

**UDRUŽENJE SUDIJA/SUDACA
U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE**

PRAVO I PRAVDA
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

SARAJEVO, GODINA IX., BROJ 1., 2010.

mr Ljiljana FILIPOVIĆ,
sudija Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine

„PRAVILO O ZABRANI REFORMATIO IN PEIUS U PRAKTIČNOJ PRIMJENI“

Sažetak: Rad se bavi obimom primjene i sadržinom pravila o zabrani reformatio in peius iz člana 322. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine pri čemu je poseban naglasak stavljen na promjene u zakonskom određenju ovog pravila do kojih je došlo stupanjem na snagu pomenutog zakona 2003. godine u odnosu na njegovo ranije zakonsko određenje i implikacijama koje su iz toga proizašle pri praktičnoj primjeni ovog pravila. U radu je, osim na zakonsku odredbu koja se izričito odnosi na zabranu reformatio in peius, dat osvrt na druge zakonske odredbe koje imaju odraza na praktičnu primjenu ovog pravila, te je ukazano na nepotpuno zakonsko regulisanje ovog pravila a, prije svega, na propust da se izričito zakonom propiše vezanost drugostepenog suda pravilom o zabrani reformatio in peius pri donošenju presude na pretresu kao i procesne posljedice kršenja pravila o zabrani reformatio in peius. Posebna pažnja posvećena je pitanjima koja su se pojavila u praksi u pogledu načina primjene ovog pravila u slučajevima kada se na pretresu pred drugostepenim sudom izmijeni optužnica na štetu optuženog i, s tim u vezi, dati su primjeri iz sudske prakse. Takođe, u radu su naznačeni pojedini aspekti primjene pravila o zabrani reformatio in peius pri donošenju rješenja o pritvoru i vezi s tim dati i primjeri iz sudske prakse. Na kraju, dati su i određeni prijedlozi za potpunije zakonsko regulisanje pravila o zabrani reformatio in peius.

Ključne riječi: žalba protiv presude, granice ispitivanja prvostepene presude, zabrana reformatio in peius, pretres pred drugostepenim sudom, izmjena optužnice, žalba na rješenje

PRAVILO O ZABRANI REFORMATIO IN PEIUS U PRAKTIČNOJ PRIMJENI

Uvod

Iako ga neki vide kao zapreku utvrđivanju istine i otklanjanju nepravilnosti i nezakonitosti u prvostepenoj presudi, pravilo o zabrani reformatio in peius je već stoljećima jedno od pravila koja karakterišu drugostepeni krivični postupak čiji je smisao upravo osiguranje pravilnosti i zakonitosti sudskih odluka njihovom kontrolom od strane više sudske instance. Razlozi zbog kojih je to pravilo opstalo i pored njegove „opstruirajuće“ uloge u ostvarenju ciljeva drugostepenog krivičnog postupka mogu se naći u značaju vrijednosti i interesa koji se primjenom ovog pravila štite. Naime, pravilo koje, po svojoj suštini, predstavlja povlasticu za optuženog, ima za cilj da osigura nesputano korištenje prava optuženog na žalbu protiv presude donesene u prvostepenom sudskom postupku¹ oslobađajući nepravosnažno osuđenu osobu bojazni da će njena žalba protiv prvostepene presude rezultirati za nju nepovoljnijom presudom. Osim toga, ono služi i osiguranju načela pravičnosti jer se smatra da bi preinačenje presude na gore u odnosu na optuženog, u situaciji kada suprotna stranka nije u tom smislu podnijela žalbu, bilo u suprotnosti s tim načelom.

Pravilo o zabrani reformatio in peius u Zakonu o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine

Dugo prisustvo ovog pravila u krivičnoprocesnom zakonodavstvu mnogih zemalja, uključujući i zakonodavstvo naše zemlje, ne podrazumijeva i nepromjenjivost njegove sadržine. Ona se mijenjala i u zakonima bivše zajedničke države, a pravilo je značajne izmjene pretrpjelo i u poslijeratnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Tako je članom 371. Zakona o krivičnom postupku iz 1998. godine² (u daljem tekstu: ZKP) bilo propisano: „Ako je izjavljena žalba samo u korist op-

1 Pravo na žalbu u krivičnim predmetima garantirano je članom 2. Protokola 7 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i članom 14. stavom 5. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

2 Zakon o krivičnom postupku (Službene novine Federacije BiH, broj 43/98 i 23/99)

tuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu u odnosu na pravnu ocjenu djela i na krivičnu sankciju.“ Član 322. sada važećeg Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine³ (u daljem tekstu: ZKP FBiH) pak propisuje: „Ako je podnesena žalba samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu.“

Navedena izmjena sadržine pravila o zabrani reformatio in peius u sada važećem ZKP FBiH nije, međutim, jedina izmjena odredaba koje se odnose na žalbeni postupak u odnosu na ZKP iz 1998. godine. Neke od tih izmjena (na primjer, one koje se odnose na bitne povrede odredaba krivičnog postupka⁴, na granice ispitivanja presude⁵, na ukidanje prvostepene presude⁶ i pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja⁷) značajno se reflektuju na način primjene pravila o zabrani reformatio in peius.

Jedna od izmjena u pogledu odredaba koje se odnose na drugostepeni krivični postupak koju sadrži sada važeći ZKP FBiH u odnosu na ranije važeći ZKP, jeste i ona koja se odnosi na granice ispitivanja presude. Odredba člana 321. ZKP FBiH propisuje, naime, da vijeće apelacionog odjeljenja ispituje presudu u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom. Prema tome, nema više ispitivanja presude po službenoj dužnosti ni u zakonom određenim slučajevima. Ovako određene granice ispitivanja prvostepene presude u žalbenom postupku dovele su u pitanje smisao postojanja odredbe o zabrani reformatio in peius, sadržane već u narednom članu 322. ZKP FBiH, jer neposredna konsekvencija tako određenih granica ispitivanja prvostepene presude je i da se prvostepena presuda može izmijeniti na štetu optuženog samo u slučaju postojanja osnovane žalbe tužitelja usmjerene na njeno preinačenje na štetu optuženog i samo iz razloga iz kojeg je takva žalba podnesena. Ovakvim zakonskim određivanjem granica ispitivanja prvostepene presude povodom žalbe postali su bespredmetnim i prigovori koji su isticali da je pravilo o zabrani reformatio in peius zapreka utvrđivanju istine u krivičnom postupku i otklanjanju nepravilnosti i nezakonitosti prvostepene presude. Te neprav-

3 Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, broj 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10)

4 Član 312. ZKP FBiH

5 Član 321. ZKP FBiH

6 Član 330. ZKP FBiH

7 Član 332. ZKP FBiH

ilnosti i nezakonitosti, sa ovako određenim granicama ispitivanja prvostepene presude povodom žalbe, ionako se mogu ukloniti samo ako je na njih ukazano žalbama. Time se zakonodavac, neovisno od pravila o zabrani reformatio in peius, „pomirio“ sa mogućnošću sticanja pravosnažnosti nepravilnih i nezakonitih presuda i u slučaju vođenja drugostepenog postupka. Ukoliko na određeni dio presude nije izjavljena žalba i ukoliko žalba nije izjavljena upravo iz tih razloga, presuda će postati pravosnažna bez obzira što je drugostepeni sud pri odlučivanju o žalbi uočio značajne nepravilnosti ili nezakonitosti u prvostepenoj presudi.

Dakle, s obzirom na sadržinu odredbe o granicama ispitivanja prvostepene presude, odredba o zabrani reformatio in peius, koja govori samo o izmjeni, dakle, preinačenju, presude na štetu optuženog i koja se, stoga, njenim striktnim tumačenjem, odnosi samo na slučajeve preinačenja presude prvostepenog suda presudom drugostepenog suda, nije ni bila nužna.

S druge strane, sada važeći ZKP FBiH ne sadrži odredbu o zabrani reformatio in peius u postupku koji uslijedi nakon ukidanja prvostepene presude uvažanjem žalbe ili žalbi. Ranije važeći ZKP, pored pomenute odredbe iz člana 371., sadržavao je izričitu odredbu prema kojoj je, nakon ukidanja prvostepene presude, pri izricanju nove presude prvostepeni sud bio vezan zabranom propisanom u članu 371. ZKP8, a, kako prema ranije važećem ZKP-u, održavanju pretresa pred drugostepenim sudom nije prethodilo uvažavanje žalbe i ukidanje prvostepene presude nego se taj pretres održavao nakon sjednice vijeća drugostepenog suda na kojoj je odlučeno da se održi pretres i nakon čijeg okončanja je tek donošena odluka o podnesenoj žalbi, jasno je da se i na odluke drugostepenog suda donesene nakon održanog pretresa, primjenjivala odredba člana 371. ranije važećeg ZKP.

