
**Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине
High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina**

**Bosna i Hercegovina – Босна и Херцеговина – Bosnia and Herzegovina
Federacija Bosne i Hercegovine – Федерација Босне и Херцеговине –
Federation of Bosnia and Herzegovina**

**Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH
Javna ustanova centar za edukaciju sudaca i tužitelja u F BiH
Јавна установа центар за едукацију судија и тужилаца у Ф БиХ**

**Јавна установа центар за едукацију судија и јавних тужилаца у РС
Javna ustanova centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u RS**

MODUL 3 KRIVIČNA OBLAST

REDOVNI I VANREDNI PRAVNI LIJEKOVI

Vodeći ekspert:

Vesna Softić, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Konsultanti:

Obren Bužanin, Vrhovni sud RS

Nenad Vranješ, Republičko tužiteljstvo

Marija Zgonjanin Aničić, Okružni sud Banja Luka

Danijela Milovanović, Okružni sud Banja Luka

Harija Sijerčić Čolić doc.dr., Pravni fakultet Sarajevo

Vildana Helić, Kantonalni sud Tuzla

Jasmina Kosović, Kantonalni sud Sarajevo

Azra Miletić, Sud BiH

Uvod

Ovaj edukativni Modul je plod zajedničkog rada grupe eksperata i konsultanata iz različitih dijelova Bosne i Hercegovine, koji su pokušali da korisnicima osiguraju praktični instrument koji bi im, kao pravnim stručnjacima, mogao pomoći u njihovom svakodnevnom radu. Modul koji imate ispred sebe predstavlja dio prve serije Modula koji su elaborirani zahvaljujući velikodušnom financiranju od strane EUROPSKE KOMISIJE (CARDS 2004) i koordinacijskom trudu Centara za edukaciju sudaca i tužitelja Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine i Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine. U okviru ovog Projekta, 13 eksperata, uz pomoć približno istog broja konsultanata, obradili su 13 edukativnih Modula i time pokrili ključne teme građanskog i krivičnog, materijalnog i procesnog prava, s naglaskom na procesno pravo. Ove teme su izabrane od strane Upravnih odbora Centara za edukaciju sudaca i tužitelja kao najvažnije, obzirom na probleme implementacije koji su se pojavili nedavnim pravnim reformama na ovim poljima.

Uz financijsku pomoć od strane Europske Komisije, Centri za edukaciju sudaca i tužitelja ovim su reagirali na rastuće zahtjeve od strane članova pravosuđa (ali i drugih pravnika) za praktičnim edukativnim instrumentima koji će pomoći već imenovanim, ali i novoimenovanim praktičarima da shvate i primijene zakon u sudskom i pravnom sistemu Bosne i Hercegovine koji se stalno razvija.

Postupak izrade ovog a i drugih Modula je odličan primjer sposobnosti i volje članova pravosuđa u Bosni i Hercegovini – predstavljenih kroz eksperte i konsultante uključene u Projekat – da surađuju, razmjenjuju svoja pravna mišljenja i prevaziđu još postojeće prepreke u formiranju harmonizovanog pravosuđa u zemlji.

Korisnici se pozvaju da doprinesu unapređenju ovog Modula kroz konstruktivnu kritičku povratnu informaciju, obzirom da nam je namjera da se ovaj edukativni materijal neprekidno ažurira i unapređuje. Molimo da svoje komentare dostave Centrima za edukaciju sudaca i tužitelja.

Centri za edukaciju sudaca i tužitelja i Visoko sudačko i tužiteljsko vijeća zahvaljuju se svim ekspertima, konsultantima i asistentima koji su doprinijeli izradi ovih Modula za njihov trud i predanost, kao i Europskoj Komisiji na velikodušnoj podršci prvom projektu ovakve vrste u Bosni i Hercegovini..

Branko Perić
Predsjednik



Visokog sudskog i tužilačkog vijeća
Bosne i Hercegovine

Biljana Marić
Direktorica



Centar za edukaciju sudija i tužilaca
u Republici Srpskoj

Sanela Paripović
Direktorica



Centar za edukaciju sudija i tužilaca
u Federaciji Bosne i Hercegovine

SADRŽAJ

UVODNE NAPOMENE	2
UVOD	3
PODMODUL I: REDOVNI PRAVNI LIJEKOVI	8
1. ŽALBA PROTIV PRVOSTEPENE PRESUDE.....	11
1.1. <i>Pravo na žalbu i rok za podnošenje žalbe.....</i>	<i>12</i>
1.2. <i>Pravo na žalbu u postupku u kojem je zaključen sporazum o priznanju krivnje.....</i>	<i>15</i>
1.3. <i>Osobe ovlaštene na podnošenje žalbe</i>	<i>19</i>
1.4. <i>Raspolaganje pravom na žalbu (odricanje i odustajanje od žalbe)</i>	<i>21</i>
1.5. <i>Sadržaj žalbe</i>	<i>23</i>
1.6. <i>Podnošenje žalbe.....</i>	<i>27</i>
1.7. <i>Iznošenje u žalbi novih činjenica i dokaza - beneficium novorum.....</i>	<i>29</i>
2. ŽALBENI OSNOVI	31
2.1. <i>Bitne povrede odredaba krivičnog postupka.....</i>	<i>32</i>
2.2. <i>Relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka</i>	<i>70</i>
2.3. <i>Povreda krivičnog zakona</i>	<i>72</i>
2.4. <i>Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje</i>	<i>76</i>
2.5. <i>Pobijanje presude zbog odluke o krivičnopravnim sankcijama, troškovima postupka, imovinskopravnom zahtjevu kao i o objavljivanju presude putem sredstava javnog informisanja</i>	<i>82</i>
3. POSTUPAK PO ŽALBI	85
3.1. <i>Granice ispitivanja prvostepene presude</i>	<i>87</i>
3.2. <i>Zabrana preinačenja na gore (reformatio in peius).....</i>	<i>88</i>
3.3. <i>Odluke po žalbi</i>	<i>89</i>
3.4. <i>Pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja</i>	<i>91</i>
4. ŽALBA NA DRUGOSTEPENU PRESUDU	93
4.1. <i>Žalba protiv rješenja</i>	<i>96</i>
PODMODUL II - VANREDNI PRAVNI LIJEK.....	101
1.1. <i>Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravomoćnim rješenjem.....</i>	<i>102</i>
1.2. <i>Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravomoćnom presudom.....</i>	<i>103</i>
1.3. <i>Ponavljanje postupka na štetu optuženog:</i>	<i>104</i>
PRILOG: ŽALBA	107

UVODNE NAPOMENE

Kategorije	Zakon o krivičnom postupku Redovni i vanredni pravni lijekovi; Žalba i Ponavljanje postupka
Trajanje	2 dana trajanje seminara
Oblik	Predavanje, kurs, radionice, panel diskusije, kombinacija predavanja i vježbi
Ciljevi edukacije	<p>Cilj ovog modula je da sudijama i tužiteljima, u okviru edukativnog programa, ponudi sažet osnovni pregled sadržine odredaba važećih krivičnoprocesnih zakona u Bosni i Hercegovini te pruži dodatne informacije i eventualno proširi znanja u vezi sa pravnim lijekovima – redovnim i vanrednim.</p> <p>To će biti učinjeno na praktičnim primjerima, kroz pitanja i ponuđene odgovore, upućivanjem na sudsku praksu, naročito tamo gdje se ona eventualno razlikuje, a pogotovo će biti ukazano na različitu primjenu pojedinih zakonskih odredbi te zauzeta sudska stajališta u vezi sa tim.</p> <p>Kako se radi o značajnoj, a istovremeno i veoma širokoj oblasti, to će, u okviru ovog prvog modula, koji obrađuje pravne lijekove, u pogledu nekih odredaba biti date samo naznake, kao osnova za buduće daljnje razrade i dopune, koje će u okviru istog programa, uslijediti. Takođe će uslijediti i dopuna sa sudskom praksom koja će više uporedno prikazati način primjene pojedinih odredaba iz ove oblasti.</p>
Mogući predavači edukatori	Vodeći ekspert, konsultanti i ostali predavači/edukatori Centra.
Dnevni red modula	Dnevni red modula se nalazi kao dio modula ili će biti kreiran od strane Centra na bazi potreba za pojedinačni modul.
Vodeći ekspert	Vesna Softić, sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

UVOD

Pravni lijek je zakonom obezbijedeno sredstvo procesne zaštite, kojim se omogućava nezadovoljnoj stranci i drugim ovlaštenim licima (fizičkim i pravnim), da pobijaju odluku donesenu u krivičnom postupku sa ciljem da izdejstvuju da se ona ukune ili preinači novom sudskom odlukom.

Pravnim lijekom se postavlja zahtjev višem sudu ili drugom vijeću istog suda da ispita pravilnost i zakonitost odluke te ako viši sud odnosno vijeće apelacionog odjeljenja ustanovi da je nepravilna i nezakonita, da istu ukine odnosno preinači.

Dakle, pored toga što omogućava nezadovoljnoj stranci i drugim ovlaštenim licima da izdejstvuju izmjenu ili ukidanje nepravilne odluke suda i što na taj način doprinosi jačanju zakonitosti, ustanova pravnih lijekova služi još i jednoj drugoj svrsi. Pomoću nje sudovi vrše kontrolu rada nižih sudova i istovremeno daju im smjernice i korisne upute za pravilno i jednoobrazno suđenje, kada prilikom rješavanja po pravnim lijekovima ispravljaju greške u njihovim odlukama.

To znači da se institutom pravnih lijekova obezbjeđuje:

- jačanje zakonitosti
- kontrola rada nižih sudova
- jednoobraznost suđenja i ujednačenost sudske prakse

Istorijski gledano tek u rimskom pravu, kada su sudije postali činovnici države, zapravo imperatora, uvedena je mogućnost da se odluka suda izmijeni intervencijom vladara, kojemu su nezadovoljne stranke podnosile molbu za *apellatio*. Iz tih apelacija razvio se sistem pravnih lijekova (i to prvo u oblasti građanskog prava) koji je recepcijom rimskog prava ušao u pravne sisteme svih evropskih država.

Danas, u pravilu, krivični postupci svih zemalja predviđaju mogućnost pobijanja prvostepenih presuda pomoću pravnih lijekova. To podrazumijeva preispitivanje njihove ispravnosti i zakonitosti od strane drugog (višeg) suda kao drugostepenog suda odnosno drugog vijeća apelacionog odjeljenja istog suda.

Pravo na pravni lijek je jedno od osnovnih ustavom zagaranovanih prava čovjeka i građanina i jedno od osnovnih ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija).

U članu II 2. Ustava Bosne i Hercegovine je propisano da se u BiH « **direktno primjenjuju prava i slobode garantovane Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (EKJLP) kao i njezinim protokolima. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima**».

Ovu ustavnu odredbu sudije moraju imati u vidu prilikom vršenja svoje sudijske dužnosti, jer je na ovaj način EKJLP postala dio našeg unutrašnjeg pravnog sistema.

Dužnost je sudova, uvijek kada se utvrdi da je određena zakonska odredba suprotna ili ispod standarda kojeg garantuje konvencija, da se direktno pozovu na tekst i sudsku praksu EKLJP i direktno ju primjene. Ovo je naročito značajno u oblasti pravnih lijekova. Potrebo je navesti da se EKLJP (potpisana u Rimu 4.11.1950. godine) u svojoj pedesetogodišnjoj praksi razvijala kako tumačenjem koje su njenom tekstu davali Evropski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP), Evropska komisija za ljudska prava¹ tako i Vijeće Evrope. Vijeće Evrope je usvojilo i dodatne protokole koji su proširili njezin obim i kojima se državama članicama preporučuju standardi ponašanja a istovremeno nameću i sankcije uloliko se konvencijske norme ne poštuju.

Važno je napomenuti da se EKLJP, bez njene sudske prakse, ne može tumačiti. «Konvencija funkcioniра na osnovu sistema presedentnog prava. Presude Evropskog suda za ljudska prava (SuD) objašnjavaju i tumače tekst. One predstavljaju obavezujuće presedente, a po pravnom statusu predstavljaju obavezne pravne norme. Upravo zato, kad se Konvencija ratificira, domaće vlasti svih država potpisnica, uključujući i one čiji se pravni sistem temelji na kontinentalnom pravu, moraju presude Suda tretirati kao obavezujuće pravo².

Pravo na pravni lijek zajamčeno je članom 13. EKLJP, čime se, uz Protokole koji su uz nju doneseni, svakom fizičkom (i pravnom licu) garantuju pravo na žalbu kao cjelovit i djelotvoran pravni lijek, ne samo u krivičnim nego i građanskim i upravnim stvarima, koje pravo je garant zaštite zakonitost i pravne sigurnosti građana jedne zemlje, a koja odredba glasi:

Svako čija su prava i slobode, priznate ovom konvencijom, narušena, ima pravo na pravni lijek pred nacionalnim vlastima, čak i onda kada su povredu ovih prava i sloboda učinila lica u vršenju svoje službene dužnosti.

