси и теорији појављују спорна правна питања. Без намере да износимо историјат овог правног института и да се упуштамо у детаљнија разматрања његових законских елемената, изнећемо само неколико питања, значајних за судску праксу.

Врховни суд Југославије у пресуди Кж.32/65 заузео је правно становиште које судска пракса ни до данас није изменила:

"Саизвршилаштво може постојати не само када сваки од саизвршилаца предузме радњу извршења кривичног дела већ и онда када неки од саизвршилаца не предузме непосредно радњу која по

закону представља радњу извршења односног кривичног дела, него приликом извршења кривичног дела предузме друге радње које омогућују и доприносе извршењу тог дела. У том случају потребно је да постоји воља тих лица да кривично дело изврше заједно, тј. да сваки од њих хоће дело као заједничко, па према томе и као своје, тако да предузете радње таквих саизвршилаца чине природну и логичну целину са радњама осталих саизвршилаца, који предузимају законом одређену радњу извршења кривичног дела."

Да би постојало саизвршилаштво, морају да буду испуњени објективни и субјективни елементи дела у таквом облику. У односу на сваког учиниоца мора да буде потпуно и прецизно утврђена, не само објективна страна бића кривичног дела, него и његов субјективни однос према радњама извршења и њиховој последици.

У вези с тим Савезни суд у пресуди Кзс. 49/75 од 9. XII. 1975. године наводи:

"За постојање саизвршилаштва код одређеног кривичног дела, потребно је с објективне стране, да је саизвршилац предузео радњу извршења, или да је његова радња тесно повезана с радњом извршења, тако да с њом чини јединствену целину и доприноси остварењу забрањене последице, а са субјективне стране, да код саизвршица постоји свест о заједничком деловању."

Дакле, под појмом саизвршилаштва у извршењу кривичног дела није нужно да сваки саизвршилац учествује у извршењу свих радњи које чине објективну страну бића кривичног дела, него је довољно да сваки жели извршење кривичног дела као свог (*animus auctoris*), да код свих постоји свест о заједничкој сарадњи у извршењу одређених радњи које представљају кривично дело и да у време извршења дела предузима радње које омогућавају извршење дела.

Судска пракса је одавно заузела јединствен став да претходни договор извршилаца о заједничком извршењу кривичног дела није битан елемент саизвршилаштва, па у току вођења кривичног поступка није потребно утврђивати да ли је постојао такав договор међу извршиоцима.

За постојање саизвршилаштва, нема значаја какву је улогу који од учесника имао, да ли је учинилац предузео непосредно радњу извршења или је у појединим улогама само вршио неку радњу којом омогућава и доприноси извршењу кривичног дела. Међутим, морају у поступку да се утврде њихове појединачне улоге. То посебно може да има значај за одлуку о кривичној санкцији.

Врховни суд Србије у решењу Кж.173/92 од 3.IX.1992. године наводи:

"Кад суд утврди да је више лица учествовало у извршењу кривичног дела тешке крађе, мора у чињеничном опису дела у пресуди да наведе у чему се састоји радња извршења сваког од њих појединачно."

Окружни суд у Београду је у пресуди Кж.670/91 од 11.IV.1991. године заузео следеће правно становиште:

"Тиме што је другооптужени својим возилом довезао првооптуженог у близу места извршења кривичног дела тешке крађе, сачекао да путем обијања одузме туђе покретне ствари, а затим га са одузетим стварима одвезао с места извршења дела, он је саизвршилац у извршењу кривичног дела тешке крађе."

У пресуди Врховног суда Војводине Кж.179/70 заузет је овај правни став који следе многе друге касније одлуке из судске праксе:

"Кад је утврђено да је у извршењу једног кривичног дела разбојништва учествовало више лица у својству извршилаца, и то на основу договора да учине такво кривично дело, па је код свих постојала свест да заједнички допринесу његовом извршењу, за оцену питања о томе да ли се неки од њих има сматрати извршиоцем, ирелевантно је утврђивање да ли је у питању такав оптужени који није непосредно ударио оштећеног, односно да при томе није употребио силу да му одузме новац, нити је новац одузео, с обзиром да су то учинили остали извршиоци. У ствари, није од значаја ко је оштећеном наносио ударце у савлађивању отпора и ко му је одузео новац, као ни то како су тај новац поделили. Ово зато што су сви оптужени у таквом случају деловали као саизвршиоци у извршењу кривичног дела разбојништва, док сваки од њих појединачно не мора приме-

њивати силу према оштећеном ако постоји заједнички умишљај на употребу силе при одузимању новца. При томе треба имати у виду и то да су самим присуством, и они извршиоци који нису директно употребили силу, деловали застрашујуће, тако да су сојим присуством учествовали у савлађивању отпора оштећеног."

Дакле, пошто се под саизвршилаштом подразумева сваки допринос у смислу учествовања у извршењу кривичног дела или његовог покушаја, за кривичну одговорност учиниоца нема значаја јачина нити начин доприноса појединих учесника у његовом извршењу.

Радње које улазе у састав продуженог кривичног дела, представљају самостална кривична дела, па је због тога разумљиво да делатност саизвршилаца мора да постоји у време кад су такве појединачне радње вршене.

С обзиром на изложено, општи принципи о саизвршилаштву важе и код продуженог кривичног дела, јер се ни код таквих кривичних дела не може нико огласити кривим као саизвршилац за поједине радње из продуженог кривичног дела у којима није имао никакво учешће у време његовог извршења.