I, premda, sada važeći ZKP FBiH ne sadrži odredbu prema kojoj je, nakon ukidanja prvostepene presude i održavanja pretresa, drugostepeni sud pri izricanju nove presude vezan zabranom reformatio in peius iz člana 322. ZKP FBiH, pravilo o zabrani reformatio in peius primjenjuje se i na presude drugostepenog suda donesene nakon ukidanja prvostepene presude i održavanja pretresa pred drugostepenim sudom. Osnov za takvo postupanje drugostepeni sudovi su našli upravo u razlogu

8 Član 383. stav 4. ZKP

zbog kojeg je ovo pravilo postalo sastavni dio krivičnoprocesnog zakonodavstva mnogih država – u osiguranju optuženom odnosno nepravosnažno osuđenom slobodnog korištenja prava na žalbu protiv presude kojom je oglašen krivim za krivično djelo i, iz toga proisteklom, shvatanju da zabrana reformatio in peius treba da prati optuženog koji je podnio žalbu protiv prvostepene presude sve do konačnog okončanja konkretne krivičnopravne stvari. Ali, to ne može opovrći činjenicu da sada važeći ZKP FBiH sadrži odredbu o zabrani reformatio in peius u odnosu na dio žalbenog postupka u kojem, s obzirom na zakonsko rješenje o granicama ispitivanja presude povodom žalbe, ni ne može doći do izmjene presude na štetu optuženog bez osnovane žalbe tužitelja izjavljene u tom pravcu, a ne sadrži odredbu o zabrani reformatio in peius u odnosu na dio žalbenog postupka u kojem, zbog njegovog nepotpunog zakonskog regulisanja, može doći do aktivnosti tužitelja koje bi u konačnom, bez primjene pravila o zabrani reformatio in peius, vodile ka donošenju presude koja bi bila na štetu optuženog u odnosu na ukinutu presudu prvostepenog suda i u situaciji kada žalba tužitelja nije bila izjavljena u tom pravcu.

Dok se u odredbama koje se odnose na pretres pred drugostepenim sudom ne poziva na odredbu o zabrani reformatio in peius i ne vezuje drugostepeni sud pri donošenju presude nakon održanog pretresa zabranom reformatio in peius, ZKP FBiH se u odredbama koje se odnose na postupak po žalbi na rješenje⁹ i na ponavljanje postupka¹⁰ poziva na svoj član 322. (zabrana reformatio in peius).

Posebnu pažnju zaslužuje činjenica da sada važeći ZKP FBiH, za razliku od ranije važećeg ZKP-a¹¹, ne propisuje povredu pravila o zabrani reformatio in peius kao bitnu povredu odredaba krivičnog postupka¹². Teško je shvatiti razloge zbog kojih je zakonodavac u važećem ZKP FBiH izostavio povredu pravila o zabrani reformatio in peius iz liste bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Može se pretpostaviti da je to zbog toga što je drugostepeni sud taj koji, nakon ukidanja prvostepene presude i održavanja pretresa, donosi novu presudu protiv koje kao drugostepene presude žalba, u pravilu, nije dopuštena a ZKP FBiH ne predviđa zahtjev za zaštitu zakonitosti kao vanredni pravni lijek.

⁹ Član 338. ZKP FBiH

¹⁰ Član 349. stav 4. ZKP FBiH

¹¹ Član 358. stav 1. tačka 10. ZKP

¹² Član 312. ZKP FBiH

Međutim, očigledno je da taj razlog ne može opravdati izostavljanje povrede pravila o zabrani reformatio in peius iz liste bitnih povreda odredaba krivičnog postupka. Naime, u slučaju ukidanja prvostepenog rješenja uvažavanjem žalbe osumnjičenog ili optuženog i vraćanja predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, protiv novog rješenja donesenog od strane prvostepenog suda dopuštena je i nova žalba drugostepenom sudu. To se odnosi i na presudu koju donese prvostepeni sud u ponovljenom postupku koji se vodi na osnovu rješenja kojim je dopušteno ponavljanje krivičnog postupka. U ovim slučajevima, pri donošenju novog rješenja prvostepenog suda ili nove presude nakon što je dopušteno ponavljanje krivičnog postupka, kao što je već rečeno, sud je vezan zabranom reformatio in peius. Međutim, ukoliko sud povrijedi to pravilo, ta povreda ZKP FBiH nije posebno propisana kao bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Stoga, podnositelju žalbe u korist optuženog kao i drugostepenom sudu ne preostaje ništa drugo nego da povredu pravila o zabrani reformatio in peius tretira ili kao povredu prava na odbranu¹³ slijedom shvatanja da je ovo pravilo ustanovljeno kako bi se optuženom osiguralo nesputano korištenje prava na žalbu ili kao tzv. relativnu bitnu povredu odredaba krivičnog postupka učinjenu prilikom donošenja presude (odnosno rješenja) neprimijenjivanjem ili pogrešnom primjenom odredbe ZKP FBiH kojom je propisana zabrana reformatio in peius a što je bilo od utjecaja na donošenje zakonite odluke¹⁴. Ali, budući da sada važeći ZKP FBiH propisuje da će drugostepeni sud, uvažavajući žalbu, ukinuti prvostepenu presudu i odrediti održavanje pretresa ako utvrdi da postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka, osim u slučajevima iz člana 329. stav 1. tog zakona¹⁵, te da član 329. stav 1. ZKP FBiH ne predviđa mogućnost preinačenja prvostepene presude u slučaju povrede prava na odbranu niti tzv. relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka, to znači da drugostepeni sud u slučajevima povrede pravila o zabrani reformatio in peius nikada ne bi mogao preinačenjem prvostepene presude otkloniti tu povredu nego bi uvijek morao ukinuti prvostepenu presudu. Takvo rješenje, naravno, ima negativan odraz na efikasnost krivičnog postupka.

¹³ Član 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH

¹⁴ Član 312. stav 2. ZKP FBiH

¹⁵ Član 330. stav 1. tačka a) ZKP FBiH

Obim primjene i sadržina pravila o zabrani reformatio in peius

Kada je riječ o obimu primjene pravila o zabrani reformatio in peius, može se reći da u teoriji i praksi postoji saglasnost o tome da se ono primjenjuje ne samo u slučaju izjavljivanja žalbe od strane samog optuženog odnosno njegovog branitelja nego i u slučaju izjavljivanja žalbe u korist optuženog od strane svih onih koji su, po zakonu, ovlašteni da podnesu žalbu u korist optuženog (zakonski zastupnik optuženog, bračni odnosno vanbračni drug optuženog, roditelj ili dijete, usvojitelj odnosno usvojenik optuženog, te, takođe, i tužitelj).¹⁶

Pravilo o zabrani reformatio in peius primjenjuje se i u odnosu na optuženog ili optužene koji nisu podnijeli žalbu ili je nisu podnijeli u određenom pravcu a u odnosu na koje je primjenom beneficium cohaesionis¹⁷ takođe ukinuta prvostepena presuda zbog toga što je drugostepeni sud našao da su razlozi zbog kojih je donio takvu odluku u odnosu na optuženog koji je podnio žalbu od koristi i za te optužene.

Iako je ranije o tome bilo različitih mišljenja uzrokovanih postojanjem riječi „samo“ u zakonskom određenju „ako je podnesena žalba samo u korist optuženog“, danas preovladava shvatanje da se pravilo o zabrani reformatio in peius ne primjenjuje samo u slučajevima kada, osim žalbe podnesene u korist optuženog, nije bilo žalbe podnesene na njegovu štetu nego i u slučajevima kada je žalba podnesena na štetu optuženog odbačena kao neblagovremena ili nedopuštena, odbijena kao neosnovana ili kada nije bila podnesena u određenom pravcu. Presuda se, dakle, može izmijeniti na štetu optuženog samo u slučaju postojanja osnovane žalbe izjavljene na štetu optuženog i samo u onom dijelu i iz onog osnova iz kojeg je žalba podnesena. Međutim, ako drugostepeni sud, zbog redosljeda ispitavanja osnovanosti žalbenih navoda i uvažavanja žalbe u korist optuženog zbog nekog od žalbenih osnova koji imaju prioritet pri njihovim ispitivanju od strane drugostepenog suda u odnosu na druge žalbene osnove, nije bio u mogućnosti da se upusti u ispitivanje nekog od žalbenih osnova istaknutih u žalbi tužitelja kojim se prvostepena presuda pobijala na štetu optuženog, postojanje takve žalbe daje mogućnost drugostepenom sudu da, nakon održanog pretresa, ukoliko to smatra osno-

¹⁶ Član 308. stav 2. i 3. ZKP FBiH

¹⁷ Član 324. ZKP FBiH

vanim, donese presudu na štetu optuženog u granicama tih žalbenih navoda tužitelja. Stoga, na primjer, ako je prvostepena presuda ukinuta uvažavanjem žalbe optuženog zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka ili pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja usljed čega drugostepeni sud uopšte nije bio u prilici da ispituje osnovanost tužiteljeve žalbe zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji kojom se tražilo preinačenje prvostepene presude u odluci o kazni izricanjem optuženom kazne zatvora u dužem trajanju, zabrana preinačenja na gore ne stoji na putu drugostepenom sudu da, nakon održanog pretresa, donese presudu kojom će optuženom biti izrečena kazna zatvora u dužem trajanju od kazne izrečene prvostepenom presudom jer je postojala žalba tužitelja iz tog osnova. Ali, drugostepeni sud ne bi mogao, nakon održanog pretresa, radnje optuženog kvalifikovati strožom pravnom kvalifikacijom, iako činjenični opis djela iz optužnice i prvostepene presude pruža osnov za to niti bi optuženom mogao izreći kaznu dugotrajnog zatvora ukoliko nije bilo žalbe tužitelja na štetu optuženog zbog povrede krivičnog zakona ili ukoliko se žalbom tužitelja tražilo izricanje samo kazne zatvora u dužem trajanju a ne i kazne dugotrajnog zatvora. Iz navedenog može se zaključiti da je drugostepeni sud, pri izricanju presude nakon održanog pretresa do kojeg je došlo ukidanjem prvostepene presude uvažavanjem žalbe ili žalbi, dužan voditi računa ne samo o identitetu presude i optužbe nego i o sadržini prvostepene presude i o razlozima njenog pobijanja žalbama.