Ovo pravo, uz pravo na pravično suđenje, propisano u članu 6. Konvencije obezbjeđuju zakonitost, pravičnost i jednakost stranaka u postupku, kroz kontrolu viših sudova koju redovni sudovi vrše u žalbenom postupku ili pak u posebnim postupcima pred Ustavnim sudom.

Član 2. Sedmog protokola uz konvenciju garantuje pravo na žalbu u krivičnim predmetima, tako što:

- (1) Svako ko je odlukom suda osuđen za krivično djelo ima pravo na preispitivanje osude ili kazne od strane višeg suda. Ostvarivanje ovog prava, uključujući i osnov za njegovo korišćenje, uređuje se zakonom.

¹ U skladu sa dodatnim protokolom br. 11, Evropska komisija i Evropski sud za ljudska prava su se ujedinili u jedinstveno tijelo -Evropski sud za ljudska prava.

² Monica Macovei, Priručnici o ljudskim pravima, br.2., izdanje 2002., str.

- (2) Ovo pravo može podlijegati izuzecima u odnosu na djela manjeg značaja, koja su određena zakonom, ili u slučajevima kada je osobi u prvom stepenu sudio najviši sud ili je bila osuđena na osnovu žalbe protiv oslobađajuće presude.

Bosna i Hercegovina je ratifikovala EKLJP u julu mjesecu 2002. godine i na taj način se pridružila državama članicama koje su kroz konvenciju izrazile svoj stav o predanosti vrijednostima demokratije, mira i pravde poštovanjem osnovnih prava i sloboda pojedinaca koji u njihovim okvirima žive. Inom ratifikacije, a nakon što je Bosna i hercegovina primljena u Vijeće Evrope otvorena je obaveza u oblasti prava, koja se Konvencijom štite, prema trećim državama, a naročito mogućnost pojavljivanja naših građana pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu.

Pravo na efikasan krivični postupak je jedno od osnovnih prava koja se garantuju i štite EKLJP, tako da se novim zakonskim rješenjima u krivičnim procesnim zakonima nastoje obezbijediti standardi u zaštiti ljudskih prava i sloboda koji su propisani Konvencijom, i koji su odlika demokratskih društava i pokazatelj pravne sigurnosti građana u jednoj razvijenoj demokratskoj zajednici, kakvoj i mi težimo.

Ovi ciljevi su jezgrovito definisani na sljedeći način :

"Na ovom mjestu treba naglasiti da procesno krivično zakonodavstvo vrlo jasno govori o presumpciji nevinosti, zatim o lišenju slobode i pritvaranju, ograničavanju prava na privatnost ili humanom postupanju u krivičnom postupku, kao i o pravu na pravičan postupak. Zbog toga, sve ove prothodno opisane,³ ali i druge promjene prate određena opće prihvaćena načela, koja danas određuju okvir pravne zaštite građana od neovlaštenih postupaka. Polazno stajalište u izradi Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ali i ostala tri procesna zakona u Bosni i Hercegovini) bilo je da zakonski tekst mora odgovarati međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava utvrđenim konvencijama Vijeća Evrope i Ujedinjenih nacija, a posebno u Evropskoj konvenciji o zaštiti prava i sloboda čovjeka, kao i u odlukama Evropskog suda za ljudska prava za koga se tvrdi da je « čuvar ljudskih prava»⁴.

U daljnjim analizama konkretnih žalbenih instituta bit će riječi i o tome kako se pojedina prava, garantirana navedenim konvencijskim normama štite u praksi kao i o tome da li pojedini instituti odgovaraju standardima postavljenim Konvencijom ili su pak njihova nedovoljna zaštita.

³ Koje su predmet izlaganja Modula 1 i 2.- prim. aut.

⁴ Dr. Sijerčić-Čolić, H.: *The criminal justice system of Bosnia and Herzegovina in the process of reform: lessons learned from the application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice. U: The Application of the United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice. Vienna, 2003, str.127-133.*

Od pojma pravnog lijeka treba razlikovati, kao širi pojam, pravno sredstvo, pod kojim se razumije svako zakonom dopušteno sredstvo kojim se hoće da ostvari ili da brani kakav zahtjev, ali koje ne mora biti upravljeno protiv odluke suda. U ovom smislu su pravna sredstva i prigovor protiv optužnice, pritužba, molba za povraćaj u pređašnje stanje, zahtjev za ispravku presude i sl.⁵

Klasifikacija pravnih lijekova

Pravne lijekove moguće je različito klasifikovati, već prema tome šta se uzima kao kriterij za njihovo razlikovanje i razvrstavanje.

Tako pravni lijekovi mogu biti:

1. redovni i vanredni
2. devolutivni i remonstrativni
3. suspenzivni (sa odgodnim dejstvom) i nesuspensivni (bez odgodnog djestva)
4. pravni lijekovi koji se ulažu protiv presude i pravni lijekovi protiv ostalih odluka sudova u krivičnom postupku.

Osnovna podjela pravnih lijekova je na **redovne i vanredne pravne lijekove**.

Redovni pravni lijekovi **su oni koji se mogu po pravilu uložiti protiv svake odluke suda (presude ili rješenja), a vanredni su takvi pravni lijekovi kojima se može samo izuzetno napadati sudska odluka i to uz ispunjenje određenih zakonskih uslova i pretpostavki.**

Redovni pravni lijekovi se ulažu protiv nepravosnažnih sudskih odluka dok se vanredni pravni lijekovi ulažu samo protiv pravosnažnih sudskih odluka.

Devolutivni su oni pravni lijekovi koje rješava drugi viši sud od onoga koji je donio pobijanu sudsku odluku. Pored toga devolutivan je i onaj pravni lijek o kojem se rješava u okviru istog suda ali od strane višeg tijela. Tako je žalba protiv rješenja sudije za prethodni postupak o određivanju pritvora devolutivan pravni lijek jer o njoj odlučuje izvanraspravno vijeće istog suda.

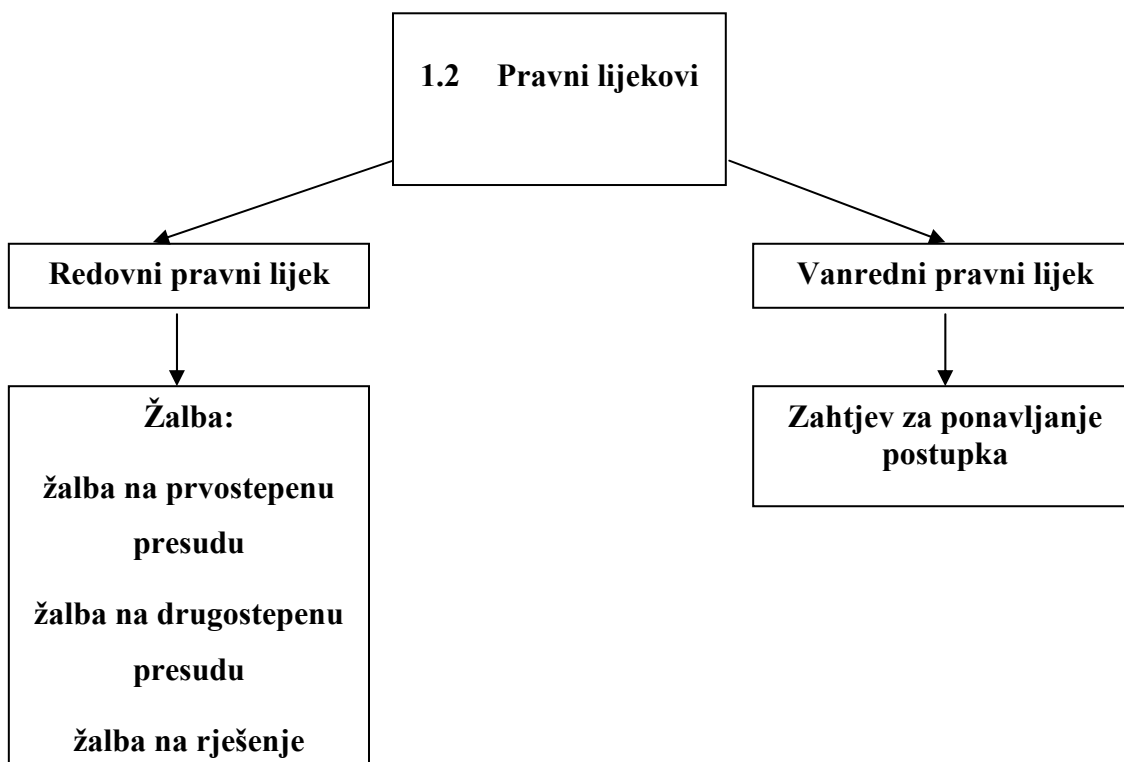
⁵ Dr. Mihajlo Ilić, «Krivično procesno pravo», drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, priredila dr. Hajrija Sijerčić – Čolić, Sarajevo 2001., str.252.

Remonstrativni je onaj pravni lijek koji može da riješi isti sud koji je donio pobijanu odluku. Jedini remonstrativni pravni lijek u našem procesnom sistemu je zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka.

Suspenzivni pravni lijek odlaže izvršenje pobijane odluke.

Nesuspenzivni pravni lijek ne odlaže izvršenje pobijane odluke suda. Pri tome treba naglasiti da postoji razlika u pogledu žalbe na presudu i žalbe protiv rješenja. Žalba protiv presude uvijek odlaže njeno izvršenje dok žalba protiv rješenja odlaže njegovo izvršenje ako u zakonu nije drugačije određeno.

Važeće krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini predviđa jedan redovni pravni lijek – **žalbu** i jedan vanredni pravni lijek – **zahtjev za ponavljanje krivičnog postupka**. Na taj način je došlo, u odnosu na ranija zakonska rješenja, do reduciranja vanrednih pravnih lijekova i do nemogućnosti podnošenja zahtjeva za zaštitu zakonitosti, kojeg je, prema prethodno važećem Zakonu o krivičnom postupku bilo moguće ulagati i koji je predstavljao često korišten način pobijanja pravosnažnih sudskih presuda.



PODMODUL I: REDOVNI PRAVNI LIJEKOVI

Relevantni propisi ⁶:

Glava XXIII, Odredbe čl. 292-323. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP BiH):

Glava XXIII, odredbe čl. 307 -339. Čl. 17. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP FBiH):

Glava XXIII čl. 298-331. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu: ZKP RS)

Glava XXIII, odredbe članova 292-323. Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP BD BiH)

SADRŽAJ PODMODULA 1:

U ovom podmodulu će u nekoliko poglavlja biti obrađen institut žalbe protiv prvostepene presude.

Poglavlje I obuhvata:

- pravo na žalbu i rok za podnošenje žalbe,
- osobe ovlaštene na podnošenje žalbe
- raspolaganje pravom na žalbu (odricanje i odustajanje od žalbe).
- sadržaj žalbe i otklanjanje nedostataka žalbe

Poglavlje II obuhvata:

- žalbeni osnovi (bitne povrede odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje)

Poglavlje III obuhvata:

- postupak po žalbi (uloga sudije izvjestioca, sjednica vijeća, odlučivanje u sjednici vijeća ili pretresu, granice ispitivanja presude, zabrana reformatio in peus, prošireno

⁶ U ovom modulu se vrši pozivanje na relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKPBiH), uz naznaku odgovarajuće odredbe u Zakonu o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZKPFBiH), Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (ZKPRS) i Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta (ZKPBD). Ukoliko su pojedine odredbe u navedenim procesnim zakonima razlikuju to će biti posebno naznačeno.

djelovanje žalbe, beneficium cohaesionis, odluke po žalbi, pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja)

Poglavlje IV obuhvata:

-Žalba na drugostepenu presudu (uslovi za podnošenje žalbe, postupak po žalbi)

U prethodnim modulima je već na više mjesta, kroz konkretnu analizu i prikaz pojedinih procesnih odredaba, ukazano koje su novine unesene u naše reformirano krivično procesno zakonodavstvo. Posebno su prikazani i kroz praktične primjere su analizirani novi procesnopravni instituti i pojedine, u odnosu na dosadašnja zakonska rješenja izmijenjene odredbe, koje su posljedica uvođenja elemenata adversarnog postupka. Upućujemo stoga na prethodne module koji se bliže time bave. Ukazano je takođe i na novine, koje su, kao rezultat uočene prakse, uvedene u cilju jačanja pravnog položaja stranaka i drugih učesnika krivičnog postupka, jačeg garantovanja principa zakonitosti i pravičnosti ali i na novine koje su unesene sa izričitim ciljem ostvarenja bržeg i efikasnijeg krivičnog postupka.

Novine koje su unesene u zakonske odredbe kojima su regulisani pravni lijekovi su takođe direktna ili indirektna posljedica sveukupnih novina proizašlih iz preuzetih elemenata adversarnosti krivičnoga postupka i zahtjeva efikasnijeg i bržeg okončanja krivičnog postupka, uz sve mjere zaštite prava stranaka i svih drugih učesnika postupka, naročito optuženog, u cilju donošenja zakonite i pravilne sudske odluke.