Подстрекавање

Подстрекавање је умишљајно навођење другог лица да учини неко кривично дело. Да би подстрекач био кривично одговоран за подстрекавање он у време подстрекавања мора бити свестан да својом противправном делатношћу код подстрекнутог може изазвати или учврстити одлуку да изврши одређено кривично дело, те да подстрекач забраћену последицу своје инкриминисане делатности хоће (директни умишљај) или да је на њу пристао (евентуални умишљај).

Подстрекавање се може извршити вербално или на други начин – гестом и слично.

Оно може да се изврши непосредно или посредно – преко другог лица.

У вези с подстрекавањем навешћемо неколико примера из судске праксе:

Врховни суд Југославије је у пресуди Кж. 1/73 од 28.VI.1973. године заузео ово правно становиште које и сада важи:

"Кад су се подстрекач на убиство и извршилац убиства претходно договорили да лише живота једно од више чланова породице оштећених, без конкретизације које од тих лица треба да буде лишено живота, подстрекач је кривично одговоран за подстрекавање на убиство оног лица које је учинилац у реализацији заједничког договора лишио живота."

Врховни суд Србије је у пресуди Кзз. 21/77 од 21.04.1977. године наводи, да је за кривичну одговорност подстрекача довољно подстрекавање на извршење кривичног дела, а да није неопходно да подстрекнути учинилац радњи буде кривично одговоран.

За разлику од саизвршилаца који су кривично одговорни не само за кривична дела извршена са умишљајем, него и за она кривична дела која су учињена из нехата, подстрекач и помагач могу да се позову на кривичну одговорност само за кривична дела учињена са умишљајем.

У животној пракси је познато да се дешавају и такви случајеви у којима учиниоци, стицајем одређених околности или пуким случајем, остварују законске елементе лакшег кривичног дела од оног на које су подстрекавани, односно у чијем извршењу им је помагано, а које је било обухваћено умишљајем подстрекача и помагача.

Ако је својим инкриминисаним радњама остварио све објективне и субјективне елементе блажег кривичног дела од оног на које је подстрекнут или у чијем је извршењу помогнут, а које је било обухваћено умишљајем подстрекача или помагача, они ће за то извршено лакше кривично дело бити кажњени као да су га непосредно извршили.

Овакво правно становиште садржано је у пресуди Врховног суда Србије Кж.І .982/81.

Ево још неколико значајних правних становишта у пресудама Врховног суда Србије:

"Кад једно лице са једном или са више радњи изврши подстрекавање и помагање у односу на исто кривично дело и према истом лицу, постоји само подстрекавање, а не стицај ова два облика саучесништва, јер је помагање лакши облик саучесништва у односу на подстрекавање и конзумирано је подстрекавањем."

(пресуда К.І .469/79)

"Подстрекавање на извршење кривичног дела представља законом инкриминисани вид саучесништва, због чега се подстрекачу који је оглашен кривим за такву делатност не може истовремено, код одмеравања казне, узети као отежавајућа околност да је био иницијатор за извршење дела."

(Пресуда Кж. І .24/75)

"За постојање подстрекавања на извршење кривичног дела битно је да подстрекнуто лице у време деловања подстрекача није имало чврсту одлуку о извршењу дела, те да је та одлука формирана под утицајем подстрекача, при чему подстрекнуто лице не мора бити свесно да је његова одлука да изврши дело настала под утицајем подстрекача."

(Пресуда Кж.І .875/86)

"Кад мати за време порођаја или непосредно после порођаја док траје поремећај што га је код ње изазвао порођај, са умишљајем подстрекне друго кривично одговорно лице да лиши живота њено дете, па подстрекнуто лице то и учини, мати ће одговарати као подстрекач по члану 138. став 1. у вези члана 19.КЗ без обзира што ће учинилац одговарати за кривично дело убиства из члана 135. КЗ"

(Пресуда Кжм.231/75)

У случају где једно лице у краћем временском размаку подстрекава више лица на извршење истог кривичног дела, сва његова подстрекавања, без обзира на то да ли је неко успело или су сва остала без успеха, представљају једно продужено кривично дело

подстрекавања, јер постоје сви елементи који карактеришу правну конструкцију продуженог кривичног дела.

Помагање

Понекад се у пракси појављује као спорно питање да ли се неки кривичноправни случај може правно квалификовати као извршење кривичног дела или, пак, као помагање у његовом извршењу.

Тако на пример, дуго времена је у пракси било спорно и закон различито примењиван због различитог правног схватања питања да ли аутомеханичар врши кривично дело прикривања или кривично дело помагања у извршењу кривичног дела крађе, ако, знајући да се одређена лица баве крађом тако што скидају и противправно присвајају аутоделове са тих аутомобила, унапред обећа да ће делове који та лица буду скидала, откупљивати, па их након тога купује.

Пракса је по том питању уједначена пошто је Врховни суд Србије у пресуди Кжм. 319/74 од 05.12.1974. године, а затим и у пресуди Кж.І. 1583/94 од 14.02.1995. године заузео правно становиште да такве радње извршења аутомеханичара садрже законска обележја кривичног дела помагања у извршењу кривичног дела крађе, а не прикривања из чл. 184. Кривичног закона Републике Србије.

Ако би се у таквом случају радило о лицима за која аутомеханичар зна да се не баве криминалним делатношћом, па по његовом умишљајном наговору изврше такве инкриминисане радње, он би био кривично одговоран за кривично дело подстрекавања на извршење кривичног дела крађе.

За кривичну одговорност помагача у основи није потребан претходни договор између њега и извршиоца у погледу кривичног дела, а посебно не у погледу његове конкретизације, већ је довољно да помагач својим радњама доприноси извршењу, да код њега постоји свест о томе и умишљај да се учиниоцу помаже у извршењу кривичног дела.