S obzirom da i oštećeni može pobijati presudu zbog odluke o troškovima krivičnog postupka i odluke o imovinskopravnom zahtjevu¹⁸, presuda može biti izmijenjena na štetu optuženog ne samo uvažavanjem žalbe tužitelja nego i uvažavanjem žalbe oštećenog.

Budući da je odredbom člana 322. ZKP FBiH propisano da, ako je podnesena žalba samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu, zabrana se odnosi na svaku izmjenu presude na štetu optuženog a ne, kao što je to bilo do stupanja na snagu sada važećeg ZKP FBiH, samo na izmjene na štetu optuženog u odnosu na pravnu ocjenu djela i na krivičnu sankciju.

Slijedeći odredbu člana 300. ZKP FBiH, kojom je određen sadržaj presude kojom se optuženi oglašava krivim, zabrana reformatio in peius iz člana 322. tog zakona obuhvata, najprije, zabranu izmjene na štetu optuženog činjeničnog opisa djela za koje je oglašen krivim prvostepenom

¹⁸ Član 308. stav 4. ZKP FBiH

presudom navođenjem u njemu činjenica i okolnosti koje ponašanju optuženog za koje je oglašen krivim realno daju teži vid. Pri tome nije od značaja da li su te izmijenjene ili dodatne činjenice i okolnosti takvog karaktera da povlače za sobom i težu pravnu ocjenu djela odnosno postojanje jednog ili više novih krivičnih djela ili ne odnosno da li te izmjene imaju za posljedicu ili ne promjenu na štetu optuženog u pogledu primjene krivičnopravnih odredaba koje se odnose na osnove isključenja postojanja krivičnog djela, na postojanje ili oblike krivične odgovornosti, postojanje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje (zastarjelost krivičnog gonjenja, amnestija, pomilovanje, pravomoćno presuđena stvar). Stoga bi se radilo o povredi zabrane reformatio in peius ne samo kada bi se u činjenični opis djela u drugostepenoj presudi unijela, na primjer, okolnost koja ozljedi koju je optuženi zadao oštećenom daje karakter teške i po život opasne tjelesne ozljede, a koju nije sadržavao činjenični opis djela sadržan u izreci prvostepene presude kojom je optuženi bio oglašen krivim za krivično djelo teške tjelesne ozljede iz člana 172. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine¹⁹ (u daljem tekstu: KZ FBiH), usljed čega bi iz novih činjenica i okolnosti proizilazila obilježja kvalificiranog oblika krivičnog djela teške tjelesne ozljede iz člana 172. stav 3. KZ FBiH nego i okolnosti koje ukazuju da je optuženi, na primjer, osim teške tjelesne ozljede sadržane u činjeničnom opisu djela u izreci prvostepene presude, zadao oštećenom još jednu ozljedu koja, po svom opisu, ima karakter lake tjelesne ozljede i koja izmjena ne bi imala odraza na pravnu kvalifikaciju djela. Međutim, okolnost da li izmijenjene ili dodate činjenice i okolnosti u činjeničnom opisu djela u odnosu na činjenični opis djela sadržan u izreci prvostepene presude imaju odraza na pravnu kvalifikaciju djela bilo da joj daju teži vid ili podrazumijevaju postojanje još jednog ili više krivičnih djela ili ne, ima značajne implikacije na postupanje drugostepenog suda pri primjeni pravila o zabrani reformatio in peius, a o čemu će biti govora kasnije u ovom radu.

Kada je riječ o izmjenama ili dopunama činjeničnog opisa djela u novoj presudi koje imaju značaja za pravnu ocjenu djela, pri ocjeni da li one predstavljaju povredu zabrane reformatio in peius mjerodavna je, u stvari, pravilna pravna ocjena djela koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici a ne sa-

¹⁹ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05)

mo pravna ocjena djela data u optužnici od strane tužitelja ili u prvostepenoj presudi od strane prvostepenog suda. Tako je Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Vrhovni sud FBiH) u jednoj svojoj odluci zaključio: „Pošto je tužitelj izjavio žalbu samo zbog odluke o kazni, a drugostepeni sud uvažio žalbu branitelja i u odnosu na optuženog J.K. ukinuo prvostepenu presudu (u ostalom dijelu presuda preinačena u odnosu na M.M.), onda tužitelj na pretresu pred tim sudom zbog zabrane reformatio in peius ne može izmijeniti činjeničnu osnovicu optužbe unošenjem novih činjenica i okolnosti koje predstavljaju subjektivno obilježje krivičnog djela i nove kriminalne radnje za koje se optuženi ranije nije ni teretio. Zbog ove zabrane, takve izmjene optužbe tužitelj ne može izvršiti ni pod uvjetom da djelu dadne blažu pravnu kvalifikaciju od one iz optužbe obzirom da je činjenični opis djela bio takav da je omogućavao donošenje presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe.“²⁰

Interesantno je da, u tom pogledu, Ustavni sud Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud BiH) zabranu reformatio in peius shvata restriktivnije. Naime, u jednoj svojoj odluci povodom apelacije u kojoj je apelant tvrdio da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje zbog povrede zabrane reformatio in peius učinjene u drugostepenom krivičnom postupku koji se vodio protiv njega zbog krivičnog djela teške tjelesne ozljede iz člana 172. stav 1. KZ FBiH time što je tužitelj na pretresu pred drugostepenim sudom „precizirao činjenični opis“ tako što je dodao „svjestan da ga može tjelesno ozlijediti na koju posljedicu je pristao“, a koju izmijenjenu optužnicu je drugostepeni sud prihvatio izrekom svoje presude, čime je, po shvatanju apelanta, na njegovu štetu, izmijenio prvostepenu presudu a da je inače drugostepena presuda donesena u povodu žalbe izjavljene u korist apelanta i koja ga stoga nije mogla dovesti u „teži i činjenični položaj“ nego što je bio u prvostepenoj presudi, Ustavni sud BiH je zauzeo slijedeći stav: „Apelantov navod da je optužnica izmijenjena na takav način da je povrijeđen princip reformatio in peius je neosnovan jer preciziranjem činjeničnog opisa djela u optužnici na glavnom pretresu pred Kantonalnim sudom²¹ nije krivičnom djelu dat novi, teži oblik, odnosno optužnica nije izmijenjena na njegovu štetu.

²⁰ Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 070-0-Kžk-07-000001 od 15.03.2007. godine

²¹ Iz cjelokupne sadržine odnosno odluke Ustavnog suda BiH proizilazi da se, u stvari, radi o pretresu pred kantonalnim sudom kao drugostepenim sudom

Apelant je osporenim presudom osuđen za krivično djelo teške tjelesne povrede iz člana 172. stav 1. KZ FBiH a što je identična kvalifikacija u odnosu na kvalifikaciju djela iz optužnice od 31. januara 2006. godine koja je potvrđena 6. februara 2006. godine i izmijenjena na glavnom pretresu pred prvostepenim sudom dana 14. decembra 2006. godine a apelant je osuđen na kaznu zatvora u istom vremenskom trajanju kao i ukinutom presudom prvostepenog suda. “22 Ustavni sud BiH se, dakle, u ovoj svojoj odluci, nije bavio usporedbom samih činjeničnih opisa djela sadržanih u prvobitnoj optužnici i onoj „preciziranoj“ na pretresu pred drugostepenim sudom odnosno usporedbom samih činjeničnih opisa djela u ukinutoj prvostepenoj presudi i presudi drugostepenog suda donesenoj nakon održanog pretresa i utvrđivanjem da li je presuda u pogledu činjeničnog opisa djela preinačena na štetu optuženog protivno članu 322. ZKP FBiH nego je ispitivanje apelantovih navoda o povredi zabrane reformatio in peius sveo na ocjenu da li je presuda preinačena na štetu optuženog u pogledu pravne kvalifikacije djela i izrečene kazne.

Slijedeći dalje odredbu člana 300. ZKP FBiH, zabrana reformatio in peius obuhvata, potom, zabranu izmjene na štetu optuženog pravne ocjene djela i u slučaju kada joj ne prethodi izmjena činjeničnog opisa djela na štetu optuženog. Za donošenje zaključka da li je izvršena izmjena pravne ocjene djela na štetu optuženog, mjerodavne su, kao i u prethodnom slučaju, materijalnopravne odredbe. Pri tome, radiće se o izmjeni pravne ocjene djela na štetu optuženog ne samo kada je djelo optuženog kvalifikovano kao teže krivično djelo (s obzirom da je za to djelo propisana teža vrsta kazne u odnosu na kaznu propisanu za krivično djelo iz prvostepene presude ili, u slučaju kada su za oba djela propisane kazne iste vrste, kada je za djelo sa izmijenjenom pravnom kvalifikacijom propisana veća mjera kazne ili kada se radi o djelu za koje se, uz glavnu, može izreći i sporedna kazna) nego i kada nisu primijenjene odredbe koje predviđaju isključenje protivpravnosti djela, isključenje kažnjivosti, isključenje ili blaži oblik krivične odgovornosti, mogućnost blažeg kažnjavanja ili oslobođenja od kazne.