Te novine, kojima se obezbjeđuju pomenuti međunarodni standardi u zaštiti ljudskih prava i sloboda su:

- pravo na produženje roka za izjavljivanje žalbe na prvostepenu presude, ukoliko je strankama i branitelju potrebno duže vrijeme za pripremanje i sastavljanje žalbe
- reduciranje prava na žalbu oštećenog u dijelu u kojem može pobijati prvostepenu presudu samo zbog odluke suda o troškovima krivičnog postupka i odluke o imovinskopravnom zahtjevu (a ne i u odnosu na krivičnopravnu sankciju)
- obavezu drugostepenog suda da o sjednici vijeća uvijek obavijesti stranke i branioca, ako je žalba izjavljena protiv presude.
- obavezu suda da prvostepenu presudu ispituje samo u granicama žalbenih navoda podnosioca žalbe, na koji način žalilac određuje granice (okvir) konkretne sudske zaštite koju zahtijeva i očekuje od drugostepenog suda (vijeća apelacionog odjeljenja tog suda) koji će o njegovoj žalbi odlučivati. Ovim je uvedena potpuna dispozicija volje stranaka u pogledu toga šta smatraju pogrešnim ili nezakonitim u odluci na koju se žale i potpuna dispozicija u određivanju pravca i obima preispitivanja pobijane sudske odluke. Izuzeci od ovog principa predstavljaju princip beneficium cohaesionis i i princip proširenog dejstva žalbe izjavljene u

korist optuženog zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ili zbog povrede krivičnog zakona.

- obavezu drugostepenog suda, ukoliko uvaži žalbu podnosioca žalbe, da presudu ukine i odredi pretres pred tim sudom, odnosno vijećem apelacionog odjeljenja tog suda i sam okonča krivični postupak, bez mogućnosti vraćanja predmeta nižestepenom sudu na ponovno suđenje i odluku.
- pravo drugostepenog suda (vijeća apelacionog odjeljenja tog suda) da u obrazloženju rješenja, u dijelu kojim se ukida prvostepena presuda ili rješenje, navede samo kratke razloge za ukidanje.
- novine u pogledu određivanja uvjeta za podnošenje žalbe protiv presude suda koji rješava u drugom stepenu, pri čemu postoji različita zakonska regulativa u ZKP BiH, entiteskim zakonima međusobno, uključujući i Brčko Distrikt.

O svim ovim novinama, a naročito ukoliko su one sadržajno drugačije propisane u pojedinim važećim krivičnoprocesnim zakonima na području naše države, bit će u nastavku posebno ukazano.

1. ŽALBA PROTIV PRVOSTEPENE PRESUDE

- pravo na žalbu i rok za podnošenje žalbe,
- osobe ovlaštene na podnošenje žalbe
- raspolaganje pravom na žalbu (odricanje i odustajanje od žalbe).
- sadržaj žalbe i otklanjanje nedostataka žalbe

Redovni pravni lijek u krivičnom procesnom zakonodavstvu BiH je žalba na presudu ili rješenje.

Žalba protiv krivične presude prvostepenog suda je jedini potpuni i sveobuhvatni pravni lijek kojim se pobija pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja i iz njega izvedenih činjeničnih zaključaka i primjena prava.

Kako se zakonodavstva pojedinih zemalja razilaze po pitanju šta se sve u presudi ili rješenju može pobijati žalbom, time postoji i različitost u pogledu pravnih lijekova u pojedinim krivičnim postupcima. Tako zakonodavstva nekih država dopuštaju šire pobijanje presude, drugi ograničenije, a neka za poneke presude to čak i isključuju (npr. Pravni sistemi na području općeg prava, (zemlje koje pripadaju common law sistemu) ne predviđaju mogućnost izjavljivanja žalbe protiv liberatorne presude. Stoga, zbog razlika u sistemima postoje i razlike u nazivima pravnih lijekova u pojedinim postupcima: žalba, prigovor (potpuni, nepotpuni), kasacija, revizija.

Krivični procesni zakoni u BiH omogućavaju pobijanje, a time i preispitivanje prvostepene presude u pogledu svih nedostataka, dakle kako povrede odredaba krivičnog postupka, povrede materijalnog prava tako i zbog činjeničnog stanja te odluke o krivičnoj sankciji, oduzimanju imovinske koristi, troškovima krivičnog postupka, imovinsko pravnom zahtjevu kao i zbog odluke o objavljivanju presude putem javnog informisanja. To u potpunosti dokazuje da je žalba na presudu jedinstven i sveobuhvatan pravni lijek. Njome se ostvaruje pravo na djelotvoran nacionalni pravni lijek, što je u skladu sa zahtjevima koji proizilazi iz odredaba člana 13. i člana 6 (1) Evropske konvencije, kojom je garantovan pristup sudu.

Mada se radi o jednostavnoj i opštepoznatoj zakonskoj regulativi, koja je pretrpjela veoma male izmjene i novine u odnosu na ranija zakonska rješenja, značaj ovog dijela je u tome što se, ukoliko je uložena žalba na prvostepenu odluku, u ovoj prvoj fazi, od prvih koraka koje sudovi (i prvostepeni i drugostepeni) poduzimaju, ogledaju brzina i efikasnost sudova i stvara dojam kod stranaka i ostalih lica ovlaštenih na podnošenje žalbe da se ulaganjem žalbe, ostvaruju upravo oni efekti, koji i čine suštinu prava na žalbu (jačanje zakonitosti i kontrola rada nižih sudova).

1.1. Pravo na žalbu i rok za podnošenje žalbe

Odredbom članova 292. ZKPBiH, (član 307. ZKPFBiH, čl.298. stav 1 ZKPRS, čl. 292. ZKPBD) ustanovljeno je pravo na žalbu protiv presude donesene u prvom stepenu, koja se podnosi sudu koji je izrekao prvostepenu presudu u roku od 15 dana od dana dostavljanja prijepisa presude.

S obzirom na ustrojstvo redovnih sudova u Bosni i Hercegovini prema zakonima o redovnim sudovima kojima su propisane nadležnosti sudova žalba na presudu može se podnijeti protiv prvostepeni presuda općinskih i kantonalnih sudova u Federaciji BiH, osnovnih i okružnih sudova u Republici Srpskoj, presude osnovnog i Apelacionog suda Brčko Distrikta kao i protiv prvostepene presude Suda BiH.

Žalba protiv drugostepene presude različito je predviđena u našim krivičnim procesnim zakonima.

ZKP BiH uopšte ne predviđa pravo na žalbu protiv presude donesene u drugom stepenu.

Prema odredbi člana 333. ZKP FBiH protiv drugostepene presude dopuštena je žalba ako je drugostepeni sud preinačio presudu prvostepenog suda, kojim je optuženi oslobođen od optužbe i izrekao presudu kojom se optuženi oglašava krivim. Na isti način je pravo na žalbu protiv drugostepene presude predviđen odredbom člana 317. ZKP BD.

Odredba člana 324. ZKP RS propisuje da je pravo na žalbu protiv presude drugostepenog suda dozvoljena, pored slučaja koje predviđaju ZKPFBiH i ZKPBD i u slučaju ako je drugostepeni sud donio novu osuđujuću presudu, što znači da protiv svake osuđujuće presude prema ovom zakonu u RS, koja je donesena u drugom stepenu postoji pravo na žalbu.

Stupanjem na snagu Zakona o sudovima u FBiH⁷ Vrhovni sud FBiH je izgubio prvostepenu nadležnost u krivičnim stvarima tako da više ne postoji mogućnost ulaganja žalbe na prvostepenu presudu Vrhovnog suda FBiH.

Vrhovni sud Republike Srpske takođe nema prvostepenu sudsku nadležnost.

Pravo na žalbu protiv presude donesene u prvom stepenu podrazumijeva da se žalba može podnijeti protiv svake vrste sudske presude, kojom je okončan prvostepeni krivični postupak.

Rok za podnošenje žalbe na presudu je 15 dana, i taj rok, u redovnom postupku, prema svim važećim procesnim zakonima u Bosni i Hercegovini je isti. Propuštanjem da se žalba podnese u propisanom roku stranka, odnosno ovlašćeno lice, gubi pravo na žalbu.

⁷ Zakon o sudovima u FBiH (Službene novine F BiH br.38/05 od 04.07.2005. godine)

Prema ranijem zakonskom rješenju ovaj rok od 15 dana je bio prekluzivan i nije se mogao produžavati. Novina je da u složenim stvarima, na zahtjev stranaka i branitelja, sud ovaj rok može produžiti najduže za još 15 dana.

Ocjena složenosti prepuštena je sudu u svakom konkretnom slučaju. Do odluke suda o zahtjevu za produženje roka za žalbu zakonom ustanovljeni rok od 15 dana ne teče. To je propisano u stavu 3 navedene zakonske odredbe. To u praksi znači da stranka, koja iz nekih razloga ne može ili ne želi da uloži žalbu u roku od 15 dana, a takođe ne želi da propusti rok za žalbu, može samim podnošenjem zahtjeva «dobiti na vremenu» i praktično ostvariti isti efekat kao da je zahtjevu za produženje roka udovoljeno. Ukoliko sud prihvati zahtjev za produženje roka podnesen od strane jedne stranke u postupku, produženi rok tada vrijedi i za stranku koja takav zahtjev nije podnijela, čime se obezbjeđuje jednak procesni položaj svih stranaka u postupku.

U zakonu je određeno kome se dostavlja presuda radi izjave žalbe. Rok za izjavu žalbe se računa od dostave presude licima ovlaštenim na podnošenje žalbe.

Odredba člana 293. ZKP BiH (čl. 308. ZKP FBiH, čl. 299. ZKP RS, čl. 293. ZKP DB) propisuje da lica ovlaštena na podnošenje žalbe, odnosno da su subjekti žalbe stranke (optuženi i tužitelj), branitelj i oštećeni. Sva ova lica mogu izjaviti žalbu samo u okviru svog neposrednog pravnog interesa.

Rok za žalbu osoba koje mogu podnijeti žalbu u korist optuženog, takođe iznosi 15 dana, a računa se od dana kada je optuženi, ili njegov branitelj, primio prijepis (otpravak) presude, jer je ovo pravo izvedeno iz prava optuženog i zapravo su predstavnici istog interesa.

Blagovremeno podnesena žalba odlaže izvršenje presude. Na taj način se ostvaruje suspenzivnost ovog pravnog lijeka. Isto suspenzivno dejstvo postoji i za vrijeme dok teče rok za izjavljivanje žalbe, za vrijeme dok se ne donese odluka po žalbi, kao i za vrijeme dok presuda, donesena po žalbi, ne bude dostavljena stranki.

Propuštanje roka za žalbu, shodno stavu 4. naprijed navedenih zakonskih odredbi, ima za pravnu posljedicu odbacivanje žalbe kao neblagovremene i nastupanje njezine pravomoćnosti a time i izvršnosti presude. Neblagovremena i nedozvoljena žalba se odbacuje rješenjem, protiv kojeg je moguće podnijeti žalbu ako je rješenje donio sudija odnosno predsjednik vjeća prvostepenog suda, ali je presuda izvršna i ne čeka se da rješenje o odbačaju bude pravomoćno, jer samo blagovremena i dozvoljena žalba ima odložno dejstvo.

Institutom povraćaja u pređašnje stanje (*restitutio in integrum*) je omogućeno optuženom da pod uslovima propisanim zakonom uloži žalbu samo protiv određenih sudskih odluka i nakon što je istekao zakonski rok za izjavljivanje žalbe. Ovo pravo je rezervisano samo za optuženog i njime se ne mogu koristiti druga lica koja su ovlaštena na podnošenje žalbe u korist optuženog. Uslovi pod kojima se optuženi može koristiti tim pravom propisani su članom 160. ZKP BiH (čl. 174. ZKP FBiH, čl. 71. ZKP RS, čl. 160. ZKP BD).

«Optuženom koji iz opravdanih razloga propusti rok za izjavu žalbe na presudu ili na rješenje o primjeni mjere sigurnosti ili odgojne mjere ili o oduzimanju imovinske

koristi, Sud će dopustiti povraćaj u pređašnje stanje radi podnošenja žalbe ako u roku od osam dana od dana prestanka uzroka zbog kojega je propustio rok podnese molbu za povraćaj u pređašnje stanje i ako istodobno s molbom preda i žalbu.»

Ovom odredbom propisanom u stavu 1. određen je relativni rok od 8 dana, od prestanka razloga zbog kojeg je optuženi propustio žalbu podnijeti u zakonom propisanom roku od 15 dana. U tom roku od 8 dana se mora podnijeti molba za povraćaj u pređašnje stanje zajedno i sa samom žalbom. Rok za podnošenje molbe je prekluzivan.