Божидар Митковић,
Виши стручни сарадник - судијски помоћник,
Посебног одељења Вишег суда у Београду

ИЗРУЧЕЊЕ ОКРИВЉЕНОГ ИЛИ ОСУЂЕНОГ ЛИЦА

Екстрадиција или издавање

Изручење или екстрадиција представља вид пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима и подразумева предају учиниоца кривичног дела од стране једне државе другој држави да му се у тој држави суди или да у њој издржи казну, ако му је већ суђено.¹

У правној теорији, постоје различита схватања правне природе екстрадиције, па тако поједини аутори сматрају да "екстрадиција представља судски аспект посебног облика који се састоји у подвргавању казни учиниоца кривичног дела у држави молиљи која је тражила изручење", други аутори стоје на становишту да "екстрадиција представља акт међународне кривично-правне помоћи", а трећи сматрају да је то "међународни правни посао".²

У позитивним прописима Републике Србије екстрадиција је регулисана Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима (у даљем тексту Закон),³ који се примењује у случајевима када не постоји потврђени међународни уговор или када одређена питања њиме нису уређена. Дакле, у случају када постоји потврђен међународни уговор, Закон представља процесну основу за његову

¹ Правна енциклопедија, Београд, Савремена администрација, 1989. године, стр. 343.

² Крапац Д. – Бирин В., Међународна кривично-правна помоћ са Збирком прописа, Загреб, 1965. године, стр. 24.

³ "Службени гласник РС", бр. 20/2009 од 19.03.2009. године

примену, регулишући при том питања која међународним уговором нису уређена.

Поред наведеног Закона,⁴ питање екстрадиције је регулисано бројним билатералним и мултилатералним уговорима. Међу значајнијим прописима у овој области је Европска конвенција о екстрадицији од 13.12.1957. године, Додатни Протокол од 15.10.1975. године и Други додатни протокол од 17.3.1978. године (у даљем тексту Европска конвенција),⁵ као и велики број међудржавних-билатералних уговора које је Република Србија потписала са другима земљама.

Поступање у поступцима изручења окривљених и осуђених лица у надлежности је Виших судова, што је прописано Законом о уређењу судова,⁶ док се месна надлежност конституише Законом⁷ и то тако што је за поступање надлежан онај виши суд на чијем подручју борави или се затекне лице чије изручење се захтева.

На почетку треба још напоменути и да више не постоје уставна ограничења у погледу изручења домаћих држављана, с обзиром на то да Уставом Републике Србије,⁸ нису прописана ограничења која су постојала у претходном Уставу, а која су директно забрањивала изручење домаћих држављана. С обзиром на наведено, Република Србија је закључила неколико билатералних уговора (за почетак са земљама у окружењу, са републиком Хрватском⁹ и Црном Гором¹⁰), који када су у питању дела организованог криминала

⁴ Одредбе које се односе директно на екстрадицију су од члана 13 до 40 Закона

⁵ Постали саставни део нашег законодавства Законом о потврђивању Европске конвенције о екстрадицији са додатним протоколима ("Службени лист СРЈ - Међународни уговори" број 10/2001

⁶ "Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011

⁷ Погледати чл.18 Закона

⁸ "Службени гласник РС", бр.98/2006

⁹ Уговор између Републике Србије и Републике Хрватске о изручењу, "Службени гласник РС- Међународни уговори", бр. 13/2010

¹⁰ Уговор између Републике Србије и Црне Горе о изручењу, "Службени гласник РС- Међународни уговори", бр. 1/2010 и 1/2011

и корупције, под одређеним условима предвиђају изручење домаћих држављана.¹¹

Када је реч о начину на који је регулисан институт екстрадиције, треба напоменути да постоје три различита система: 1) Административни, у коме о екстрадицији одлучују органи управе; 2) Судски, код кога о екстрадицији одлучују судови и 3) Мешовити систем, који је заступљен и код нас и код кога суд својом одлуком утврђује да ли су испуњени законски услови за екстрадицију, а крајњу одлуку о издавању или неиздавању лица, уколико се утврди да су испуњени услови, доноси одговарајући орган у држави – Министар правде.¹²

Екстрадиција може бити активна и пасивна.¹³

1) Активна – у случају да наша држава као страна молила тражи издавање нашег држављанина или странца од стране државе као замољене стране. Захтев за издавање се подноси ако се у Републици Србији води кривични поступак или ако је лице које се налази у иностраној држави правноснажно осуђено пред домаћим судом, а у циљу издржавања изречене казне.

2) Пасивна – у случају када страна држава као страна молила тражи од наше државе као замољене стране издавање странца да би му се у тој држави судило или да би у њој издржало изречену казну. Том приликом, поступак екстрадиције се покреће по захтеву стране државе који се подноси нашем надлежном органу, а уз захтев се мора приложити одговарајућа потребна документација.

Поступак изручења се покреће замолницом државе молиле која се суду доставља преко министарства надлежног за правосуђе, а под условом узајамности и непосредно правосудном органу или у хитним случајевима посредством Међународне организације крими-

¹¹ Чл.8 Уговора између Републике Србије и Републике Хрватске о изручењу, чл.7а Уговора између Републике Србије и Црне Горе о изручењу

¹² Правна енциклопедија, 1989. год. Београд, Савремена администрација, Т. Васиљевић, стр.739

¹³ Коментар Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима, "Сл. гласник", 2009, стр.57

налистичке полиције (ИНТЕРПОЛ).¹⁴ Закон предвиђа и могућност да у хитним случајевима надлежни орган државе молиће може поднети захтев за притварање лица које се затекне на територији друге државе и пре подношења замолнице и у том смислу се под условом узајамности расписана међународна потерница сматра поднетим захтевом.¹⁵