O povredi zabrane reformatio in peius radiće se, takođe, i u slučaju izmjene na štetu optuženog, bez postojanja osnovane žalbe zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji izjavljene na štetu optuženog, odluke o kazni ili odluke o uvjetnoj osudi, dakle, u svim slučajevima izricanja op-

22 Odluka Ustavnog suda FBiH, broj AP 250/07 od 02.12.2009. godine

tuženom teže vrste ili, pri istoj vrsti kazne, veće mjere kazne, izricanja sporedne kazne uz istu vrstu i mjeru glavne kazne ili izricanja uvjetne osude sa utvrđenom težom vrstom kazne odnosno većom mjerom iste vrste kazne, određivanjem u uvjetnoj osudi dodatne obaveze optuženom, izricanjem određenih mjera zaštitnog nadzora ili određivanjem dužeg roka provjeravanja. Tako je Vrhovni sud FBiH u jednoj svojoj presudi, donesenoj nakon održanog pretresa poslije ukidanja prvostepene presude, a tokom kojeg je tužiteljica u završnoj riječi predložila da se optuženom opozove ranije izrečena uvjetna osuda, naveo: „Sud nije usvojio prijedlog optužbe za opoziv ranije izrečene uvjetne osude optuženom V.I. zbog toga što prvostepenom presudom Županijskog suda u Širokom Brijegu optuženom nije bila opozvana uvjetna osuda, a žalba tužitelja nije ukazivala na to, pa bi opozivanje uvjetne osude u ovoj presudi predstavljalo povredu načela zabrane reformatio in peius.“²³

Zabrana reformatio in peius biće povrijeđena i u slučaju izricanja optuženom, bez postojanja osnovane žalbe izjavljene iz tog osnova na štetu optuženog, sigurnosne mjere koja nije bila izrečena prvostepenom presudom ili izricanjem sigurnosne mjere u većem obimu ili sa dužim rokom trajanja.

Slijedom odredbe člana 300. ZKP FBiH, pravilo o zabrani reformatio in peius biće povrijeđeno i u slučaju izricanja optuženom, bez postojanja osnovane žalbe izjavljene iz tog osnova na štetu optuženog, mjere oduzimanja imovinske koristi u slučaju kada ona nije bila izrečena prvostepenom presudom ili njenim izricanjem u većem obimu ili u većem iznosu u odnosu na mjeru izrečenu prvostepenom presudom.

Zabrana reformatio in peius može takođe biti povrijeđena i odlukom o uračunavanju pritvora ili izdržane kazne, odlukom o troškovima krivičnog postupka, odlukom o imovinskopравnom zahtjevu i odlukom o tome da se pravomoćna presuda objavi putem sredstava javnog informisanja. Tako je Vrhovni sud FBiH u jednoj svojoj presudi donesenoj nakon održanog pretresa poslije ukidanja prvostepene presude kojom je optužene bila oslobođena dužnosti naknade troškova krivičnog postupka a oštećeni sa imovinskopравnim zahtjevima upućeni na parnični postupak, i bez ulaženja u imovno stanje optužene i njene obaveze izdržavanja drugih osoba odnosno iako je utvrdio da je optužena učinjenjem krivičnog djela za koje ju je oglasio krivom prčinila štetu drugome, svojom presudom

23 Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 08 0 K 000066 09 Kžk od 03.12.2009. godine

optuženu oslobodio dužnosti naknade troškova krivičnog postupka a oštećene s imovinskopравnim zahtjevom uputio na parnični postupak, uz slijedeće obrazloženje: „Pošto je optužena S.F. ukinutom prvostepenom presudom bila oslobođena dužnosti naknade troškova krivičnog postupka, a oštećeni ... sa svojim imovinskopравnim zahtjevima upućeni na parnični postupak, te pošto, u pogledu tih odluka, nije bilo žalbe na štetu optužene, ovaj sud je, vezan zabranom reformatio in peius iz člana 322. ZKP FBiH, ovom presudom optuženu S.F., na osnovu člana 202. stav 4. ZKP FBiH, takođe oslobodio dužnosti naknade troškova krivičnog postupka, a oštećene ..., na osnovu člana 212. stav 3. ZKP FBiH, takođe, sa imovinskopравnim zahtjevima uputio na parnični postupak.“²⁴ Inače, ne bi se radilo o povredi zabrane reformatio in peius kada bi drugostepeni sud, nakon održanog pretresa poslije ukidanja prvostepene presude, donio presudu kojom bi, i bez postojanja žalbe izjavljene na štetu optuženog zbog odluke o troškovima krivičnog postupka, donio presudu kojom se optuženi obavezuje na naknadu troškova krivičnog postupka u većem iznosu od iznosa na čiju je naknadu bio obavezan prvostepenom presudom koja je ukinuta uvažavanjem njegove žalbe ukoliko bi se radilo o povećanju iznosa troškova krivičnog postupka do kojeg je došlo po logici stvari uslijed održavanja pretresa pred drugostepenim sudom. S druge strane, bez postojanja žalbe izjavljene u tom smislu na štetu optuženog, drugostepeni sud ne bi mogao svojom presudom donesenom nakon održanog pretresa obavezati optuženog i na naknadu troškova krivičnog postupka nastalih u prvostepenom postupku na čiju je naknadu prvostepeni sud propustio obavezati optuženog.

Primjena pravila o zabrani reformatio in peius na pretresu pred drugostepenim sudom

Ako se za sadržinu pravila o zabrani reformatio in peius iz člana 322. ZKP FBiH i obim njegove primjene, može reći da, uglavnom, ne izazivaju nedoumice, praktična primjena ovog pravila u sklopu žalbenog postupka onakvog kakav je regulisan odredbama Glave XXIII ZKP FBiH ukazala je na postojanje nekih spornih pitanja, izazvanih, između ostalog, i nedovoljnom zakonskom regulacijom žalbenog postupka. Na neka od tih pitanja i njihova moguća rješenja biće ukazano u nastavku ovog rada.

²⁴ Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 070-0-Kžk-07-000018 od 18.02.2010. godine

Već je rečeno da sada važeći ZKP FBiH, iako kao jednu od odluka drugostepenog suda po žalbi, propisuje rješenje kojim se ukida prvostepena presuda i određuje održavanje pretresa pred drugostepenim sudom,²⁵ propušta, za razliku od ranije važećeg ZKP,²⁶ propisati vezanost suda, pri izricanju nove presude, zabranom reformatio in peius ali da, i pored toga, u praksi ne postoje dileme o vezanosti drugostepenog suda tom zabranom pri izricanju nove presude. Međutim, zbog propusta zakonodavca da detaljnije reguliše pretres pred drugostepenim sudom postoje, između ostalih, određene dileme i nedoumice i u pogledu načina na koji će se ili, tačnije rečeno, kada će se primijeniti pravilo o zabrani reformatio in peius.

Dakle, za razliku od ranije važećeg ZKP-a, koji je takođe predviđao pretres pred drugostepenim sudom ali samo kao izuzetak i, što je naročito važno, prije nego što sud donese odluku o osnovanosti žalbe, važeći ZKP FBiH pretres pred drugostepenim sudom, u slučaju ukidanja prvostepene presude uvažavanjem žalbe, određuje kao pravilo. Međutim, za taj pretres, osim mogućeg odstupanja, pod određenim uvjetima, od načela neposrednosti pri izvođenju dokaza koji su već izvedeni tokom prvostepenog postupka, ZKP FBiH ne propisuje nikakva posebna pravila nego, naprotiv, izričito kaže da će se na pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja shodno primijeniti odredbe koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku.²⁷ U praksi su se nametnula pitanje koja se tiču granica i načina te shodne primjene odredaba koje se odnose na glavni pretres. Na primjer, sasvim je jasno, da je predmet raspravljanja na glavnom pretresu djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici²⁸ i da sud nije vezan za prijedloge tužioca u pogledu pravne ocjene djela.²⁹ Ali, nije sasvim jasno šta je predmet raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom a, niti se, zbog dejstva pravila o zabrani reformatio in peius, može reći da sud nije vezan prijedlogom tužioca u pogledu pravne ocjene djela (naravno, misli se na prijedlog tužioca u pogledu pravne ocjene djela sadržan u žalbi tužioca zbog povrede krivičnog zakona odnosno na od-