PITANJE:

Da li bi uslov iz stava 1. bio održan i ukoliko optuženi u roku od 8 dana, od prestanka uzroka zbog kojeg žalbu nije u roku podnio, podnese molbu za povrat u pređašnje stanje zajedno sa zahtjevom za produženje roka za sastavljanje žalbe u smislu člana 292. stav 2. ZKP BiH. (produženje roka za sastavljanje žalbe u složenim stvarima).

Smatramo da bi, jer i u ovom slučaju vrijedi pravo optuženog da u slučaju složenosti predmeta zatraži produženje roka za sastav žalbe. Dakle, ukoliko bi optuženi podnio zahtjev za povrat u pređašnje stanje i zahtjev za produženje roka od 15 dana za sastav žalbe, smatramo da bi sudovi o ova dva zahtjeva trebala zajedno odlučiti, te ukoliko se optuženom dozvoli povrat u pređašnje stanje dozvoliti mu i duži rok za sastav žalbe.

Određivanjem da pravo na povrat u pređašnje stanje ima samo optuženi, a ne i osumnjičeni, znači da se to pravo ne može koristiti u toku istražnog postupka. Da je to zaista tako vidi se i po tome na koje odluke se može dopustiti povraćaj u pređašnje stanje (presude, rješenja o primjeni mjere sigurnosti ili odgojne mjere ili oduzimanju imovinske koristi).

Odredba člana 288. ZKP BiH (čl. 303. ZKP FBiH, čl. 294. ZKP RS, čl. 288. ZKP BD) obavezuje sudiju, odnosno predsjednika vijeća, da po objavljivanju presude, pouči optuženog i oštećenog o pravu na žalbu, kao i pravu na odgovor na žalbu, dok je u članu 289. st.4. ZKP BiH (čl. 304. st. 4. ZKP FBiH, čl. 295. st. 4 ZKP RS, čl. 289. st. 4. ZKP BD) propisana obaveza suda da optuženom i oštećenom dostavi i pouku o pravu na žalbu. Ova obaveza suda postoji i u odnosu na osobu čiji je predmet oduzet tom presudom, kao i prema pravnoj osobi kojoj je izrečeno oduzimanje imovinske koristi (stav 5. iste zakonske odredbe).

Pogrešna pouka o pravu na žalbu protiv presude (pogrešno označena dužina roka od 15 dana umjesto od 8 dana) ne može dovesti u pitanje blagovremenost žalbe koju je izjavio optuženi preko svog branioca unutar tog roka za žalbu.⁸

Pogrešno uneseno uputstvo da je žalba dozvoljena ne može konstituisati pravo optuženom da izjavi žalbu.⁹

Primjer: Iz rješenja Vrhovnog suda FBiH, broj Kž-580/03 od 23.12.2003. godine

«Uz navedeno treba istaknuti i to da je pouka o pravu na žalbu koja je data na kraju pobijanog rješenja od strane Kantonalnog suda u Sarajevu, pogrešna pravna pouka i kao takva za stranke ne može konstituirati jedno zakonsko pravo (pravo na žalbu) koje im prema odredbama ZKP FBiH ne pripada. Zbog toga takva pogrešna pravna pouka u konkretnom slučaju nema nikakav pravni učinak.»

Takođe pogrešna pouka suda o pravu na žalbu, koju je sadržavala pismeno izrađena presuda nakon čijeg objavljivanja su se stranke, u smisli člana (čl. 309. ZKP FBiH, član 305. ZKP RS, čl. 294 ZKP BD) odrekle prava na žalbu, ne uspostavlja ponovo pravo tih stranaka na žalbu.¹⁰

Uočeno je da ove odredbe u praksi ne izazivaju naročite teškoće u primjeni a postoji i niz objavljenih stajališta drugostepenih sudova u vezi sa pitanjem blagovremenosti i dozvoljenosti žalbe, kao i u vezi sa podnesenim zahtjevom za povraćaj u pređašnje strane zbog propuštanja roka za žalbu.

1.2. Pravo na žalbu u postupku u kojem je zaključen sporazum o priznanju krivnje

Uvođenjem **instituta pregovaranje o krivnji**, žalbeni postupak po presudi kojom se sporazum prihvata, ima niz specifičnosti koje su uvjetovane odredbom člana 231. stav 4. tačka d) ZKPBiH (čl. 246. stav 4. tačka c) ZKPFBiH, član 238. stav 4 tačka v) ZKP RS, čl. 231. stav 4. tačka c) ZKP BD) „**da optuženi razumije da ne može uložiti žalbu na krivičnopravnu sankciju koja će mu se izreći.**“

⁸ Odluka Vrhovnog suda FBiH broj: Kž- 269/97 od 4.9.1997. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH 2/97

⁹ Odluka Vrhovnog suda FBiH br. Kž:520/97 od 27.10.1997. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH 2/97

¹⁰ Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br.1/01

Stoga u okviru analiziranja odredaba koje propisuju pravo na žalbu je potrebno posebno analizirati pravo na žalbu protiv presude donesene na osnovu sporazuma o krivnji.

Institut sporazuma o krivnji posebno je obrađen u modulu 2.

Izjava o priznanju krivnje je procesna radnja kojom se efikasno završava krivični postupak bez provođenja dokaznog postupka. Nakon davanja izjave o priznanju krivnje prelazi se na postupak izricanja krivičnopravne sankcije. U anglosaksonskom pravu nisu predviđena ograničenja u primjeni ovog procesnog instituta s obzirom na vrstu i težinu krivičnog djela.

U zemljama kontinentalne pravne tradicije za teža krivična djela uvedena je sudska kontrola datog priznanja pri čemu sud cijeni dobrovoljnost davanja date izjave, potpunost izjave i da li je prikupljeni dokazni materijal istinit.

Prema našem zakonskom rješenju sudija provjerava da li je izjava data **dobrovoljno, svjesno i sa razumijevanjem i da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog.**

Dakle, predviđena je sudska kontrola priznanja krivnje, a ne postoje zakonska ograničenja primjene ovog instituta s obzirom na vrstu krivičnog djela.

Ukoliko sud nakon izvršenih navedenih provjera prihvati izjavu o priznanju krivice i izjavu unese u zapisnik, odmah određuje termin pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije.

Ovim je odluka suda o prihvatanju krivnje konačna i ne može na pretresu za izricanje sankcije biti preispitivana ili promijenjena, ali postoji mogućnost da optuženi do okončanja glavnog pretresa opozove izjavu o priznanju krivnje. Prema tome, takvu izjavu optuženi ne može opozvati u žalbenom postupku. Međutim, ukoliko dođe do ukidanja prvostepene presude, optuženi može na pretresu pred drugostepenim sudom do njegovog okončanja takođe opozvati izjavu o priznanju krivnje.

U početku, u primjeni ovog pravnog instituta se u praksi, kao sporno pokazalo pitanje ulaganja žalbe na ovakvu presudu i postupanje sudova nakon donošenja presude po prihvatanju sporazuma. To je naročito bio slučaj kada se, po prihvatanju sporazuma izričala zatvorska kazna, a optuženi se do tada nalazio u pritvoru. Nedoumica je nastala usljed razmišljanja sudija da optuženi priznaje krivnju, da pristaje na posljedice vezane za troškove krivičnog postupka i naknadu štete, te da na krivičnu sankciju svakako ne može izjaviti žalbu, pa su smatrali da je presuda postajala faktički pravnosnažna odmah po njenom izricanju.

Kao posljedica ovakvog razmišljanja i prakse, postoje mnoge presude koje uopšte ne sadrže pravnu pouku o žalbi (naprijed smo ukazali na obavezu suda da u pismeno izrađenoj presudi mora unijeti pouku o pravnom lijeku). Uočeno je na pojedinim presudama da je umjesto pouke o pravnom lijeku stavljana klauzula da je presuda u odluci o krivičnoj sankciji pravosnažna sa danom donošenja presude. Ovo je posebno uočljivo kod presuda kojima su izrečene zatvorske kazne u pritvorskim predmetima, gdje se pismeni otporak presude radio po objavi iste i optuženi odmah

upućivao na izdržavanje zatvorske kazne. Razlozi za ovakvu pogrešnu praksu pravdali su se potrebom da se optuženi, po izricanju kazne zatvora, ne pušta iz pritvora, jer postoji bojazan da će pobjeći i da je ukidanje pritvora bio jedan od motiva optuženom da zaključi sporazum. Takođe se, u prilog navedenom tumačenju, iznosilo da je danom presuđenja odluka o krivičnoj sankciji pravnosnažna i da stoga ne bi bilo mjesta primjeni člana 138. ZKP BiH. (čl.152. ZKP FBiH, čl.192. ZKPRS, čl.138. ZKP BD) kojim odredbama je regulisano određivanje pritvora nakon izricanja presude koja nije pravosnažna, i da je jedino rješenje izraditi pismeni opravak presude, presudu potom opravnosnažiti u odluci o krivičnoj sankciji i optuženog odmah uputiti na izdržavanje kazne. Ne treba posebno obrazlagati koliko je ovakvo pogrešno tumačenje u primjeni tegobno za sudije.

Naime, dosljedno tumačeći ovu zakonsku odredbu, kao i odredbe o redovnim pravnim lijekovima, jasno je da je i na presudu, koja se donese na osnovu prihvatanja sporazuma o priznanju krivnje, **dozvoljena žalba**. Zakonodavac izričito zabranjuje samo žalbu na odluku o krivično pravnoj sankciji, tj. iz žalbenog osnova propisanog članom 296. tačka d) ZKP BiH (čl.311. tačka d) ZKPFBiH, čl. 302. tačka g) ZKPRS, čl. 296. tačka d) ZKPBD), dok optuženi ima pravo da izjavi žalbu iz svih drugih žalbenih osnova.

Objavljivanjem Komentara zakona o krivičnom / kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini¹¹ (u daljnjem tekstu Komentar ZKP) ovakvo tumačenje da je i na presudu, koja se donese na osnovu prihvatanja sporazuma o priznanju krivnje, dozvoljena žalba je izričito dato, s tim što se u Komentaru ZKP navodi da «eventualno izjavljena žalba po drugim žalbenim osnovama praktično teško može uticati na promjenu odluke o glavnoj stvari (postojanje krivičnog djela, krivična odgovornost i krivičnopravna sankcija). Ovakav zaključak proizilazi iz činjenice da se optuženi odrekao prava na suđenje, a bez suđenja odnosno glavnog pretresa i dokaznog postupka kao njegovog ključnog dijela u pravilu nema bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, povrede krivičnog zakona ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Pored toga optuženi je potpuno priznao krivicu, krivična odgovornost je utvrđena prihvatanjem sporazuma, pa predmet preispitivanja više ne mogu biti činjenično stanje, pravna kvalifikacija krivičnog djela, uračunljivost i vinost optuženog. Ovo je najefikasniji način donošenja presude bez održavanja glavnog pretresa koja izricanjem krivičnopravne sankcije najčešće postaje pravosnažna.»

Pored istaknutih argumenata ima i onih da shodno odredbi člana 293. ZKP BiH, (čl. 308. ZKP FBiH, čl. 299. ZKP RS, čl. 293. ZKP BD) pravo žalbe na presudu imaju oštećeni, koji presudu može pobijati zbog odluke suda o troškovima krivičnog postupka i odluke o imovinsko pravnom zahtjevu, i osoba čiji je predmet oduzet ili od koje je oduzeta imovinska korist pribavljena krivičnim djelom. Dakle, na osnovu prednjeg

¹¹ Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić M., Jurčević M., Kaurinović D., Simović M.: *Komentari zakona o krivičnom /kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005

tumačenja bi presuda u odnosu na te ovlaštene subjekte ostalo samo deklarativno pravo na žalbu bez stvarne mogućnosti da se ona i uloži.

Takođe se u primjeni ovog krivičnog instituta kao sporno pitanje pojavilo i pitanje sudbine žalbe optuženog i odluke drugostepenog suda povodom takve žalbe, ukoliko se imaju u vidu svi elementi samog sporazuma o priznanju krivnje. Naime, **formalnopravno, presuda koja se donosi nakon prihvatanja sporazuma o priznanju krivnje nije pravosnažna, pa čak ni u odluci o krivičnopravnoj sankciji** (npr. u slučaju ukidanja presude zbog bitnih povreda određaba krivičnog postupka), **sve do isteka roka koji je zakonom propisan za ulaganje žalbe**, (izuzev naravno, ukoliko se optuženi odrekne prava na žalbu, koje odricanje pri tome mora biti dato u skladu sa članom 294. stav 1. ZKP BiH, (čl. 309. ZKP FBiH, čl. 300. ZKP RS i čl.294. ZKP BD). Ovo upućuje na zaključak da se i pitanje pritvora u ovakvim predmetima, nakon izricanja prvostepene presude, rješava po odredbama članova 138. ZKP BiH, (čl. 152. ZKP FBiH, čl. 195. ZKP RS, čl.138. ZKP BD)

Dakle, nema dilema da će u slučaju ulaganja žalbe iz bilo kojih žalbenih osnova, osim zbog odluke o krivičnoj sankciji, na ovakvu presudu biti primjenjene sve odredbe ZKP koje se odnose na žalbeni postupak. Ovakvo stanovište zastupljeno je u praksi sudova FBiH i RS dok suprotno stanovište (po kome je isključena mogućnost podnošenja žalbe na presudu donesenu na osnovu sporazuma o priznanju krivnje) proizilazi iz prakse Suda BiH.