Поступак изручења се спроводи ради вођења кривичног поступка према лицу коме се ставља на терет извршење кривичног дела за које се може изрећи казна затвора од годину дана или тежа или ради извршења кривичне санкције у трајању не мањем од четири месеца.¹⁶

Изручења се према Закону састоји од неколико фаза. Обавезна фаза поступка изручења се према Закону спроводи пред надлежним судом и то пред истражним судијом и кривичним већем-ванпретресним већем, које доноси одлуку о испуњености претпоставки за изручење. Следећа фаза поступка у случају када се правноснажно утврди да су испуњене претпоставке за изручење спроводи се пред министром правде, који доноси коначну одлуку у форми решења којим дозвољава или не дозвољава изручење. У случају да ванпретресно веће утврди да нису испуњене претпоставке решењем ће одбити изручење и без одлагања ће га доставити непосредно вишем суду, који ће донети одлуку којом може потврдити, укинути или преиначити решење. Правноснажно решење о одбијању изручења доставља се министарству надлежном за правосуђе, које о том случају нема активну улогу, већ само обавештава државу молиљу о резултату поступка.

Да би се започео поступак екстрадиције, неопходно је претходно испитати одређене опште претпоставке за пружање међународне правне помоћи које су прописане чланом 7 Закона (оцена испуњености претпоставки подељена у зависности од фазе поступка између правосудних органа и министара надлежног за правосуђе).

¹⁴ Погледати чл. 6 Закона

¹⁵ Погледати чл. 24 Закона

¹⁶ Услов из: чл. 13 Закона, чл. 2 Европске конвенције, чл. 7 Уговора између Републике Србије и Републике Хрватске о изручењу, (преовлађујући стандард који је саставни део готово свих билатералних и мултилатералних уговора и конвенција)

Ако се установи да су претпоставке из члана 7 Закона испуњене, прелази се на следећу фазу, конкретно на утврђивање претпоставки које се односе на одређено лице и кривично дело које је предмета захтева за изручење. Испуњеност претпоставки зависи од прописа који се у конкретном случају примењује, па су тако на пример претпоставке за изручење прописане чланом 16 Закона, члановима од 3 до 11 Европске конвенције, члановима од 8 до 13 Уговора између Републике Србије и Републике Хрватске о изручењу, дакле прописом који се у конкретном случају примењује увек су дефинисани и услови изручења и на основу тог прописа треба ценити основаност захтева.

Прва фаза поступак екстрадиције се одвија пред истражним судијом,¹⁷ где се спроводе одговарајуће радње ради утврђивања да ли постоје претпоставке за изручење лица које му је приведено. Истражни судија у присуству тужиоца и браниоца саслушава лице чије се изручење захтева о околностима битним за утврђивање постојања претпоставки за изручење, не упуштајући се при том у основаност и оцену доказа кривичног поступка који је довео до расписивања међународне потернице или подношења захтева за изручење.

Након саслушања истражни судија може приведенom лицу одредити притвор¹⁸ ако постоје околности које указују да ће се лице чије изручење захтева сакрити или побећи, односно да ће лице чије изручење захтева ометати прикупљање доказа у поступку изручења или у кривичном поступку који се води пред судом државе молиће. Притвор може трајати најдуже до извршења одлуке о изручењу, али не дуже од годину дана од дана притварања, а Законом је прописана обавеза да суд по службеној дужности испитује да ли постоје разлози за продужење или укидање притвора по истеку свака два месеца од правноснажности решења о одређивању притвора. Овде треба скренути пажњу на законску формулацију члана 22 став 2 Закона "два месеца од правноснажности решења о одређивању притвора", што одступа од одредби које регулишу преиспитивање и контролу притвора по Законику о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП).

¹⁷ Погледати чланове од 18 до 26 Закона, којима се регулише поступак пред истражним судијом

¹⁸ Погледати чл.22 Закона

У пракси је дискутабилна примена законске одредбе члана 22 Закона, с обзиром на чињеницу да се у највећем броју случајева занемарује њено значење и по аутоматизму се примењују устаљени принципи и начин како то предвиђа ЗКП.

Уколико је притвор одређен према лицу које је лишено слободе по међународној потерници која је у складу са чланом 24 Закона сматра захтевом за притварање пре подношења замолнице, истражни судија ће укинути притвор ако надлежни орган државе молиље не поднесе замолницу у року од 18 дана од дана притварања или ако престану разлози због којих је одређен притвор. На захтев надлежног органа државе молиље истражни судија може да продужи рок за подношење замолнице највише до 40 дана од дана притварања¹⁹. Треба напоменути да уколико је замолница поднета у року од 18 дана, тада се редовна контрола притвора врши како је већ наведено по истеку свака два месеца од правноснажности решења о одређивању притвора, с тим да истражни судија доставља списе предмета ванпретресном већу на даље поступање, односно на доношење одлуке о испуњености претпоставки за изручење. У пракси је било случајеви и да се притвор одређује на основу члана 26 Закона, те да се у изреци решења наводи да притвор може трајати најдуже 18 дана, што је у супротности са наведеном одредбом члана 22 Закона, која прецизно регулише сва питања у вези одређивања, контроле и трајања притвора.

У случају да се против лица чије се изручење захтева пред домаћим судом за исто или друго кривично дело води кривични поступак или се оно налази на издржавању казне затвора или друге кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе, истражни судија је у обавези да састави белешку о томе пре достављања списка ванпретресном већу²⁰. Чињенице наведене у белешци нису од значаја за одлуку ванпретресног већа о испуњености претпоставки за изручење, већ је сврха белешке, да се министар правде упозна са том чињеницом, како би је имао увиду приликом доношења одлуке о евентуалном одлагању изручења,²¹ док не буде правноснажно

¹⁹ Погледати чл. 26 Закона

²⁰ Погледати чл. 23 ст. 4 Закона

²¹ Погледати чл. 34 Закона

окончан кривични поступак пред домаћим судом који се против лица чије изручење је дозвољено води за друго кривично дело или док лице чије изручење је дозвољено не издржи казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе.