²⁵ Član 325. i član 330. ZKP FBiH

²⁶ Član 383. stav 4. ZKP

²⁷ Član 332. ZKP FBiH

²⁸ Član 295. stav 1. ZKP FBiH

²⁹ Član 295. stav 2. ZKP FBiH

sustvo žalbe tužitelja iz tog žalbenog osnova). Naime, s obzirom da održavanju pretresa pred drugostepenim sudom prethodi donošenje rješenja tog suda kojim je uvažavanjem žalbe ukinuta prvostepena presuda i, s obzirom na zakonom propisanu shodnu primjenu na taj pretres odredaba ZKP FBiH koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku, logična je do sada uspostavljena praksa drugostepenih sudova da pretres pred drugostepenim sudom počinje čitanjem optužnice (potvrđene ili izmijenjene tokom glavnog pretresa), naravno, u onom njenom dijelu na koji se odnosi ukinuti dio prvostepene presude. Nadalje, u nedostatku posebnih zakonskih odredaba u pogledu pretresa pred drugostepenim sudom, shodna primjena odredaba koje se odnose na glavni pretres podrazumijeva i pravo stranaka i branitelja da na tom pretresu iznose nove činjenice i dokaze. Dalja shodna primjena odredaba koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku podrazumijeva i shodnu primjenu odredaba koje se odnose na pravo suda da ne dopusti pitanje ili dokaz.³⁰ I, tu već nastaje problem. Zakonske odredbe koje se odnose na glavni pretres propisuju pravo suda da odbije izvođenje dokaza ako zaključi da okolnosti koje stranka i branitelj žele da dokažu nemaju značaja za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban. Prema tim odredbama, takođe, sud će zabraniti pitanje i odgovor na pitanje koje je već postavljeno ako je to pitanje nevažno za predmet. Da li neka okolnost ima ili nema značaja za predmet, da li je ili nije ponuđeni dokaz nepotreban i da li je ili nije postavljeno pitanje nevažno za predmet zavisi, naravno, i od toga šta je predmet raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom. S obzirom da se rješenje o ukidanju presude (u cjelini ili u određenom njenom dijelu – u odnosu na određene optužene ili u odnosu na određena krivična djela) odnosi na odluke suda o oglašavanju optuženog krivim za određeno krivično djelo i izricanje krivičnopravne sankcije, te, sljedstveno tome, i na ostale odluke koje sadrži presuda kojom se optuženi oglašava krivim, logično bi bilo zaključiti da će predmet raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom biti sve one činjenice i okolnosti koje je sadržavao činjenični opis djela u optužnici povodom koje je donijeta ukinuta presuda. Međutim, pošto se ne radi o prvom nego o ponovnom suđenju do kojeg je došlo zbog ukidanja prvostepene presude uvažavanjem žalbe, te, pošto je ta prvostepena presuda bila ispitivana samo u granicama u kojima je pobijana žalbom i pošto je drugostepeni sud

30 Član 278. ZKP FBiH

našao da su osnovani određeni žalbeni navodi koji su se odnosili na žalbene osnove bitne povrede odredaba krivičnog postupka ili pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, proizilazilo bi da predmet raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom mogu biti samo one činjenice i okolnosti iz činjeničnog opisa djela u optužnici u vezi kojih je presuda ukinuta i, s njima povezana, pravna pitanja, te da bi, stoga, sud mogao odbiti izvođenje dokaza koji se ne odnose na te činjenice i okolnosti i s njima povezana pravna pitanja. Ali, ZKP FBiH propisuje da će se u obrazloženju presude, u dijelu kojim se ukida prvostepena presuda ili u rješenju kojim se ukida prvostepena presuda, navesti samo kratki razlozi za ukidanje,³¹ te, stoga, odluka suda o ukidanju prvostepene presude, u pravilu, ne sadrži izjašnjenje drugostepenog suda o tome šta je u prvostepenoj presudi koja se ukida ili u onom njenom dijelu koji se ukida pravilno i zakonito utvrđeno, što bi značilo da su te činjenice i okolnosti definitivno raspravljene. Rješenje drugostepenog suda o ukidanju prvostepene presude sadrži samo izjašnjenje tog suda o tome šta nije pravilno ili potpuno utvrđeno, naravno, u okviru žalbenih navoda. Iz toga razloga, teško je a nekada i nemoguće, na pretresu pred drugostepenim sudom imati neki pravno osnovan orijentir za ocjenu o nepotrebnosti izvođenja nekog dokaza. Osim toga, novi dokazi ili dokazi izvedeni na glavnom pretresu u prvostepenom postupku koji se izvode i na pretresu pred drugostepenim sudom kako bi se otklonili nedostaci u utvrđenju činjeničnog stanja od strane prvostepenog suda konstatovani u rješenju o ukidanju prvostepene presude, mogu ukazati na potrebu izvođenja novih dokaza i u pogledu onih činjenica i okolnosti iz činjeničnog opisa djela sadržanog u optužnici čije se utvrđenje, u vrijeme ispitivanja presude povodom žalbe, nije ukazivalo spornim. Iz tih razloga, raspravljanje na pretresu pred drugostepenim sudom teško se može ograničiti samo na činjenice i okolnosti koje se izričito pominju u rješenju o ukidanju prvostepene presude. Kada je pak prvostepena presuda ukinuta zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, usljed kojih se postupak koji je prethodio prvostepenoj presudi pokazuje kao nazakonit ili usljed kojih pismeno izrađena presuda ima takve nedostatke koji onemogućavaju drugostepeni sud da ispita njenu pravilnost, jedini logičan zaključak je da su predmet raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom sve

³¹ Član 331. ZKP FBiH

činjenice i okolnosti koje je sadržavao činjenični opis djela u optužnici i sva, s njima povezana, pravna pitanja.

Takva široka mogućnost raspravljanja na pretresu pred drugostepenim sudom otvara i mogućnost da tužitelj, nakon dokaza izvedenih na tom pretresu, zaključi da se izmijenilo činjenično stanje predstavljeno u potvrđenoj ili na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici i da, stoga, odluči da izmijeni optužnicu. Za razliku od ranije važećeg ZKP, koji je propisivao da tužitelj može, s obzirom na rezultat pretresa, izmijeniti optužnicu samo u korist optuženog,³² ZKP FBiH ne sadrži posebnu odredbu o pravu tužitelja da na pretresu pred drugostepenim sudom izmijeni optužnicu i o eventualnim ograničenjima tog prava. Stoga se, opet, mora pribjeći shodnoj primijeni odredaba koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku i to, u ovom slučaju, shodnoj primijeni odredbe o pravu tužitelja da na glavnom pretresu izmijeni optužnicu. Ta odredba ne onemogućava tužitelja da na glavnom pretresu izmijeni optužnicu i na štetu optuženog³³. Iz tog razloga, može se dogoditi da činjenični opis djela u optužnici koja je izmijenjena na pretresu pred drugostepenim sudom bude izmijenjen na štetu optuženog ne samo u usporedbi s činjeničnim opisom djela u prvostepenoj presudi nego i u usporedbi sa činjeničnim opisom djela u potvrđenoj odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnicom. Nadalje, sudska praksa je već zauzela stav da je „tužitelj ovlašten da izmijeni optužnicu na glavnom pretresu ukoliko u toku glavnog pretresa nađe da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici. Navedena zakonska odredba ovo ovlaštenje tužitelja veže uz njegovu sopstvenu ocjenu dokaza izvedenih na glavnom pretresu, te stoga sud nije ovlašten da ulazi u tu tužiteljevu ocjenu i njegovu procjenu da dokazi izvedeni na glavnom pretresu ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici i da u slučaju da smatra da dokazi na glavnom pretresu ne ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici, uskrati tužitelju pravo da na glavnom pretresu izmijeni optužnicu.“³⁴ Sud, dakle, ne može onemogućiti tužitelja u izmjeni optužnice na glavnom pretresu i dužan je donijeti presudu koja će se odnositi na djelo sadržano u izmijenjenoj optužnici. Međutim, to ne znači da sud nema mogućnosti da presudom ot-

³² Član 368. stav 5. ZKP

³³ Član 290. ZKP FBiH

³⁴ Presuda Vrhovnog suda FBiH, KŽ 534/04 od 10.03.2005. godine

kloni propust tužitelja da pri izmjeni optužnice na glavnom pretresu vodi računa o ispunjenju procesnih pretpostavki za vođenje krivičnog postupka za djelo sadržano u izmijenjenoj optužnici. Tako, na primjer, ukoliko se i pored obaveze tužitelja da vodi računa o zakonskim odredbama koje se odnose na okolnosti koje isključuju krivično gonjenje (zastarjelost, amnestija, pomilovanje, presuđena stvar) izmijenjena optužnica odnosi na krivično djelo za koje je, usljed neke od navedenih okolnosti, isključeno gonjenje, sud će, u odnosu na djelo iz izmijenjene optužnice, donijeti presudu kojom se optužba odbija.³⁵ Na isti način će sud postupiti i u slučaju kada se na glavnom pretresu izmijenjena optužnica odnosi na drugo djelo a ne na djelo sadržano u potvrđenoj optužnici.

Moguće je, dakle, da, i pored toga što nije bilo žalbe tužitelja na štetu optuženog zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, tužitelj na pretresu pred drugostepenim sudom izmijeni optužnicu na način da u njenoj činjeničnoj osnovi djelu za koje se tereti optuženi realno da teži vid u odnosu na opis djela sadržan u prvostepenoj presudi ili u potvrđenoj ili na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici, pri čemu ta izmjena može imati ili nemati reperkusije na pravnu ocjenu djela. U praksi se, stoga, postavilo pitanje na koji način će drugostepeni sud, u takvoj situaciji, osigurati poštovanje pravila o zabrani reformatio in peius? A, prije tog pitanja, i pitanje koga, u stvari, obavezuje pravilo o zabrani reformatio in peius?