«PROTIV PRESUDE DONESENE NA OSNOVU SPORAZUMA O PRIZNANJU KRIVNJE DOZVOLJENA JE ŽALBA IZ SVIH ŽALBENIH OSNOVA, OSIM ŽALBENOG OSNOVA ODLUKE O KAZNENOPRAVNIM SANKCIJAMA AKO JE OPTUŽENOM IZREČENA KAZNENOPRAVNA SANKCIJA PREDVIĐENA U TOM SPORAZUMU. ŽALBA JE DOPUŠTENA PROTIV TAKVE PRESUDE I IZ OSNOVA ODLUKE O KAZNENOPRAVNIM SANKCIJAMA AKO SU OPTUŽENOM PRESUDOM IZREČENE KAZNENOPRAVNE SANKCIJE KOJE NISU PREDVIĐENE U SPORAZUMU O PRIZNANJU KRIVNJE, UKLJUČUJUĆI I ODLUKU O KAZNI KOJA JE STROŽA ILI BLAŽA OD ONE PREDVIĐENE U SPORAZUMU.¹²»

Postavlja se pitanje **šta ako optuženi ili njegov branilac ipak ulože žalbu na odluku o krivičnopravnoj sankciji?**

U situaciji kada je prvostepeni sud prihvatio dogovor o sankciji iz sporazuma o priznanju krivnje, jedina moguća odluka drugostepenog suda je odbacivanje žalbe kao nedozvoljene. Šta ukoliko sud ne prihvati dogovor i izrekne strožiju ili blažu sankciju od dogovorene. Da li se na takvu odluku suda može dosljedno primijeniti odredba člana

¹² Iz Rješenja Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj Kž-251/05 od 07.06.2005. godine, stajalište objavljeno u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj1/05

231. stav 4. tačka c) ZKP BiH, (čl.246. st. 1. tačka c) ZKP FBiH, čl. 238. st.4. tačka v) ZKP RS, čl. 231. stav 4. tačka c) ZKP BD) i strankama i branitelju uskratiti pravo žalbe, jer je izrečena krivična sankcija na koju optuženi / tužilac nije pristao. Naime, zakonski uslov je da do sporazuma dođe dobrovoljno, svjesno i sa razumijevanjem. To obuhvata u sebi i razumijevanje krivičnopravne sankcije, kako po vrsti, tako i po visini odnosno trajanju, što je pak, neophodna pretpostavka zakonske odredbe da optuženi ne može ulagati žalbu po tom žalbenom osnovu.

Stoga je preovladavajuće mišljenja da drugostepeni sud u takvom slučaju mora meritorno odlučiti i o žalbi na krivičnopravnu sankciju, jer je prvostepeni sud izašao izvan zakonskog okvira u odlučivanju.

Naime, sud je vezan činjenicom da je prihvatio sporazum o priznanju krivnje a time i krivičnopravnu sankciju dogovorenu takvim sporazumom. Znači, obaveza drugostepenog suda bi bila da preinači odluku o krivičnoj sankciji i izrekne sankciju koja je (i po vrsti i visini) jednaka krivičnopravnoj sankciji navedenoj u sporazumu o priznanju krivnje.

Izuzetak od obaveze suda da se kod izricanja krivičnopravne sankcije, kreće u granicama dogovorene sankcije, postoji ukoliko sud utvrdi da je predložena sankcija suprotna odredbama člana 2. stav 1. ZKP BiH i člana 39. tačka d) KZ BiH. U tom slučaju bi sud bio dužan sporazum odbaciti.

U primjeni navedenih zakonskih odredbi otvoreno je bilo i pitanje položaja tužioca, kojeg zakon ne spominje u odredbi člana člana 231. stav 4. tačka (c) ZKP BiH (i naprijed pobrojanim identičnim odredbama važećih krivičnoprocesnih zakona). Međutim, poštujući princip jednakosti stranaka pred sudom (direktna primjena člana 6. Evropske konvencije), jasno je da ni tužilac ne može uložiti žalbu na odluku o krivičnoj sankciji, ali mišljenje je da se žalba mora dozvoliti i tužiocu, ukoliko je izrečena krivičnopravna sankcija drugačija od one koja je dogovorena sporazumom.

Da li je pak moguće, da u određenoj procesnoj situaciji, stranke steknu pravo na žalbu zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji i u slučaju da je izrečena sankcija u skladu sa sankcijom koja je predviđene sporazumom?

Da, to bi bilo moguće kao direktna primjena odredbe člana 55. KZ BiH, (čl. 56. KZ FBiH, čl. 43. KZ RS i čl. KZ BD), kojima se propisuje odmjeravanje kazne osuđenom licu, ako je predmet pobijanja jedinstvena kazna koja je izrečena na osnovu ranije osude po kojoj nije započelo izdržavanje kazne i krivičnopravne sankcije predviđene sporazumom.

1.3. Osobe ovlaštene na podnošenje žalbe

Član 293. ZKP BiH (308. ZKP FBiH; čl. 299.ZKP RS, čl. 293.ZKP BD) definiše subjekte žalbe. To su tužilac, optuženi, branitelj i oštećeni.

U korist optuženog žalbu mogu podnijeti zakonski zastupnik, bračni odnosno vanbračni drug optuženog, srodnik po krvi u pravoj liniji, usvojitelj, usvojenik, brat, sestra i

hranitelj. Rok za žalbu i u tom slučaju teče od dana kad je optuženom ili njegovom branitelju dostavljen prijepis presude.

Zakonom o izmjenama ZKP BiH, Zakona o izmjenama i dopunama ZKP FBiH, i Zakona o izmjenama i dopunama ZKP RS, ograničen je broj srodnika po krvi u pravoj liniji tako da u korist optuženog žalbu mogu izjaviti roditelj ili dijete i usvojitelj ili usvojenik. Ovo pravo više ne postoji za brata, sestru i hranitelja, kao ni za srodnike po krvi u pravoj liniji osim roditelja i djece.

Tužitelj može podnijeti žalbu kako na štetu tako i u korist optuženog.

Oštećeni može pobijati presudu samo zbog odluke suda o troškovima krivičnog postupka i odluke o imovinskopravnom zahtjevu.

Žalbu može podnijeti i osoba čiji je predmet oduzet ili od koje je oduzeta imovinska korist pribavljena krivičnim djelom.

Branitelj i osobe iz stava 2.ovog člana mogu podnijeti žalbu i bez naročitog ovlaštenja optuženog, ali ne i protiv njegove volje - osim ako je optuženom izrečena kazna dugotrajnog zatvora.

Naprijed je već spomenuto ko su ovlašćeni subjekti na podnošenje žalbe. Novina u ovoj zakonskoj odredbi, u odnosu na raniju je, da oštećeni može pobijati presudu samo zbog odluke suda o troškovima krivičnog postupka i odluke o imovinskopravnom zahtjevu. To znači da oštećeni nije više ovlašten na ulaganje žalbe zbog krivičnopravne sankcije.

Kada optuženi izjavi žalbe lično i preko svog branioca, ima se uzeti da su to žalbe jednog procesnog subjekta (optuženog), s obzirom, da se u obe žalbe kao podnosilac navodi optuženi. O svakoj žalbi se odlučuje posebno. Ako je ista odluka suda u pogledu obiju žalbi tada bi izreka presude glasila :

Primjer:

**

P R E S U D U

Žalbe optuženog A. A. se odbijaju i presuda Kantonalnog suda u Zenici broj Kž-100/05 od 10.10.2005. godine se potvrđuje.

Ukoliko su pak različite odluke suda u odnosu na te žalbe tada se o svakoj žalbi mora posebno odlučiti i izreka bi glasila napr. ovako.¹³:

¹³ Odluka Vrhovnog suda FBiH broj Kž:269/97 od 4.9.1997. godine, Bilten Vrhovnog suda FBiH 2/97

Primjer:

P R E S U D U

1. *Odbacuje se kao nedopuštena žalba optuženog A. A. od 16.10.2001. godine izjavljena protiv presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj K-65/01 od 12.09.2001. godine.*
2. *Odbija se kao neosnovana žalba optuženog A. A. i potvrđuje presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj K-65/01 od 12.09.2001. godine.*

Optuženi se može žaliti samo u vlastitu korist. Stoga se postavlja pitanje može li se optuženi žaliti i kada je donesena oslobađajuća presuda. Ovo pitanje se rješava shodno postojanju neposrednog pravnog interesa, koji mora na strani optuženog postojati. Očigledno je da se pravni interes optuženog može sasvim drugačije posmatrati ukoliko je oslobađajuća presuda donesena na osnovu činjeničnog osnova ili na temelju pravnog osnova, i da je u nekim situacijama pravni interes optuženog da bude oslobođen na osnovu činjeničnog osnova (član 299. st.1. tačka c) ZKP FBiH) (član 290. tačka (v) ZKP RS) – (nije dokazano da je optuženi počinio krivično djelo za koje je optužen), u odnosu na pravni osnov iz kojeg je proizašla oslobađajuća presuda (npr. da je postupao u nužnoj odbrani, i sl.)

Ukoliko je pak sud donio odbijajuću presudu zbog odustanka tužitelja od optužbe (član 298. st.1. tačka c) ZKP FBiH, član 289. tačka (v) ZKP RS) očigledno je nepostojanje pravnog interesa da se optuženi na takvu presudu žali. Takvu bi žalbu naravno prvostepeni sud odbacio kao nedozvoljenu.

Branitelj i lica iz člana 308. stav 2. ZKP FBiH, član 299. stav 2 ZKP RS mogu podnijeti žalbu i bez posebnog ovlaštenja optuženog, ali ne i protiv njegove volje, izuzev ako mu je izrečena kazna dugotrajnog zatvora. To pak znači da tužitelj može uvijek, i protiv volje optuženog izjaviti žalbu u njegovu korist, pošto ga odredba člana 308. st. 6. ZKP FBiH, član 299. stav 6 ZKP RS, ne ograničava u tom pravu.

1.4. Raspolaganje pravom na žalbu (odricanje i odustajanje od žalbe)

Relevantne zakonske odredbe član 294. ZKP BiH, (čl. 309. ZKP FBiH, čl. 300. ZKP RS i čl. 294. ZKP BD).

U navedenim odredbama je propisano kada se stranke mogu **odreći** žalbe a kada **odustati** od već izjavljene žalbe.

Optuženi se u redovnom postupku može odreći prava na žalbu samo nakon što mu je presuda dostavljena. To proizilazi iz stava 1. naprijed navedenih zakonskih odredaba. Dakle nije dovoljno da je presuda samo objavljena već da je sud izradio pismenu presudu i dostavio ju optuženom. Ovim se sprečava brzopleto i nepromišljeno reagovanje optuženog prije nego što se on upozna sa razlozima koji su prvostepeni sud

opredijelili za izricanje presude. Odricanje mora biti dato u vidu izričite izjave date na sudu (pismeno ili usmeno na zapisnik).

Iznimno je u stavu 2. iste zakonske odredbe propisano da se optuženi i prije dostavljanja, to znači nakon usmenog objavljivanja, a nikako prije toga, može odreći prava na žalbu, pod uslovom da se tužitelj prije toga odrekao prava na žalbu, ali ukoliko se pri tome ne radi o presudi po kojoj bi optuženi imao da izdržava kaznu zatvora. Prvi uvjet je ispunjen onda ako nakon izricanja presude tužitelj da izjavu da se odriče prava na žalbu, a drugi ako je optuženom izrečena novčana kazna, uvjetna osuda ili je oglašen krivim a oslobođen od kazne. Drugi uvjet je ispunjen i u slučaju ako je optuženom izrečena kazna zatvora čija dužina odgovara vremenu koje je optuženi proveo u pritvoru.

Tužitelj se može **odreći** prava na žalbu od trenutka objavljivanja presude pa do isteka roka za podnošenje žalbe

Nakon podnošenja žalbe a do odluke apelacionog vijeća / drugostepenog suda, i optuženi i tužitelj mogu **odustati** od već podnesene žalbe. Ukoliko je u ime optuženog žalbu podnio njegov branilac i potom obavijesti sud da povlači uloženu žalbu, neophodno je da se sa povlačenjem izričito saglasi i optuženi. Dovoljno je da se optuženi na podnesku branioca o povlačenju žalbe lično potpiše, što se smatra njegovom saglasnošću sa odustajanjem od žalbe.

Tada sud donosi odluku kojom se žalba odbacuje kao nedopuštena.