Након достављања списка од стране истражног судије ванпретресном већу започиње следећа фаза поступка у којој ванпретресно веће на основу члана 27 Закона, разматра списе предмета и доноси решење о одбијању изручења или о испуњености претпоставки за изручење.

Треба напоменути и да Закон предвиђа и могућност појединостављеног изручења,²² у ком случају је потребна сагласност лица чије се изручење тражи, с тим што је истражни судија дужан да га упозна са свим последицама такве изјаве о чему се саставља записник, након чега се списи достављају ванпретресном већу. Против решења испуњености претпоставки за изручење жалба није дозвољена, због чега се решење без одлагања доставља министру надлежном за правосуђе на даље поступање.

Ванпретресно веће ће у случају када утврди да нису испуњене претпоставке,²³ донети решење којим ће одбити изручење и без одлагања ће га доставити непосредно вишем суду који ће након саслушања јавног тужиоца и браниоца лица чије изручење се захтева, потврдити, укинути или преиначити решење ванпретресног већа. Правноснажно решење о одбијању изручења доставља се министарству надлежном за правосуђе, које о томе обавештава државу молићу.

Ако ванпретресно веће надлежног суд утврди да су испуњене претпоставке за издавање,²⁴ донеће решење о издавању, а након правноснажности оваквог решења прелази се на следећу фазу поступка у којој надлежни орган – Министар правде доноси одлуку²⁵ – решење којим се дозвољава издавање, у ком се наводе услови под којима се издавање одобрава. О решењу којим је одлучено о издава-

²² Погледати чл. 30 Закона

²³ Погледати чл. 28 Закона

²⁴ Погледати чл. 29 Закона

²⁵ Погледати чл. 31 Закона

њу, страна молила ће се обавестити дипломатским путем, а реализација решења којим се дозвољава издавање спада у надлежност Министарства унутрашњих послова које у координацији са надлежним органима стране државе договара место, време и начин предаје окривљеног или осуђеног, које се треба реализовати у року од 30 дана од дана доношења решења којим је дозвољено изручење²⁶.

²⁶ Погледати чл. 37 Закона

Милица Вујанић Ђорђевић,
виши судијски сарадник,
Посебно одељење Вишег суда у Београду

УСЛОВНИ ОТПУСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА

– ПИТАЊА И ПРОБЛЕМИ У ПРАКСИ –

Историјат условног отпуста

Институт условног отпуста први пут се појавио у Енглеском кривичном праву 1853. године, да би годину дана касније био инкорпориран и у Ирско законодавство. Србија није много чекала да овај институт примени и у свом кривичном праву, пре многих других земаља, те је условни отпуст нашао своје место у нашем законодавству маја 1869. године и то у Закону о условном отпуштању криваца из казнителних заведења.

Јединствени Закон о извршавању казни лишења слободе ("Службене новине Краљевине Југославије", бр. 47, 26. фебруар 1929. године) регулисао је условни отпуст члановима 146 до 152. Истим законом било је предвиђено одлучивање о условном отпусту одлуком **Комисије за условни отпуст**, и **Управника Завода**.

Осуђени је могао поднети Молбу кад протекне 1/2 казне затвора на коју је осуђен, а Управик Завода је могао поднети Предлог за пуштање осуђеног на условни отпуст. О молби, односно предлогу одлучивала је Комисија за условни отпуст, коју је образовао Министар правде, а која се састојала од 5 чланова, од којих су најмање 2 члана биле судије Врховног суда Србије. Пре доношења одлуке, Комисија за условни отпуст обавезно би прибављала писмено мишљење стручних служби завода за извршење казне затвора. С друге стране, Управник завода имао је могућност, односно могао је отпу-

стити осуђеног којем је протекло најмање 4/5 казне затвора, а најраније 3 месеца пре истека казне, ако се осуђени примерено владао и залагао на раду. (Јованић, Г., Илић З., Условно отпуштање осуђених лица, Истраживања у специјалној педагогији, Београд 2009. године, стр. 352)

Закоником о кривичном поступку ("Сл. лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002 и "Сл. гласник РС", бр. 58/200, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009) уведена је надлежност судова у поступку одлучивања о пуштању осуђеног на условни отпуст. Овај закон у чл. 522 регулисао је поступак за пуштање на условни отпуст, те се поступак покретао на молбу осуђеног, која се подносила суду који је судио у првом степену. Затим је кривично ванпретресно веће суда утврђивало да ли је протекло потребно време предвиђено законом за пуштање на условни отпуст и било обавезно да затражи извештај од управе установе у којој осуђени издржава казну затвора о његовом владању, извршавању радних обавеза, с обзиром на радну способност, и другим околностима које показују да ли је постигнута сврха кажњавања, ако тај извештај није достављен уз молбу осуђеног. Затим је, по добијању извештаја управе установе о владању осуђеног, веће узимало изјаву од јавног тужиоца који поступа пред тим судом, а против одлуке већа жалбу су могли изјавити државни тужилац и осуђени који је поднео молбу за условни отпуст.