ZKP FBiH izričito propisuje da se, u slučaju kada je podnesena žalba samo u korist optuženog, presuda ne smije izmijeniti na njegovu štetu³⁶. S obzirom da presudu donosi sud i da ZKP FBiH ne sadrži odredbu koja propisuje da se, u slučaju kada je podnesena žalba samo u korist optuženog, optužnica ne smije izmijeniti na njegovu štetu, očito je da ZKP FBiH formalno obavezuje isključivo sud na osiguranje provedbe pravila o zabrani reformatio in peius. Stoga se postavlja pitanje na koji način će drugostepeni sud reagovati kada tužitelj tokom pretresa izmijeni činjenični opis djela na štetu optuženog u odnosu na opis djela koji je sadržavala ukinuta prvostepena presuda odnosno u odnosu na opis djela koji je sadržavala potvrđena ili na glavnom pretresu izmijenjena optužnica a nije postojala žalba tužitelja na štetu optuženog zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Praktično, postoje dvije

³⁵ Član 298. ZKP FBiH.

³⁶ Član 322. ZKP FBiH

moćnosti. Jedna od tih mogućnosti je da drugostepeni sud zanemari izmjene činjeničnog opisa djela na štetu optuženog izvršene izmjenom optužnice na pretresu pred tim sudom i da kao predmet optužbe tretira djelo onako kako je ono opisano u potvrđenoj odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici. Tako je Vrhovni sud FBiH u jednoj svojoj presudi takav postupak obrazložio na slijedeći način: „U činjeničnom opisu djela izmijenjene optužbe pred prvostepenim sudom u odnosu na optuženog su iznesene činjenice i okolnosti, koje su pravno kvalifikovane kao krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 383. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH. Sve te činjenice i okolnosti, kao i pravna ocjena djela su prihvaćeni i u presudi nižestepenog suda, tako što je optuženi oglašen krivim za navedeno krivično djelo i osuđen na kaznu zatvora od dvije godine.

Međutim, u pogledu optuženog ta presuda je uvažanjem žalbe njegovog branitelja ukinuta i održan pretres pred ovim sudom na kome je tužiteljica izmijenila činjenični supstrat djela i njegovu pravnu kvalifikaciju u odnosu na ono šta je bilo sadržano u izreci ukinutog djela presude nižestepenog suda. I površna analiza takve izmijenjene optužbe ukazuje da je novi činjenični opis djela po svom obimu više nego dvostruko veći od onoga koji je bio naveden u ukinutom dijelu prvostepene presude, a po svom sadržaju da je u njega uneseno niz novih činjenica i okolnosti, prema kojima se posebno mogu uočiti one (činjenice i okolnosti) koje se odnose na subjektivnu strukturu predmetnog krivičnog djela i nove kriminalne radnje za koje se optuženi ranije nije teretio.

Time se otvorilo pitanje, da li se nakon uspjele žalbe branitelja i ukidanja presude u odnosu na optuženog, sada zbog izjavljene žalbe tužitelja samo zbog odluke o kazni suspendira u cjelosti procesni institut zabrane reformatio in peius (zabrane preinačenja na gore) iz člana 322. ZKP FBiH. Odgovor na to pitanje je sadržan u dometu izjavljene žalbe tužitelja zbog odluke o kazni i suštini problema zabrane preinačenja na gore, koji nije u tome da se uopćeno identifikuje na šta se ta zabrana odnosi ili ne odnosi, već da se pouzdano protumači šta ona u konkretnom slučaju predstavlja za optuženog. Po nalaženju ovog suda, što se tiče žalbe tužitelja zbog odluke o kazni, ona bi u ponovljenom postupku pred ovim sudom bila od značaja da je optuženi novom presudom bio ponovo oglašen krivim, jer u tom slučaju u pogledu odluke o kazni ne bi važilo pravilo zabrane reformatio in peius i mogla mu je pod tim uvjetima biti

izrečena kazna zatvora u dužem vremenskom trajanju od one iz ukinute presude. Pojednostavljeno navedeno, žalba tužitelja zbog odluke o kazni izjavljena na štetu optuženog bi u tom pravcu suspendirala zabranu preinačenja na gore, da je donesena nova presuda kojom bi isti bio oglašen krivim i mogla je djelovati u segmentu ukinute presude na koji se odnosila, a to je odluka o kazni. Argumentum a contrario druga pogoršanja koja bi mogla nastati za optuženog, uključujući i ona koja se odnose na činjenično stanje nisu prihvatljiva, što znači da nakon uspjele žalbe njegovog branitelja i ukidanja dijela presude koji se na njega odnosi, nužno ima za posljedicu da se ne može povodom žalbe tužitelja izjavljene samo zbog odluke o kazni na pretresu pred ovim sudom utvrđivati činjenično stanje koje bi za njega bilo nepovoljnije. Ovo ni pod uvjetom, da se činjenični opis djela iz izmijenjene optužbe može blaže pravno kvalifikovati u odnosu na kvalifikaciju iz ukinute presude, jer je nasuprot tome u ovom slučaju ono bilo takvo da je sa izvedenim dokazima omogućavalo donošenje presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe.

S obzirom na navedeno, jasno je da izvršena izmjena optužbe na pretresu pred ovim sudom nije bila u skladu sa zabranom preinačenja na gore, jer je u pogledu činjeničnog opisa djela sadržavala pogoršanja u odnosu na ono šta je bilo navedeno u izreci ukinute presude. Posljedično tome, ovaj sud nije mogao usvojiti izložene modifikacije činjeničnog supstrata djela koje je izvršila tužiteljica na pretresu, pa je svoju odluku zasnovao na činjeničnoj osnovici izmijenjene optužbe pred prvostepenim sudom.“³⁷

Uz napomenu da je stav Vrhovnog suda FBiH, izložen u ovoj odluci, imao i za optužbu i za odbranu praktično istu posljedicu u pogledu primjene pravila o zabrani reformatio in peius kao i da je sud kao predmet optužbe tretirao djelo sadržano u optužnici izmijenjenoj na pretresu pred tim sudom, postavlja se ipak pitanje da li sud, uz činjenice da zakonska odredba koja se odnosi na zabranu reformatio in peius³⁸ implementaciju tog pravila veže za presudu, pa, samim tim za sud a ne za tužitelja i da ne postoji zakonska odredba koja spriječava tužitelja da na pretresu pred drugostepenim sudom izmijeni optužnicu na štetu optuženog ali da ga, u svakom slučaju, shodna primjena odredaba koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku ovlašćuje da izmijeni optužnicu, može

³⁷ Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 070-0-Kžk-07-000001 od 15.03.2007. godine

³⁸ Član 322. ZKP FBiH

zanemariti izmjenu optužnice izvršenu na pretresu pred drugostepenim sudom i svoju odluku zasnovati na optužbi izmijenjenoj pred prvostepenim sudom kada te optužbe, usljed njene izmjene na pretresu pred drugostepenim sudom, formalnopravno više nema.³⁹ Posebno se postavlja pitanje da li ovakav način primjene zabrane reformatio in peius može, u zavisnosti od obima i karaktera izvršenih izmjena u optužnici na pretresu pred drugostepenim sudom, otvoriti problem potpune riješenosti optužbe presudom⁴⁰.

Druga mogućnost je da se kao predmet optužbe tretira djelo ili djela sadržana u optužnici koja je, na štetu optuženog, izmijenjena na pretresu pred drugostepenim sudom. Tada se otvara pitanje kako presudom riješiti dio optužbe koji sadrži činjenice i okolnosti koje bi, u slučaju njihovog unošenja u izreku presude donesene nakon pretresa pred drugostepenim sudom, predstavljale povredu pravila o zabrani reformatio in peius. Ukoliko te činjenice same za sebe ili zajedno s činjenicama koje je sadržavao činjenični opis djela u potvrđenoj ili na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici ne predstavljaju zasebno krivično djelo, čini se sasvim prihvatljivim te činjenice jednostavno izostaviti u činjeničnom opisu djela u izreci presude koju će donijeti drugostepeni sud, a u obrazloženju presude to izostavljanje opravdati vezanosšću drugostepenog suda pravilom o zabrani reformatio in peius. Međutim, postavlja se pitanje kako postupiti ukoliko te nove činjenice i okolnosti koje sadrži činjenični opis djela u optužnici izmijenjenoj na pretresu pred drugostepenim sudom predstavljaju obilježja zasebnog krivičnog djela a da drugostepeni sud pri tome ne propusti svojom presudom potpuno riješiti predmet optužbe?

U jednom drugom predmetu u kojem je pred Vrhovnim sudom FBiH održan pretres nakon ukidanja prvostepene presude, sud je, našavši se u toj situaciji, primjenio pravilo o zabrani reformatio in peius na drugačiji način u odnosu na način opisan u prethodno navedenoj odluci. U

³⁹ Interesantno je napomenuti da stav sličan izloženom stavu Vrhovnog suda FBiH u navedenoj presudi iznose i prof.dr. Tihomir Vasiljević i prof.dr. Momčilo Grubač: "Kakvu odluku treba da donese sud ako ovlašćeni tužilac na novom glavnom pretresu, na osnovu novog činjeničnog stanja izmeni optužnicu... Tužilac u tom pogledu nije pravno ograničen. Zabrana važi za sud, ne za tužioca, koji tužbom slobodno raspolaže... Držimo da bi sud bio obavezan izreći presudu po prvobitnoj optužnici, a u obrazloženju reći da je tako morao postupiti, da bi izbegao bitnu povredu postupka iz člana 368. stav 1. tačka 9." („Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Justinijan, Beograd, 2005., str. 695.)