Odricanje i odustajanje od žalbe ne može se opozvati

PRIMJER: Iz presude Vrhovnog suda FBiH Kž-I-22/01 od 13.03.2002. godine

P R E S U D U

1.Odbacuje se kao nedopuštena žalba optuženog D.B. od 16.10.2001. godine izjavljena protiv presude Vrhovnog suda Federacije bosne i Hercegovine broj K-65/01 od 12.09.2001. godine

2.Odbija se kao neosnovana žalba optuženog D.B. i potvrđuje presude Vrhovnog suda Federacije bosne i Hercegovine broj K-65/01 od 12.09.2001. godine

Obrazloženje

Presudom Vrhovnog suda Federacije bosne i Hercegovine broj K-65/01 od 12.09.2001. godine optuženi D.B. je oglašen krivim, da je na način opisan u njenoj izreci učinio krivično djelo neovlaštene proizvodnje i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 252. stav 1. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (KZFBiH) za koje je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine u koju mu je na osnovu člana 48. KZFBiH uračunato vrijeme provedeno u pritvoru od 16.07. 2001. godine pa nadalje a uz to mu je na temelju člana 252. stav 4. u vezi sa članom 68. stav 1. KZFBiH oduzeta opojna droga, te je na osnovu člana 91. stav 3. ZKP oslobođen od plaćanja troškova krivičnog postupka.

Protiv navedene presude žalbe je izjavio optuženi preko svojih branilaca zbog povrede krivičnog zakona, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i odluke o kazni, sa prijedlozima da se ista preinači tako da bude oslobođen od optužbe ili da mu se izrekne uvjetna osuda ili pak kazna zatvora kraća od one na koju je osuđen.

Na sjednici vijeća održanoj u smislu člana 365. ZKP, zamjenik federalnog tužioca je predložio da se žalba optuženog odbije, dok je optuženi odustao od žalbe od 16.10.2001. godine, nakon čega su on i njegov branilac predložili da se uvaži žalba od 15.10.2001. godine.

S obzirom da je optuženi na sjednici vijeća izjavio da odustaje od žalbe od 6.10.2001. godine, ovaj sud je analognom primjenom odredbe člana 376. ZKP istu odbacio kao nedopuštenu.

1.5. Sadržaj žalbe

Odredbe člana 295. ZKP BiH (čl. 310. ZKP FBiH, čl. 301. ZKP RS, čl. 295. ZKP BD) propisuju da žalba treba sadržavati:

- označenje presude protiv koje se podnosi žalba (naziv suda, broj i datum presude),
- osnov za pobijanje presude,
- obrazloženje žalbe
- prijedlog da se pobijena presuda potpuno ili djelimično ukine ili preinači
- potpis osobe koja podnosi žalbu.

Na ovaj način su propisani sastojci žalbe da bi se ona smatrala urednom i pogodnom za ispitivanje i odlučivanje povodom nje. Sama formulacija, prema kojoj je upotrijebljen glagol «treba» upućuje da svi sastojci žalbe nisu obligatorni. Naime, zakon potom određuje koji su to sastojci žalbe, koji ne moraju u žalbi biti sadržani a da se žalba ipak, bez posljedica za žalitelja, može uzeti na razmatranje. U stavu (2) i (3) su

propisane posljedice i određen način kako će sud postupiti, ukoliko u žalbi nedostaje nekih od propisanih sastojaka. Iz tih odredaba proizilazi da su obligatorni sastojci žalbe **osnov za pobijanje presude, obrazloženje žalbe i potpis osobe** koja podnosi žalbu.

Ukoliko je žalbu podnio optuženi ili druga osoba iz člana 293. stav 2. ZKP BiH (čl.308. stav 2. ZKP FBiH, čl. 299. stav.2.ZKP RS, čl. 293. st.2. ZKP BD), a optuženi nema branitelja ili je žalbu podnio oštećeni koji nema punomoćnika, a žalba nije propisno sastavljena sud će ih pozvati da u određenom roku žalbu dopune.

Žalba određuje smjer i granice ispitivanja pobijane presude. Stoga ona mora biti osnov za suštinsko ispitivanje presude.

Svi procesni zakoni u BiH propisuju da vijeće apelacionog odjeljena/ drugostepeni sud ispituje presudu samo u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom. Time je položaj žalitelja daleko nepovoljniji u odnosu na ranije zakonsko određenje gdje je, (prema odredbi člana 370. ranijeg ZKP) drugostepeni sud po službenoj dužnosti bio dužan ispitati da li postoje određene, striktno pobrojane bitne povrede odredaba krivičnog postupka. Na taj način je zapravo bilo dovoljno uložiti žalbu, koja je potom bila osnov za ispitivanje i po službenoj dužnosti.

Žalba koja sadrži sastojke propisane u članu 295. ZKP BiH (čl.310. ZKP FBiH, član 301. ZKP RS, čl.295. ZKP BD) je valjana osnova za odlučivanje apelacionog vijeća odnosno višeg suda.

PITANJE:

Kako će postupiti prvostepeni sud ako je žalbu podnio optuženi ili druga osoba iz člana 293. stav 2. ZKP BiH (čl. 308. st. 2. ZKP FBiH, čl. 299. st. 2. ZKP RS, čl. 293. st. 2. ZKPBD) optuženi nema branitelja ili ako je žalbu podnio oštećeni koji nema punomoćnika, a žalba nije sastavljena u skladu s odredbama člana 295. st 1. ZKP BIH (čl.310. ZKP FBiH, čl. 301. ZKP RS, čl. 295. ZKP BD)

ODGOVOR:

Sud će pozvati žalitelja da u određenom roku dopuni žalbu pisanim podneskom ili usmeno na zapisniku kod suda. Ako žalitelj ne postupi po ovom pozivu sud će odbaciti žalbu ako ne sadrži podatak iz člana 295. stav 1. tačke b, c, i e) ZKP BIH, (čl. 310. st. 1. tačke b,v,d, ZKP FBiH, čl. 301. st.1. ZKP RS, čl. 295. stav 1. tačke b) c) i e) ZKP BD), a ako žalba ne sadrži podatak iz tačke a) odbacit će je ako se ne može utvrditi na koju se presudu odnosi.

Ako je žalba podnesena u korist optuženog, dostavit će se apelacionom odjeljenju / drugostepenom sudu ako se može utvrditi na koju se presudu odnosi, a odbacit će se ako se to ne može utvrditi.

PITANJE:

Kako će postupiti sud ako je žalbu podnio oštećeni koji ima punomoćnika ili tužitelj, a žalba ne sadrži podatak iz člana 295. stav 1. tačke b) c) i e) ZKP BiH (310.

stav 1. tačke b), c) i e) ZKP FBiH; čl. 301. stav 1. tačke b) v) i d) ZKP RS; čl. 295. stav 1. tačke b) c) i e) ZKP BD) ili ako žalba ne sadrži podatak iz stava 1. tačke a) navedenih odredaba, a ne može se utvrditi na koju se presudu odnosi?

ODGOVOR:

Žalbu će odbaciti.

Međutim, žalbu sa ovim nedostacima, koja je podnesena u korist optuženog koji ima branitelja, dostavit će apelacionom odjeljenju / drugostepenom sudu, ako je prvostepeni sud utvrdio na koju se presudu žalba odnosi, a odbacit će žalbu ukoliko to nije mogao utvrditi.

Vidljivo je da zakon različito tretira nedostatke žalbe u zavisnosti ko je podnosilac. Ukoliko su žalbu podnijeli optuženi lično, a nema branitelja, potom ovlaštene osobe za podnošenje žalbe u njegovu korist, ili oštećeni koji nema punomoćnika, sud će pozvati žalitelja i ostaviti mu rok da žalbu uredi ili dopuni, uz upozorenje o pravnim posljedicama u slučaju nepostupanja. Tada će sud, ukoliko žalba ne sadrži sastojke propisane u st. 1. tač. b), c) i e) ZKP FBiH (tačke (b), (v) i (d) ZKP RS) odbacit žalbu, kao i u slučaju da ne može identifikovati na koju se odluku žalba odnosi.

Ako su pak žalbu sa nedostacima iz stava 1. tačke b), c) i e) ZKP FBiH (tačke (b), (v) i (d) ZKP RS) podnijeli oštećeni, koji ima punomoćnika ili tužitelj, sud će žalbu odmah odbaciti kao neurednu. Očigledno je da ovakvom sadržinom zakon štiti neukog optuženog, odnosno lica koja u ime njega podnose žalbu, i oštećenog, dok te «tolerancije» nema prema tužitelju, odnosno optuženom koji ima branitelja, i oštećenom koji ima punomoćnika.

Analizirat ćemo sastojke žalbe:

a) oznaka presude protiv koje se žalba ulaže (naziv suda, broj i datum presude). Ovaj sastojak služi za identifikaciju ali može i izostati ukoliko je moguće utvrditi na koju se odluku žalitelj žali, što najčešće u praksi ne predstava problem.

b) osnov za pobijanje presude,

U smislu člana 295. stav 1. ZKP BIH (čl.310. ZKP FBiH, čl. 301. ZKP RS, čl. 295. ZKP BD), žalba mora da bude sastavljena tako da može poslužiti kao osnovica za ispitivanje presude. To između ostalog znači obavezu žalioaca da konkretizuje žalbene osnove iz kojih pobija presudu, jer se bez toga ne zna koji su njegovi žalbeni prigovori. Samo paušalno označavanje žalbenih osnova nije valjana osnova za ispitivanje žalbe.

Ovaj žalbeni sastojak će u nastavku biti predmet detaljne analize zakonskih odredaba kojima se taksativno nabrajaju žalbeni osnovi.

c) obrazloženje žalbe

Samo navođenje zakonskog osnova za pobijanje presude je nedovoljno ukoliko se ne dadnu razlozi za to. S obzirom na vezanost suda da presudu ispituje samo u okviru žalbenih navoda žalitelja, čine ovaj dio žalbe njezinim najznačajnijim sastojkom. Samo jasni i konkretno izneseni žalbeni navodi daju jasan i konkretan okvir vijeću apelacionog odjeljenja Suda / drugostepenom sudu, u ispitivanju pobijane presude. Ukoliko žalbeni navodi nisu podvedeni pod konkretni žalbeni osnov to ne predstavlja smetnju pri odlučivanju, dok samo navođenje žalbenog osnova, bez obrazloženja istog, sprečava apelaciono odjeljene/viši sud da žalbu ispita, s obzirom da se presuda ne ispituje po službenoj dužnosti. Kadkada se kao žalbeni osnov ističe jedan nedostatak a iz obrazloženje žalbe proizilazi drugi. Sud će prilikom ocjenjivanja žalbe odlučivati o onome šta suštinski iz obrazloženja žalbe proizilazi.

Ovo je vidljivo iz sljedećeg primjera:

«Prema navodima iz žalbe branilaca optuženog prvostepeni sud je počinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav.1. tačka k) ZKP FBiH time što nije dao razloge o tome zašto ne prihvata dio nalaza i mišljenja vještaka sudske medicine, u kojem je naveo da povrede utvrđene kod oštećenog B. K. ne mogu da potiču od nasilnog izvlačenja ruke iz lisice. Iz obrazloženja ovog žalbenog osnova međutim proizilazi da se iznošenjem tog dijela nalaza i mišljenja vještaka sudske medicine osporava pravilnost ocjene vjerodostojnosti čitavog iskaza svjedoka - oštećenog B. K., te da se tim navodima ustvari pobija pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja. Ovaj sud nalazi da taj dio nalaza i mišljenja vještaka sudske medicine, s obzirom na sve dokaze na osnovu kojih je sud utvrdio odlučne činjenice, koje se odnose na krivično djelo za koje je optuženi oglašen krivim, a o čemu je prvostepeni sud dao potpune i određene razloge, koje u cjelosti usvaja i ovaj sud, ne može dovesti u pitanje pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja.»¹⁴

d) prijedlog da se pobijana presuda potpuno ili djelimično ukine ili preinači,

je dio žalbe u kojem žalitelj navodi smjer u kojem predlaže donošenje odluke višeg suda (u korist ili na štetu optuženog), dio na koji se odnosi žalbeni prijedlog (činjenični opis, pravna ocjena ili odluka o krivičnoj sankciji) i način odlučivanja višeg suda (djelimično ili potpuno ukidanje prvostepene presude ili njezino preinačenje). Veoma često je, iz bez posebnog isticanja ovog prijedloga, iz sadržine žalbenih navoda i prigovora jasan i žalbeni prijedlog žalitelja.

¹⁴ Iz presude Vrhovnog suda F BiH broj Kž-223/03 od 30.10.2003. godine

Katkada je međutim formulacija žalbenog prijedloga takva da se može tumačiti na dva sasvim suprotna načina. To je slučaj napr. kada tužilac, koji ima pravo podnijeti žalbu kako na štetu tako i u korist optuženog, podnese žalbu na odluku o kazni sa žalbenim prijedlogom koji ovako glasi:

Zbog svega navedenog:

PREDLAŽEM:

Da Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine prihvati ovu žalbu, te presudu Kantonalnog suda u Bihaću br. K-27/04 ukine i vrati na ponovno suđenje, ili preinači pobijanu presudu i izrekne odgovarajuću kaznu zatvora optuženom F.S. primjerenu za učinjeno krivično djelo.

e) potpis osobe koja podnosi žalbu

je sastojak žalbe na osnovu kojeg sud utvrđuje legitimitet lica ovlaštenog na podnošenje žalbe kao i da li žalbu, ovlašćeni subjekt na podnošenje žalbe, podnosi lično ili putem branioca odnosno punomoćnika.