Кривичним закоником ("Сл. гласник РС" бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009), који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, одредбом члана 46 је предвиђено да осуђеног који је издржао 2/3 казне затвора суд може условно отпустити са издржавања казне ако се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело, док се при оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узимало у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза обзиром на његову раду способност, као и друге околности које показују да је постигнута сврха кажњавања. Такође, одређени су услови под којима се не може отпустити осуђени, а то ће се десити у случају да је осуђени покушао бекство или је побегао из завода за извршење казне затвора у току издржа-

вања казне. Уколико осуђени буде пуштен на условни отпуст, а условни отпуст не буде опозван, сматраће се да је казну издржао

Кривичним закоником Републике Србије ("Службени гласник РС" бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, 21/90 и "Сл. гласник РС" бр. 16/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98 и 10/02), одредбом члана 9 били су пропсиани нешто блажи услови за отпуштање осуђеног на условни отпуст обзиром да се осуђени који је издржао 1/2 казне могао условно отпустити са издржавања казне ако се у току издржавања казне тако поправио да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да неће вршити кривична дела. При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узимало се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, а обзиром на његову радну способност, као и друге околности које показују да је постигнута сврха кажњавања. Изузетно, осуђени се могао условно отпустити са издржавања казне затвора уколико су постојали напред наведени услови и ако су истовремено кумулативно постојале посебне околности које се односе на личност осуђеног које очигледно показују да је постигнута сврха кажњавања.

У поступцима за одлучивање о пуштању на условни отпуст примењиване су кумулативно одредбе важећих Кривичних законика и Законика о кривичном поступку - Закоником о кривичном поступку били су предвиђени услови који су се односили на надлежност судова, односно поступка приликом пуштања на условни отпуст, док су тада важећим Кривичним закоником биле предвиђене околности које су цењене приликом одлучивања о пуштању осуђеног са издржавања казне затвора.

Питања и проблеми у пракси

Почетком примене новог Законика о кривичном поступку ("Службени гласник РС", број 72 од 28. септембра 2011. године), дана 15.01.2012. године у поступцима за кривичног дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењем надлежног суда, институту условног отпуста посвећена је већа пажња, те је Главом XXIV која носи наслов Поступци за оствари-

вање права осуђеног, предвиђен Поступак за пуштање на условни отпуст и то члановима 563 до 568.

Одредбом члана 563 ставом првим предвиђен је начин и услови покретања поступка, те се овај поступак покреће молбом коју може поднети бранилац осуђеног или осуђени лично ако је издржао 2/3 изречене казне затвора, док је ставом другим предвиђено да о молби одлучује кривично ванпретресно веће суда који је судио у првом степену. Наиме, већ на првом кораку наилази се на проблем у пракси, а то је питање трајања пуномоћја браниоца, односно до ког тренутка у току поступка важи пуномоћје браниоца дато током кривичног поступка и да ли је неопходно да ако молбу подноси бранилац осуђеног, исти уз молбу суду приложи и пуномоћје. Мишљења смо да је неопходно да бранилац приликом подношења молбе приложи и пуномоћје обзиром да је поступак за пуштање на условни отпуст посебан поступак и пуномоћје дато током кривичног поступка нема више валидност приликом одлучивања о условном отпусту. Потребно је напоменути и да је иста ситуација и када је у питању обавезна одбрана, сада предвиђена чланом 74 Законика о кривичном поступку. Ово питање посебно је важно приликом одлуке да ли ће се молба одбацити као поднета од стране неовлашћеног лица или ће о њој бити одлучивано.

Одредбом члана 564 ставом првим Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП) предвиђено је да ће веће одмах по пријему молбе за пуштање на условни отпуст испитати да ли су испуњени законски услови за подношење молбе и решењем **одбацити** молбу ако утврди:

1. да је поднета од стране неовлашћеног лица (поново се поставља питање који бранилац је овлашћен за подношење молбе и да ли би молбу требало одбацити ако је молба достављена без пуномоћја адвоката);
2. да осуђени није издржао 2/3 изречене казне затвора;
3. да је у току издржавања казне затвора осуђени покушао бекство или је побегао из затвора.

На овом месту потребно је указати да је из решења претходних закона задржано решење којим је било ускраћено право на условни отпуст осуђеном који је покушао бекство или је побегао из затвора, што сматрамо сасвим оправданим, посебно имајући у виду околности које се цене приликом одлучивања да ли ће се осуђени отпустити са издржавања казне или не.

Ставом другом истог члана предвиђено је да ако веће не донесе решење којим се молба одбацује, затражиће извештај од завода у којем осуђени издржава казну затвора о његовом владању и другим околностима које показују да ли је постигнута сврха кажњавања, као и извештај повереника из органа управе надлежног за извршење кривичних санкција. Извештај завода се прибавља када се осуђени налази на издржавању казне у једном од Казнено-поправних завода на територији Републике Србије и он треба да садржи податке о владању осуђеног, нарочито да ли је дисциплински кажњаван или опомињан, да ли је радно анагажован, а ако није из којих разлога, те податке о извршавању радних обавеза с обзиром на радну способност осуђеног. Извештај би такође требало да садржи процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, а нарочито да ли је постигнута ресоцијализација, односно сврха кажњавања. Када говоримо о сврси кажњавања она је прописана Кривичним закоником и то одредбама члана 4 и 42. Чланом 4 ставом другим је прописана општа сврха кривичних санкција и она је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством, док је чланом 42 прописана сврха кажњавања, у оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 4 став 2), а она је:

- 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела (*специјана превенција*);
- 2) утицање на друге да не чине кривична дела;
- 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (*генерална превенција*).

Имајући у виду напред наведено, оправдано се поставља питање, обзиром да су заводи у свом извештају дужни да наведу окол-

ности које показују да ли је постигнута сврха кажњавања, да ли је веће суда који одлучује о пуштању на условни отпуст осуђеног, дужно и да преиспита да ли је постигнута сврха кажњавања и то како специјална тако и генерална превенција?