⁴⁰ Član 312. stav 1. tačka) ZKP FBiH

ovom slučaju, optužnicom kantonalnog tužitelja optuženoj su bila stavljena na teret krivična djela pronevjere iz člana 359. stav 3. ranijeg KZ FBiH i krivotvorenja službene isprave iz člana 368. stav 1. istog zakona. Za ta krivična djela optužena je bila i oglašena krivom prvostepenom presudom. Međutim, činjenični opis djela u prvobitnoj optužnici i u izreci prvostepene presude koji se odnosio na krivično djelo krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH nije sadržavao tačno određenje isprava koje su krivotvorene niti u čemu se sastojalo to krivotvorenje, pa je federalni tužitelj, na pretresu pred drugostepenim sudom, izmijenio optužnicu tako što je u činjenični opis djela unio tačnu naznaku poslovnih isprava u koje je optužena unosila neistinite podatke i tačnu naznaku u čemu se sastojalo krivotvorenje poslovnih isprava. Svojom presudom, donesenom nakon održanog pretresa poslije ukidanja prvostepene presude, Vrhovni sud FBiH je optuženu oglasio krivom samo za krivično djelo pronevjere iz člana 359. stav 3. ranijeg KZ FBiH sa slijedećom argumentacijom: „Ovaj sud, dakle, nalazi da se u radnjama optužene S.F., opisanim u tačkama 1. i 2. osuđujućeg dijela izreke ove presude, ne stiču i elementi krivičnog djela krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH. Naime, činjenice i okolnosti sadržane u činjeničnom opisu djela iz osuđujućeg dijela izreke ove presude, a koje je sadržavala i prvobitno podnesena optužnica, ne predstavljaju tačno određenje isprava koje su krivotvorene niti u čemu se sastojalo to krivotvorenje, što je neophodno za donošenje zaključka da tako opisane radnje optužene sadrže i elemente krivičnog djela krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH. Međutim, ovaj sud nalazi da iz tih činjenica i okolnosti, sadržanih u prvobitno podnesenoj optužnici i zadržanih i u izmijenjenoj optužnici, a u kojima se navodi da je prisvajanje povjerenog novca optužena prikrivala unošenjem neistinitih podataka u poslovne isprave i na druge navedene načine, proizilazi postojanje subjektivnog zakonskog obilježja krivičnog djela pronevjere iz člana 359. stav 3. ranijeg KZ FBiH – namjere pribavljanja sebi ili drugom protivpravne imovinske koristi prisvajanjem povjerenog novca, te su, u tom smislu, zadržane u činjeničnom opisu krivičnog djela pronevjere iz člana 359. stav 3. ranijeg KZ FBiH, za koje je optužena oglašena krivom ovom presudom.“⁴¹ U odnosu na krivično djelo krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH u vezi sa radnjama koje je federalni

41 Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj 070-0-Kžk-07-000018 od 18.02.2010. godine

tužitelj unio u činjenični opis djela izmjenom optužnice na pretresu pred drugostepenim sudom, Vrhovni sud FBiH je, na osnovu člana 298. tačka e) ZKP FBiH, donio presudu kojom se optužba odbija i donošenje takve presude obrazložio na slijedeći način: “Na pretresu održanom pred ovim sudom federalni tužitelj je izmijenio optužnicu unoseći u činjenični opis djela tačnu naznaku poslovnih isprava u koje je optužena unosila neistinite podatke i tačnu naznaku u čemu se sastojalo krivotvorenje tih poslovnih isprava, a što nije sadržavala prvobitno podnesena optužnica. Međutim, na taj način, federalni tužitelj je u optužnicu unio novu kriminalnu količinu odnosno radnje koje optuženoj nisu bile stavljene na teret prvobitnom optužnicom. Pošto je žalba kantonalnog tužitelja protiv prvostepene presude bila podnijeta samo zbog odluke o kazni, oglašavanje optužene krivom za krivično djelo krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH, učinjeno radnjama navedenim u izmijenjenoj optužnici a koje nije sadržavala prvobitna optužnica, predstavljalo bi kršenje odredbe člana 322. ZKP FBiH o zabrani reformatio in peius, a, prema kojoj, ako je podnesena žalba samo u korist optuženog presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu. Stoga je ovaj sud, nalazeći u konkretnom slučaju navedenu zabranu reformatio in peius okolnošću koja isključuje krivično gonjenje optužene za radnje za koje ona nije bila optužena prvobitnom optužnicom, zbog potrebe da izrekom presude potpuno riješi predmet optužbe, u odnosu na te radnje sadržane u izmijenjenoj optužnici, na osnovu člana 298. tačka e) ZKP FBiH, donio presudu kojom se prema optuženoj S.F. odbija optužba za krivično djelo krivotvorenje službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH.”⁴²

Prema tome, u ovom drugom slučaju, sud nije za osnov svoje presude uzeo prvobitnu optužnicu kantonalnog tužitelja nego optužnicu izmijenjenu na pretresu održanom pred tim sudom smatrajući da, shodnom primjenom odredaba koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku a u nedostatku posebne odredbe koja bi to njegova pravo na pretresu pred drugostepenim sudom ograničila, tužitelj ima pravo da na pretresu pred drugostepenim sudom izmijeni optužnicu i da tim činom tužitelja više ne postoji prvobitna optužnica, a da je dužnost suda da, u skladu sa članom 322. ZKP FBiH, pri donošenju presude primjeni pravilo o zabrani reformatio in peius. Pri tome, u konkretnom slučaju, kako to proizilazi iz citiranog dijela obrazloženja navedene presude, Vrhovni sud

⁴² Isto

FBiH je našao da bi oglašavanje optužene krivom i za te radnje, unesene u činjenični opis djela tom izmjenom optužnice, predstavljalo povredu pravila o zabrani reformatio in peius budući da se kantonalni tužitelj žalio protiv prvostepene presude samo zbog odluke o kazni ali i da, s obzirom da su činjenice i okolnosti koje je federalni tužitelj unio u činjenični opis djela pri izmjeni optužnice, zajedno sa činjenicama koje su se odnosile na svojstvo optužene a koje je sadržavao i činjenični opis djela u prvobitnoj optužnici, predstavljale obilježja krivičnog djela krivotvorenja službene isprave iz člana 368. stav 1. ranijeg KZ FBiH, mora svojom presudom u cijelosti riješiti predmet optužbe sadržane u optužnici izmijenjenoj na pretresu pred tim sudom. Vrhovni sud FBiH je u ovoj presudi to učinio tako što je zabranu reformatio in peius tretirao kao okolnost koja isključuje krivično gonjenje⁴³, te je, u odnosu na taj dio optužbe, na osnovu člana 298. tačka e) ZKP FBiH, donio presudu kojom se optužba odbija. Neodlučivanje izrekom presude o tom dijelu optužbe, po stanovištu Vrhovnog suda FBiH izraženom u toj presudi, predstavljalo bi propuštanje suda da presudom potpuno riješi predmet optužbe. Vrhovni sud FBiH se u ranijoj svojoj praksi nije izjašnjavao o mogućnosti da se zabrana reformatio in peius, u situaciji kada izmjene optužnice učinjene na štetu optužene osobe sadrže elemente zasebnog krivičnog djela, tretira kao okolnost koja isključuje krivično gonjenje. Međutim, čini se da je to jedini način da se ta situacija razriješi. Najprije, iz samog pravila o zabrani reformatio in peius jasno proizilazi da je u ovoj situaciji bilo isključeno donošenje presude kojom će optužena biti oglašena krivom za radnje unijete u optužnicu njenom izmjenom na pretresu pred drugostepenim sudom. Nadalje, očito je da se u tom slučaju nije mogla donijeti presuda kojom se optužena oslobađa od optužbe jer se ne radi ni o jednom od slučajeva koje ima u vidu odredba člana 299. ZKP FBiH a koja se odnosi na presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe. I na kraju, okolnosti koje odredba člana 298. tačka e) ZKP FBiH izričito pominje kao okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, po svom karakteru, takođe predstavljaju okolnosti čija je sadržina određena pravnom normom i usljed koje se, po izričitoj zakonskoj odredbi, ne može preduzeti krivično gonjenje i pored toga što postoje dokazi da je određena osoba preduzela radnje koje sadrže

⁴³ Članom 298. tačka e) ZKP FBiH propisano je da će presudu kojom se optužba odbija sud izreći ako je optuženi aktom amnestije ili pomolovanja oslobođen od gonjenja ili se krivično gonjenje ne može preduzeti zbog zastarjelosti ili ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje.

elemente krivičnog djela a što, po svojoj suštini, ima za posljedicu i pravilo o zabrani reformatio in peius.⁴⁴

Navedeni primjeri jasnu ukazuju na složenost pitanja na koji način osigurati primjenu pravila o zabrani reformatio in peius u toku pretresa pred drugostepenim sudom nakon ukidanja prvostepene presude i u presudi koju donosi drugostepeni sud nakon održavanja pretresa.