1.6. Podnošenje žalbe

Odredba člana 301. ZKP BIH (čl. 316. ZKP FBiH, čl. 307. ZKP RS, čl. 301. ZKP BD) propisuje obavezu žalitelja da žalbu dostavi prvostepenom sudu u dovoljnom broju primjeraka za sud, kao i za protivnu stranku i branitelja – radi davanja odgovora.

Mada po sistematici zakona ova odredba dolazi kasnije, čini nam se da je, u obrazlaganju opštih odredaba potrebno analizirati i ovu.

Žalba se uvijek podnosi sudu koji je izrekao prvostepenu presudu, mada to u samoj odredbi izričito ne stoji, ali proizilazi iz drugih odredaba. U slučaju da je žalba podnesena direktno drugostepenom sudu, on će je vratiti prvostepenom. Ukoliko optuženi ima više branilaca, dovoljno je da se žalba dostavi u jednom primjerku za sve branioce. Ukoliko je dostavljena žalba u nedovoljnom broju primjeraka, pozvat će se podnosilac da dostavi dovoljan broj primjeraka ili će se, na trošak žalitelja, žalba umnožiti.

Neblagovremenu (član 311. ZKP BIH, čl.326. ZKP FBiH, član 317. ZKP RS, čl. 326. ZKP BD), nedopuštenu (član 312. ZKP BIH, član 327. ZKP FBiH, član 318. ZKP RS, čl. 327. ZKP BD) i žalbu izjavljenu od neovlaštene osobe (čl. 293. ZKP BIH, 308 ZKP FBiH, čl. 308. ZPB BD, čl. 299. ZKP RS) odbacit će rješenjem sudija, odnosno predsjednik vijeća prvostepenog suda.

Dakle, nakon prijema žalbe sudija, odnosno predsjednik vijeća mora da utvrdi da li je žalba blagovremena, dopuštena, te da li je podnesena od strane lica koja su ovlaštena na podnošenje žalbe. U protivnom dužan je odbaciti ju rješenjem. Protiv ovog rješenja dozvoljena je žalba. U slučaju pak da je to propustio uraditi sudija odnosno predsjednik prvostepenog suda, te spis zajedno sa žalbom dostavi vijeću apelacionog odjeljenja / drugostepenom sudu, to će isto biti dužno učiniti vjeće apelacionog odjeljenja odnosno drugostepeni sud. U tom slučaju je isključena mogućnost ulaganja žalbe na takvo rješenje. Rješenje se može donijeti bez obavještavanja stranaka i branioca o sjednici vjeća (član 304. stav 7. ZKP BiH, član 319. stav 7. ZKP FBiH, član 310. stav 7. ZKP RS, čl. 319. stav 7. ZKP BD)

Odredbom člana 312. ZKP BiH, (čl. 327. ZKP FBiH, čl. 318. ZKP RS, čl. 327. ZKP BD), je precizirano kada se smatra da je žalba nedopuštena. To je u slučaju da je podnesena od strane osobe koja nije ovlaštena na ulaganje žalbe ili ukoliko se podnosilac žalbe prethodno odrekao prava na žalbu, ili je odustao od žalbe, ili je nakon odustajanja žalba ponovno dostavljena ili ukoliko po zakonu žalba nije dopuštena.

PRIMJER: Rješenje o odbacivanju nedopuštene žalbe

R J E Š E N J E

Žalba branioca osumnjičenog A. A. izjavljena u odnosu na tačku 1. rješenja Kantonalnog suda u Zenici broj Kri-xx od xx godine odbacuje se kao nedozvoljena.

O b r a z l o ž e n j e

Nakon što je ispitaio pobijano rješenje, ovaj sud je utvrdio da je, žalba branioca osumnjičenog A.A, izjavljena u odnosu na tački 1. pobijanog rješenja nedozvoljena, usprkos suprotno datoj pouci o pravu na žalbu ovom sudu, jer pogrešna pravna pouka o pravu na pravni lijek ne konstituše pravo na isti.

Iz stanja spisa proizilazi, na šta i branilac osumnjičenog A. A. ukazuje, da je na prijedlog Kantonalnog suda u Sarajevu, rješenjem Vrhovnog suda F BiH broj Kr-59/03 od 16.05.2003. godine, u predmetu protiv osumnjičenih A.A. i B.B. za daljnje postupanje određen Kantonalni sud u Zenici. Razlog za delegiranje mjesne nadležnosti sa Kantonalnog suda u Sarajevu na Kantonalni sud u Zenici, u smislu odredbe člana 31. stav 2. ranijeg Zakona o krivičnom postupku (ZKP) je po ocjeni ovog suda bila činjenica što je jedan od osumnjičenih A. K. u to vrijeme bio sudija Kantonalnog suda u Sarajevu.

Takođe je iz stanja spisa vidljivo da je predmetni postupak još u fazi istrage, što znači da se prema odredbi člana 452. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, koji je na snagu stupio 1.8.2004. godine, na daljnji postupak ima primjenjivati taj zakon, koji u članu 334. stav 2. propisuje da protiv rješenja vijeća donesenog u toku istrage nije dopuštena žalba, osim ako tim zakonom nije drugačije

određeno. Kako se radi o rješenju vijeća Kantonalnog suda u Zenici donesenom u toku istrage, to dakle žalba protiv takvog rješenja nije dozvoljena.

Osim toga, predmet odlučivanja vijeća Kantonalnog suda u Zenici je pozivanje osumnjičenih A.A. i B.B. na pravo na imunitet. Prema odredbi člana 2. Pravilnika o nadležnosti i načinu rada sudova prilikom rješavanja pitanja imuniteta u krivičnom i parničnom postupku, za odlučivanje o pravu na imunitet, nadležan je onaj sud koji je stvarno i mjesno nadležan da vodi krivični odnosno parnični postupak, a protiv odluke vijeća dozvoljena je žalba Ustavnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine. Kako je navedenom odredbom propisana i stvarna i funkcionalna nadležnost suda, koji odlučuje o pravu na imunitet, kao i nadležnost Ustavnog suda FBiH da odlučuje o žalbi protiv odluke koju taj sud u tom postupku donese, to ni iz navedene odredbe ne proizilazi bilo kakva nadležnost ovog suda da odlučuje o žalbi na odluku toga vijeća.

Stoga je na osnovu člana 327. ZKP FBiH valjalo žalbu branioca osumnjičenog A.A. odbaciti kao nedozvoljenu i odlučiti kao u izreci rješenja.

Jedan od kriterija za ocjenu dopuštenosti žalbe je i **postojanje pravnog interesa žalitelja da žalbu uloži**. U tom smislu bi se, kao nedopuštena, odbacila žalba optuženog u dijelu gdje se on žali da mu uz kaznu zatvora nije izrečena i mjera sigurnosti. Optuženi nema pravnog interesa da se u tom pravcu žali, jer izricanje bilo koje krivičnopravne sankcije, pa i mjere sigurnosti predstavlja primjenu pravne prinude na optuženog. Stoga je Vrhovni sud FBiH u presudi broj Kž-281/05 od 22.06.2005. godine ocijenio kao nedopušten dio žalbe optuženog da mu je prvostepeni sud trebao izreći mjeru sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja iz člana 74. KZ FBiH, jer da su za to bili ispunjeni uvjeti, onda žalba u tom dijelu nije izjavljena u njegovu korist, već naprotiv na štetu optuženog.

1.7. Iznošenje u žalbi novih činjenica i dokaza - *beneficium novorum*

U okviru iste zakonske odredbe, koja propisuje sadržaj žalbe, u stavu (4) je propisano da se u žalbi mogu iznositi nove činjenice i novi dokazi koji, i pored dužne pažnje i opreza, nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu. Žalitelj je dužan navesti razloge zašto ih ranije nije iznio. Pozivajući se na nove činjenice, žalitelj je dužan navesti dokaze kojima bi se te činjenice imale dokazati, a pozivajući se na nove dokaze – dužan je navesti činjenice koje pomoću tih dokaza želi dokazati. To je tzv. ***beneficium novorum***. Dakle, radi se o novim činjenicama i novim dokazima, koji se po prvi put prezentuju odnosno najavljuju u žalbi. U oba slučaja je obaveza žalitelja da navede razloge zašto oni, i pored dužne pažnje i opreza, nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu, odnosno zašto ih žalilac nije ranije iznio. Takođe je žalitelj dužan da navede dokaze kojima bi se te nove činjenice imale dokazati, odnosno, ukoliko se poziva na ove dokaze, mora navesti koje činjenice pomoći tih dokaza želi dokazati.

Međutim, vidljivo je da zakon ne određuje postupanje suda ukoliko žalitelj u žalbi ponudi nove dokaze ili ukaže na nove činjenice a pri tome ne obrazloži zašto ih nije ranije prezentirao sudu. Da li će sud, ukoliko je to jedini žalben osnov (pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje) i jedini žalbeni navod, takvu žalbu odbaciti kao neurednu? Praksa je pokazala da su sudovi i u takvim slučajevima takvu žalbu razmatrali i da nisu koristili ovlašćenja da žalbu odbace. Ovo prvenstveno iz razloga što su nove činjenice i novi dokazi osnov za podnošenje zahtjeva za ponavljanje pravosnažno okončanog krivičnog postupka, odnosno ulaganje vanrednog pravnog lijeka, tako da bi se odbacivanje žalbe u takvom slučaju često ukazivalo kao nesvrshodno.

Ipak, opreznost suda u tom smislu je neophodna, jer je «čuvanje» novih činjenica i novih dokaza katkada taktika, upravljena na odugovlačenje postupka. Svjesno zatajivanje relevantnog dokaza je neprihvatljivo sa stajališta profesionalnog, zakonitog i fer postupanja, ali je ono u praksi prisutno. U konačnici, međutim, može voditi zloupotrebi prava u širem smislu. Naime, duže trajanje krivičnog postupka stvara veću mogućnost nastupanja zastarjelosti krivičnog postupka, što sudovi moraju imati u vidu. Takođe duži protek vremena od počinjenja djela do vremena presuđenja može da ima efekat na izbor vrste i visine kazne. «Takođe se takva «procesna taktika» žalitelja može ogledati u očekivanju da, do odlučivanja o žalbi, odnosno do ponovnog suđenja, nestanu ili da izgube dokaznu moć činjenice i dokazi (očekivana smrt bolesna svjedoka, nestanak tragova na licu mjesta, ili na oštećenikovu tijelu i sl.) koji su mogli na prijašnjoj glavnoj rapravi uspješno poslužiti kao protudokaz činjenicama i dokazima što ih stranka iznosi tek u žalbi da ih je iznijela još na toj raspravi. Dalje, takvom «taktikom» može se stranka koristiti da bi protivnika (koji je uvjeren, da prema rezultatu provedenih dokaza i utvrđenim činjenicama, njegova žalba ne može nikako uspjeti) navela da propusti sa svoje strane podnijeti žalbu, pa da ga iznenadi i zaskoči novim činjenicama i dokazima što ih iznese tek u žalbi i kojima se on više ne može uspješno suprotstaviti u odgovoru na žalbu».

Naprijed navedene situacije (a ima ih sasvim sigurno još) treba imati u vidu i u tom kontekstu i tumačiti ratio legis navedenih ograničenja, jer se njima želi održati procesna disciplina i spriječiti procesne zloupotrebe.

Zloupotreba ovog procesnog prava se, u svakom slučaju može desiti samo onda kada je stranka u postupku znala za te činjenice ili dokaze – *noviter relata*, a ne i u slučaju kada se radi o novootkrivenim činjenicama i dokazima *noviter reperta*.

2. ŽALBENI OSNOVI

Odredba člana 296. ZKP BIH (čl.311. ZKP FBiH, član 302. ZKP RS, čl. 296. ZKPBD) propisuje da se presuda može pobijati iz sljedećih žalbenih osnova:

- a) zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka
- b) zbog povrede krivičnog zakona
- c) zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja
- d) zbog odluke o krivičnopravnim sankcijama, oduzimanju imovinske koristi, troškovima krivičnog postupka, imovinskopravnom zahtjevu, kao i zbog odluke o objavljivanju presude putem sredstava javnog informisanja.

Ovom odredbom žalbi je dato svojstvo potpunog pravnog lijeka. Osnove za pobijanje presude, obrazložene konkretnim žalbenim navodima, čine najvažniji, ali i najsloženiji i najosjetljiviji, sastojak žalbe, a time ujedno i osnovni predmet odlučivanja vijeća apelacionog odjeljenja / drugostepenog suda. Od njihovog pravilnog i obrazloženog isticanja u žalbi zavisit će i ishod žalbe.