Свакако да веће неће усвојити молбу за пуштање на условни отпуст осуђеног код којег из извештаја завода у којем издржава казну не произилази да изречена казна није тако утицала на осуђеног да убудуће неће вршити кривична дела (особито ако су у питању вишеструки пенолошки и криминолошки повратници, код којих постоји очигледна склоност ка вршењу кривичних дела), која сврха кажњавања се односи заправо на специјалну превенцију. Генерална превенција је већ "камен спотицања" обзиром да су поједина већа мишљења да се генерална превенција цени само код изрицања казне, али не и код института условног отпуста. Мишљења смо да код других казни затвора, обзиром да осуђенима након истека 2/3 казне не ретко остаје да издрже још вишегодишњи део казне, неопходно је ценити и да ли је испуњена сврха генералне превенције, односно послати евентуалним будућим учиниоцима поруку "да се злочин не исплати" и у сваком случају на тај начин изразити друштвену осуду за извршено кривично дело, ојачати морал и учврстити обавезу поштовања закона.

Када се говори о извештају повереника из органа управе надлежног за извршење кривичних санкција јасно је да се овај извештај тражи и доставља само у случајевима када се казна затвора издржава на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује. На овом месту потребно је рећи и то да смо мишљења да издржавање казне у просторијама у којима осуђени станује не представља нову кривичну санкцију, већ је само модалитет издржавања изречене казне, те је стога и предвиђена одредбом члана 45 став 5 Кривичног законика, којим чланом се регулише казна затвора, а о издржавању затворске казне одлучује искључиво председник суда који је донео првостепену пресуду и то након правноснажности пресуде. Ово је нарочито важно јер ЗКП изричито каже да се на условни отпуст може пустити само осуђени који је издржао 2/3 **казне затвора**, те је јасно да се условни отпуст може тражити и уколико осуђени издржава казну на тај начин што не сме напуштати про-

сторије у којима станује. На овом месту важно је поменути још један проблем који се јавио у пракси Посебног одељења Вишег суда у Београду, а то је да ли осуђени који је издржао две трећине казне у притвору има право да тражи пуштање на условни отпуст? Строго формално, ту можемо посматрати две ситуације:

- када је осуђени ступио на издржавање преосталог дела казне, и
- када осуђени још увек није ступио на издржавање казне.

Притвор свакако није казна затвора, али је лишење слободе и као такво се урачунава у изречену казну сходно одредби члана 61 Кривичног законика. Сходно томе, свакако да осуђени који је издржао две трећине изречене казне у притвору има право да тражи пуштање на условни отпуст. У првој ситуацији мишљења смо да би требало затражити извештај завода у којем осуђени издржава преостали део казне, с тим да истовремено треба затражити извештај установе у којој је осуђени био у притвору. У другом случају требало би затражити извештај установе у којој се осуђени налазио у притвору. Међутим, основа проблема лежи у чињеници да током трајања притвора притвореници немају иста права као и осуђена лица, те сходно томе није могуће добити извештај какав сачињавају установе у којима осуђеници издржавају казну затвора. С друге стране не узимањем у обзир чињенице да је осуђени издржао две трећине изречене казне у притвору, била би повређена права осуђеног јер се, како смо то већ напоменули притвор урачунава у казну затвора. Веће надлежног суда дужно је стога донети одлуку на основу свих расположивих података на најстручнији и најпрофесионалнији могући начин, онако како то по закону једино и може чинити.

Сходно напред наведеном, посебно је неприхватљиво када заводи или повереници достављају извештаје у којима су само "набацане" чињенице које се тичу самог осуђеног и то по правилу да ли је раније осуђиван, да ли се води нови кривични поступак против тог осуђеног, када је почело издржавање казне, када је планиран истек казне, подаци о породичном статусу осуђеног, да ли је дисциплински кажњаван или опомињан, те да ли је радно ангажован или не. Суд, односно веће надлежног суда не поседује знања која поседују радници васпитних и корективних служби завода, који раде са

осуђеним лицима, те је потребно у том смислу да представник завода – васпитач буде тај који ће рећи да ли се понашање осуђеног поправило, да ли су ресоцијализација и сврха кажњавања по њиховом мишљењу постигнуте, те да се изјасне о процени ризика осуђеног која подразумева његово сналажење у постпеналним условима и (не)могућност рецидива. Веома је важно не сметнути са ума чињеницу да о основаности молбе за условни отпуст одлуку доноси суд, а на основу чињеница из извештаја Казнено-поправних завода, навода из молбе осуђеног и мишљења надлежног тужиоца.

Одредбама члана 565 ЗКП прописан је поступак заказивања и одржавања рочишта на условни отпуст. Председник већа **наредбом** одређује дан, час и место одржавања рочишта за одлучивање о молби за пуштање на условни отпуст, на које позива *осуђеног, ако оцени да је његово присуство потребно, браниоца*, ако га има, *јавног тужиоца* који поступа пред судом који одлучује о молби и, **ако је извештај позитиван, представника завода** у којем осуђени издржава казну затвора, с тим што ће се бранилац у позиву упозорити да ће се у случају његовог недоласка рочиште одржати. Основано је запитати се из ког разлога законодавац оставља председнику већа процену да ли је потребно позивање осуђеног на рочиште? Председник већа, на првом месту, по правилу, није председник већа које је осуђеног осудило на казну затвора и не познаје личност самог осуђеног, а свакако пре одређивања рочишта има обавезу да се упозна са наводима из молбе осуђеног или његовог браниоца. Како су по правилу ове молбе прилично дугачке-од по неколико страница и садрже све чињенице које су битне за одлучивање о условном отпусту, а често и оне које нису, присуство осуђеног на рочишту није потребно. Позивање сваког осуђеног на рочиште за одлучивање о молби за условни отпуст довело би до одуговлачења поступка, који је већ отежан, довело би и до знатних трошкова које би сносио надлежни суд, те би се на тај начин прекршило једно од основних начела кривичног поступка-начело целисходности, јер би могло доћи до злоупотребе права, а све што су осуђени желели и мислили да треба да кажу, "rekli" су у својим молбама. Међутим, остаје нејасно, зашто је остављена могућност да се осуђени позове на рочиште, имајући у виду све напред изнето, ако је предвиђено да осуђени подно-