Pravilo o zabrani reformatio in peius u postupku po žalbi na rješenje

Odredba člana 322. važećeg ZKP FBiH prema kojoj, ako je podnesena žalba samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na

44 Prof.dr. Tihomir Vasiljević i prof.dr. Momčilo Grubač u vezi sa pitanjem kakvu odluku treba da donese sud ako ovlašćeni tužilac na novom glavnom pretresu, na osnovu novog činjeničnog stanja izmijeni optužnicu, navode: „Mislimo da sud neće moći da izrekne presudu kojom se optužba odbija po članu 354. (ne postoji nikakva procesna smetnja vođenju postupka, već smetnja izricanju kazne)...“ („Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Justinijan, Beograd, 2005., str. 695.) Međutim, ovi autori ne iznose argumente zbog kojih smatraju da u slučaju ograničenja nametnutih zabranom reformatio in peius ne postoji procesna smetnja vođenju postupka, a konstatacija da u takvim slučajevima postoji smetnja izricanju kazne mogla bi ukazivati na shvatanje da je zabrana reformatio in peius osnov isključenja kažnjivosti kao elementa općeg pojma krivičnog djela, te, sljedstveno, osnov za donošenje presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe. Ali, očito je da autori to ne smatraju jer na istom mjestu izričito kažu da u ovoj situaciji sud ne bi mogao izreći oslobađajuću presudu jer se slučaj ne može podvesti ni pod jedan od predviđena tri osnova oslobođenja. Osim toga, shvatanje da je zabrana reformatio in peius smetnja izricanju kazne je neprihvatljivo u slučajevima kada se pravilo o zabrani reformatio in peius odnosi na presudu kao cjelinu odnosno na sve odluke koje presuda može sadržavati (kao u slučaju iz člana 322. ZKP FBiH) a ne na zabranu preinačenje presude na štetu optuženog samo u određenom pravcu odnosno u pogledu određenih odluka sadržanih u presudi. Interesantno je da jedan od dva navedena autora, dr. Tihomir Vasiljević u jednom svom drugom djelu („Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ“, Savremena administracija, Beograd, 1981., str. 586.), govoreći o zabrani preinačenja na gore na novom glavnom pretresu, kaže da tužilac na novom glavnom pretresu prema novom činjeničnom stanju ne može da mijenja optužnicu na štetu okrivljenog jer bi to dovelo do odbijanja optužbe pošto odredba člana 390. stav 4. (koja se odnosila na vezanost prvostepenog suda pri izricanju nove presude zabranom preinačenja na gore) isključuje gonjenje po takvoj optužbi.

njegovu štetu, pri čemu se primjena ovog pravila dakle više ne ograničava na pravnu ocjenu djela i na krivičnu sankciju i odredba člana 338. istog zakona, prema kojoj se odredba člana 322. tog zakona shodno primjenjuje na postupak po žalbi na rješenje, otklonila je dileme oko toga da li se zabrana reformatio in peius odnosi i na rješenja o pritvoru.

Vrhovni sud FBiH se u pojedinim svojim odlukama donesenim u postupku po žalbi na rješenje o pritvoru o tome izričito izjasnio. Tako je u jednoj svojoj odluci Vrhovni sud FBiH istakao: „Pobijajući zakonitost prvostepenog rješenja branitelj u žalbi najprije ističe da je ranijim rješenjem istog suda, koje je uvažanjem žalbe branitelja ukinuto i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, pritvor optuženom bio produžen iz osnova propisanog u članu 146. stav 1. tačka b) ZKP FBiH, a da je novim rješenjem pritvor optuženom produžen iz osnova propisanih u članu 146. stav 1. tačka a), b) i d) ZKP FBiH, dakle, i po osnovima po kojima pritvor optuženom nije bio produžen prethodnim – ukinutim rješenjem o produženju pritvora, a na koje rješenje tužitelj nije podnio žalbu.

Ovaj žalbeni navod branitelja je osnovan. Naime, odredbom člana 338. ZKP FBiH propisano je da se na postupak po žalbi na rješenje shodno primjenjuje i odredba člana 322. ZKP FBiH (zabrana reformatio in peius). To znači da, ukoliko je podnesena žalba samo u korist optuženog, rješenje se ne smije izmijeniti na njegovu štetu. Budući da je novim rješenjem o produženju pritvora optuženom M.J. produžen pritvor i po osnovima iz člana 146. stav 1. tačka a) i d) ZKP FBiH, po kojima mu pritvor nije bio produžen prethodnim rješenjem prvostepenog suda broj 01 0 K 001205 09 Kv od 13.10.2009. godine, koje je uvažanjem žalbe branitelja optuženog ukinuto rješenjem ovog suda 01 0 K 001205 09 Kž od 02.11.2009. godine kada je predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, očito je da je povodom žalbe koja je bila podnesena samo u korist optuženog donijeto novo rješenje na njegovu štetu, te da je time postupljeno protivno odredbi člana 322. ZKP FBiH.“⁴⁵

U jednom drugom predmetu u kojem je prvostepeni sud u postupku ponovnog odlučivanja o osnovanosti prijedloga tužitelja za produženje pritvora optuženima po osnovima iz člana 146. stav 1. tačka b) i d) ZKP FBiH, do kojeg je došlo nakon ukidanja prethodnog rješenja tog suda po žalbi kantonalnog tužitelja kojom je osporavana pravilnost

⁴⁵ Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 01 0 K 001205 09 Kž 2 od 02.12.2009. godine

zaključka prvostepenog suda o nepostojanju osnova za pritvor iz člana 146. stav 1. tačka d) ZKP FBiH, ali ne i iz tačke b) navedene zakonske odredbe, Vrhovni sud FBiH je, odlučujući o novoj žalbi tužitelja podnijetoj protiv novog rješenja prvostepenog suda a kojom je sada osporavana i pravilnost zaključka prvostepenog suda i u pogledu nepostojanja osnova za pritvor iz člana 146. stav 1. tačka b) ZKP FBiH, istakao: „Kada su u pitanju žalbeni navodi tužitelja kojima se osporava pravilnost zaključka prvostepenog suda o nepostojanju u konkretnom slučaju ni razloga za pritvor iz člana 146. stav 1. tačka b) ZKP BiH, ovaj sud nalazi neophodnim najprije ukazati da se žalbom kantonalnog tužitelja izjavljenom protiv prethodnog rješenja prvostepenog suda - rješenja broj 09 0 K 004926 09 Kv od 09.12.2009.godine, nije pobijala pravilnost zaključka prvostepenog suda o nepostojanju tog razloga za pritvor prema optuženima Č.M. i B.A., pa se već iz tog razloga pritvor ovim optuženima nije ni sada mogao produžiti po osnovu iz člana 146. stav 1. tačka b) ZKP FBiH.“⁴⁶

Iz navedenog se može zaključiti da će se raditi o povredi pravila o zabrani reformatio in peius u svim slučajevima određivanja pritvora, nakon ukidanja prvostepenog rješenja o pritvoru i vraćanja predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje, po novom odnosno dodatnom osnovu za pritvor ukoliko žalba izjavljena na štetu osumnjičenog odnosno optuženog protiv prethodnog rješenja o pritvoru nije bila usmjerena u tom pravcu. Ispravnim tumačenjem odredbe člana 322. ZKP FBiH može se nesumnjivo zaključiti da će se raditi o povredi ovog pravila i u slučaju određivanja novim rješenjem pritvora u dužem trajanju nego što je to bilo u prethodnom rješenju u pritvoru ukoliko žalba izjavljena na štetu osumnjičenog odnosno optuženog protiv prethodnog rješenja o pritvoru nije bila usmjerena u tom pravcu.

Zaključak

Iako se ne radi o novom pravilu, očito je da u pojedinim slučajevima primjena pravila o zabrani reformatio in peius dovodi do određenih nedoumica. One su rezultat nove strukture drugostepenog krivičnog postupka uvedene 2003. godine u naš sistem krivičnog pro-

⁴⁶ Rješenje Vrhovnog suda FBiH, broj 09 0 K 004926 10 Kž 2 od 19.01.2010. godine

cesnog prava stupanjem na snagu sada važećeg ZKP FBiH pri čemu su određeni instituti zakonom nedovoljno regulisani. Ovdje se, prije svega, misli na pretres pred drugostepenim sudom koji je sada pravilo u slučaju da drugostepeni sud uvažavanjem žalbe ukine prvostepenu presudu. Osim toga, samo pravilo o zabrani reformatio in peius nije u zakonu dosljedno regulisano. Stoga se čini neophodnim, ukoliko zakonodavac bude i dalje insistirao na pretresu pred drugostepenim sudom kao pravilu, u sklopu njegovog detaljnijeg regulisanja, izričito propisati da je pri izricanju nove presude drugostepeni sud vezan zabranom reformatio in peius, te, ograničiti pravo tužitelja na izmjenu optužnice na pretresu pred drugostepenim sudom vezujući i tužitelja zabranom reformatio in peius. Takođe, potrebno je u listu bitnih povreda odredaba krivičnog postupka vratiti povredu zabrane reformatio in peius i propisati mogućnost preinačenja prvostepene presude, prema stanju stvari, i u slučaju povrede odredbe krivičnog postupka koja propisuje zabranu reformatio in peius.

Literatura:

Prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžiomerađić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović i prof. dr. Miodrag Simović „Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini“, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005. godina

Prof.dr. Tihomir Vasiljević i prof.dr. Momčilo Grubač „Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Justinijan, Beograd, 2005. godina

Prof.dr. Tihomir Vasiljević „Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ“, Savremena administracija, Beograd, 1981. godina

Ana Garačić „Pravni lijekovi u kaznenom postupku i sudskoj praksi“, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2006. godina

Robert Sepi „Zabrana reformatio in peius u krivičnom procesnom pravu“, Službeni glasnik, Beograd, 2007. godine

Mladen Grubiša „Krivični postupak – Postupak o pravnim lijekovima“, Informator, Zagreb, 1987. godina