се молбе за пуштање на условни отпуст у којима наводе све чињенице за које сматрају да су релевантне приликом одлучивања о њима. Ниједном у досадашњој пракси нисмо се сусрели са потребом да се осуђени позове на рочиште. Надаље, постоји и недореченост када се говори о присуству представника установе на рочишту. Јасно се каже да ће представник установе бити позван на рочиште уколико је извештај установе позитиван, што се оцењује од случаја до случаја имајући у виду све оно што је у извештају наведено. Да би се оценило да ли је извештај позитиван или негативан, у недоумици је увек најбоље решење тражити нови извештај са назнаком које околности или чињенице је потребно у истом навести. Уколико и тада недоумица не буде отклоњена, најједноставније је позвати представника установе на рочиште и поставити му сва спорна питања. Уколико представник установе не дође на рочиште може се реаговати на два начина: одложити рочиште и поново позвати представника установе или одржати рочиште у његовом одсуству, обзиром да закон нигде децидно не каже да то није могуће. Свакако оваква одлука биће различита од случаја до случаја, у зависности од примљеног извештаја установе, али и од времена које је остало до предвиђеног истека казне осуђеном. Постоје случајеви где је остало јако мало времена до предвиђеног истека казне, те је у тим случајевима нужно донети одлуку након рочишта на којем није присуствовао представник установе.

Ток рочишта је предвиђен чланом 566 ЗКП, па рочиште за одлучивање о молби за пуштање на условни отпуст почиње изношењем разлога за условни отпуст од стране браниоца, ако га осуђени има, а у случају да га нема или је одсутан, председник већа ће укратко изложити разлоге за подношење молбе. Ако осуђени присуствује рочишту председник већа ће узети изјаву од њега, а после тога ће позвати јавног тужиоца да се изјасни о молби осуђеног. Ако је на рочиште позван и представник завода, председник већа ће га испитати о владању осуђеног за време издржавања казне, о извршавању радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и о другим околностима које би указивале да је постигнута сврха кажњавања.

И овде се говори о околностима које би указивале да је постигнута сврха кажњавања па још једном подсећамо на важност оцене опште сврхе кривичних санкција, али и сврхе кажњавања у смислу специјалне и генералне превенције.

Одлуке којима се окончава рочиште предвиђене су одредбом члана 567 ЗКП. У њему је наведено да ће веће **одмах** по окончању рочишта донети решење којим **одбија или усваја** молбу за пуштање на условни отпуст, а приликом доношења одлуке **посебно** ће имати у виду процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности и очекивано деловање условног отпуста на осуђеног. О свему наведеном неопходно је да се изјасни установа у свом извештају или представник установе на рочишту. Овом одредбом предвиђено је да веће **одмах** по окончању рочишта донети решење, али је остало нејасно у ком року веће мора решење изградити и доставити осуђеном, браниоцу, ако га има, тужиоцу и кругу осталих лица којима се доставља решење о условном отпусту.

Посебно интересантна је одредба члана 567 став 2 ЗКП према којој веће може одредити да је осуђени дужан да испуни одређене обавезе предвиђене кривичним законом (од којих сматрамо да би најефикасније биле јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора у роковима које тај орган одреди, оспособљавање за одређено занимање, те уздржавање од посеђивања одређених места, локала или приредби, ако то може бити прилика или подстицај за поново вршење кривичних дела), а може одлучити и да осуђени за време условног отпуста буде под електронским надзором. Ова иновативна одредба даје могућност надзора над преосталим делом казне који је условљен, обзиром да до сада није постојао надзор осуђених лица која су пуштена на условни отпуст. До сада ова одредба још није примењивана али смо сигурни да ће наћи своје место у пракси, посебно обзиром на чињеницу да су заводи у Србији одавно преоптерећени те би на овај начин било решено једно горуће питање: с једне стране пенитенцијарни заводи би се растеретили, а осуђена лица не би била без икаквог надзора уколико би се условно отпустила. (Више о томе: Стратегија за смањење преоптерећености смештајних капацитета у заводима за извршење кривичних санкција

у Републици Србији у периоду од 2010. до 2015. године, "Службени гласник РС" бр. 53/2010)

На овај начин желели смо да, кроз проблеме који се јављају у пракси, помогнемо оним судовима који тек треба да се суоче са применом одредби о условном отпусту, обзиром да Законик о кривичном поступку ("Службени гласник РС", број 72 од 28. септембра 2011. године) почиње да се примењује у свим осталим судовима, осим већ наведених, од 15.01.2013. године

ЦИП - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347. 97/ .99(497.11)

БИЛТЕН Вишег суда у Београду / главни и
одговорни уредник Ђурђа Нешковић. - 2012,
бр. 82 - . - Београд (Булевар војводе Мишића
37/II) : Intermex, 2012 – (Београд : Cicero) - 23 cm

Тромесечно. - Је наставак: Bilten Okružnog suda
u Beogradu = ISSN 0351-0247

ISSN 2217-7051 = Билтен Вишег суда у Београду
COBISS. SR-ID 187028748