Žalbeni osnovi, prema važećim procesnim zakonima u BiH u potpunosti određuju granice ispitivanja pobijane presude i određuju pravac i sadržaj odluke višeg suda.

To proizilazi iz odredaba člana 306. ZKP BIH, (čl. 321. ZKP FBiH, čl. 312. ZKP RS i čl 306. ZKP BD), koje propisuju *da je vijeće apelacionog odjeljenja ovlašćeno ispitivati presudu (samo) u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom*. Od žalitelja isključivo zavisi koje će žalbene osnove istaći, tako da u žalbenom postupku vlada potpuna dispozicija stranaka. Ne postoji mogućnost ispitivanja prvostepene presude povodom izjavljene žalbe a po službenoj dužnosti, kao što je to u našoj dosadašnjoj pravnoj tradiciji bilo moguće. Postoje argumenti i za i protiv ovakvog zakonskog rješenja. U praksi se oni već prepoznaju. Čini se da bi glavna zamjerka ovakvom zakonskom rješenju mogla biti sadržana u konstataciji da «loša žalba potvrđuje lošu presudu», o čemu se naravno da diskutovati.

Razlozi za pobijanje presude mogu se odnositi na njezine pravne ili činjenične nedostatke. Međutim i kada je pravni nedostatak u pitanju on je u suštini oslonjen na činjenično pitanje. Međutim, bez jasnog definisanja šta je pravo (pravno pitanje) a što je činjenica (činjenično pitanje) ne mogu se pravilno niti primjenjivati niti tumačiti zakonske odredbe vezane za žalbu i žalbene osnove. Ovo pravilno razumijevanje je podjednako važno kako za sudije, tako i za tužioce i braniocce, odnosno žalioce uopšte. Analizirajući pravnu teoriju može se zapaziti da neki pravni teoretičari podrazumijevaju da ovim pojmovima nije potrebno davati nikava objašnjenja, jer je razlikovanje pravnog od činjeničnog pitanja nešto po sebi razumljivo. Neki pak pravni teoretičari smatraju da se opšte pravilo za razlikovanje pravnog od činjeničnog ne može postaviti i da je to stvar svakog konkretnog slučaja. Treći međutim ističu da je njihovo definisanje i razgraničenje vrlo teško napraviti, jer ima slučajeva da se pravno od činjeničnog uopšte i ne razlikuje (questiones mixtae). Ovo razlikovanje nije samo svojstveno u

krivičnopравnim već i u građanskopravnim stvarima. U praksi je zapravo vidljivo da je to prepušteno sucima u rješavanju konkretnih pitanja.

Ovo razlikovanje je, međutim, prvenstveno važno zbog toga što vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud, u sjednici vijeća može izmijeniti rješenje pravnog pitanja na koje pravilno ukazuje žalba ali ne i činjeničnog pitanja. Ako nađe da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno iz razloga koji se navode u žalbi mora ukinuti presudu, otvoriti pretres i ponovno suditi. Drugostepena rasprava se određuje samo zbog drugačijeg rješenja činjeničnog pitanja i samo se na temelju nove rasprave ono može drugačije riješiti.

Rješavajući pravni spor sudovi utvrđuju određene odlučne činjenice (činjenično stanje) i na tako utvrđeno činjenično stanje primjenjuju određeno pravno pravilo (pravnu normu). Na taj način sudovi prvo rješavaju činjenično a potom pravno pitanje. Prilikom isticanja u žalbi nekog pravnog nedostatka i pri ispitivanju istog od strane vijeća apelacionog odjeljenja / drugostepenog suda, uvijek se mora poći od određene činjenične osnove. To znači da se određeni pravni nedostatak ne može pobijati a da se prethodno nije načisto da li je činjenično stanje, na koje je primjenjeno pravo, pravilno utvrđeno. Žalitelj mora jasno razgraničiti je li do nedostatka došlo usljed pogrešne primjene zakona na pravilno utvrđeno činjenično stanje ili je na nepravilno utvrđeno činjenično stanje pravilno primjenjen zakon. Ovo mora razgraničiti i apelaciono vijeće / drugostepeni sud kada ispituje nedostatke presude.

Naravno, naprijed navedeno vrijedi pod uslovom da u presudi, koja se žalbom napada, nije počinjena neka od bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, na koju se u žalbi ukazuje. Ukoliko žalba i to ističe, tada je vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud dužan prvo ispititi te žalbene navode, pa ako utvrdi da su oni osnovano istaknuti, neće se moći ni upuštati u ocjenu činjeničnog i pravnog pitanja.

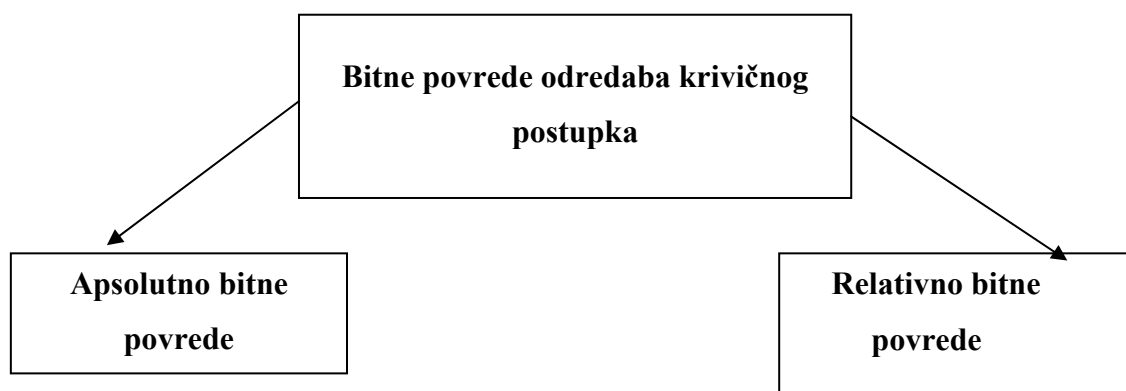
Dakle, prvo što je predmet ispitivanja po žalbi, koja to ukazuje, odnosi se na postojanje bitnih povreda odredaba krivičnog postupka.

2.1. Bitne povrede odredaba krivičnog postupka

Procesnim odredbama se uređuje način vođenja postupka i to način postupanja sudova, u cilju jednakog tretiranja svakog pojedinog slučaja i osiguranja njegove objektivnosti. Takođe se procesnim odredbama određuju prava i dužnosti stranaka, i ostalih učesnika postupka, u cilju izricanja zakonite i pravične presude. Nepoštivanje procesnih odredaba može izazvati dojam sudijske samovolje ili pak dovesti do ograničenja u pravima stranaka i učesnika postupka a što u konačnici izaziva sumnju u ispravnost presude. Stoga nepoštivanje procesnih formi zakon tretira kao bitne povrede odredaba krivičnog postupka. One imaju za posljedicu ništavost provedenog postupka te ukidanje izrečene presude na osnovu takvog postupka.

S obzirom na težinu i značaj počinjenih povreda postupka, zakon pravi razliku na one povrede, koje, ako se utvrdi da postoje, stvaraju neoborivu prepostavku da su one negativno uticale na valjanost izrečene presude, i povrede kod kojih se, u svakom konkretnom slučaju ostavlja na ocjenu sudu da li je ustanovljena povreda postupka imala ili mogla imati negativan uticaj na valjanost presude.

Dakle, u zavisnosti od toga kakav je njihov uticaj na valjanost sudske odluke ove povrede se dijele na **apsolutno bitne i relativno bitne povrede postupka**



Kada vijeće apelacionog odjeljenja / viši sud, ustanovi postojanje apsolutno bitne povrede krivičnog postupka, on tada ne ulazi ni u kakvo ocjenjivanje njezinog uticaja na konkretnu sudsku odluku, jer samo njihovo postojanje iziskuje da se izrečena presuda ukine (osim u slučajevima povrede iz člana 297. ZKP BiH (čl. 312. stav 1. tačka (f) i (j) ZKP FBiH, član 303. stav 1 ZKP RS, čl. 312. st. 1. ZKP BD), kada zakon dozvoljava da se presuda može preinačiti.

Apsolutno bitne povrede krivičnog postupka pobrojane su taksativno u odredbi člana 297. ZKP BiH (čl. 312. stav 1. ZKP FBiH, član 303. stav 1 ZKP RS, čl. 297. st. 1. ZKP BD) i postoje:

- a) ako je sud bio nepropisno sastavljen ili ako je u izricanju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnom pretresu ili koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja.
- b) ako je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti
- c) ako je glavni pretres održan bez bez osobe čija je prisutnost na glavnom pretresu po zakonu obavezna ili ako je optuženom, branitelju ili oštećenom protivno njegovom zahtjevu, uskraćeno da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik i da na svom jeziku prati tok glavnog pretresa,
- d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu
- e) ako je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnom pretresu

- f) ako je sud povrijedio propise krivičnog postupka o postojanju odobrenja nadležnog organa,
- g) ako je sud donio presudu, a nije bio stvarno nadležan, ili ako je nepravilno odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti
- h) ako sud svojom presudom nije potpuno riješio predmet optužbe
- i) ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda
- j) ako je optužba prekoračena
- k) ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama.

Apsolutno bitna povreda postupka je osnov za ukidanje pobijane presude ukoliko je ta povreda postupka učinjena u toku glavne rasprave ili je počinjena u samoj presudi.

Međutim, kada viši sud ustanovi postojanje relativno bitne povrede postupka, on prethodno mora ocijeniti je li ona u konkretnom slučaju uticala ili mogla uticati na zakonito i pravilno donošenje presude i tek ako ustanovi takvu uzročnu vezu između počinjene povrede i pobijane presudu, ukinut će presudu.

Relativne povrede nisu, kao apsolutne, u zakonu taksativno nabrojane. Prema 297. ZKP BiH (čl. 312. stav 1. ZKP FBiH, član 303. stav 1 ZKP RS, čl. 312. st. 1. ZKP BD) bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako sud za vrijeme pripremanja glavnog pretresa ili u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primjenio ili je nepravilno primjenio koju odredbu ovog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

Relativno bitne povrede mogu biti počinjene na glavnom pretresu, u samoj presudi ali i u fazi pripremanja glavnog pretresa. To je izričito i naglašeno u stavu 2. navedene zakonske odredbe.

U nastavku ćemo analizirati koje su sve procesne radnje ili situacije, koje su suprotne pravilima postupka koje je, krivičnoprocesnim normama «nametnuto» kao obavezno za sud i čije nepoštivanje ili kršenje ima za posljedicu pravnu nevaljanost tako poduzetih radnji a time i apsolutnu nevaljanost donesene sudske odluke.

- a) **ako je sud bio nepropisno sastavljen ili ako je u izricanju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnom pretresu ili koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja.**

Član 24. ZKP BiH; (čl. 25 ZKP FBiH, čl. 24. ZKP RS, čl. 23. ZKP BD) propisuje u kojim slučajevima sudi sud i u kakvom sastavu (stvarna nadležnost i sastav suda). U svakom slučaju kada sastav suda ne odgovara onom kojeg određuje navedena

zakonska odredba, postoji bitna povreda opredreba krivičnog postupka, zbog koje se presuda mora ukinuti. Ovo se u praksi često dešavalo kada tužilac, na glavnom pretresu, koji se vodi pred jednim sudijom, izmijeni optužnicu u činjeničnom pogledu, tako da to čini obilježje bića krivičnog djela, za koje je propisana kazna zatvora veća od 5 godina. Izmjena pravne kvalifikacije povlači za sobom obavezu da u tom predmetu sudi sud u sastavu od trojice sudaca, kao što je to određeno članom 24. ZKP BiH; (čl. 25 ZKP FBiH, čl. 24. ZKP RS, čl. 23. ZKP BD). Ukoliko bi pak, postupak nastavio da vodi sudija pojedinac a ne vijeće od troje sudija, načinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka propisana u u tački a) navedene zakonske odredbe.

Međutim, kada postupak vodi sud u jačem sastavu od zakonom propisanog sastava, mada se i tada radi o nepropisno sastavljenom sudu, to ne povlači ovu povredu postupka, kao što je to obrnuto slučaj, jer je jači sastav suda u suštini jača garancija pravne zaštite, a ratio legis navedene odredbe je upravo da se obezbijedi zakonom dovoljna pravna zaštita.

Povreda iz tačke a) postoji i u slučaju ako je u izricanju presude učestvovao sudija koji nije neprekidno ili uopšte učestvovao na glavnom pretresu. Potreba samo privremenog izlaska sudije sa glavnog pretresa dovodi do obaveze njezinog prekida, i po povratku sudije na glavni pretres isti se jednostavno nastavlja. Racionalno je, ukoliko je u izgledu da će glavni pretres duže trajati da se obezbijedi se dopunski sudija. Na ovaj način se onemogućava, da u slučaju nemogućnosti nekog od sudija - članova vijeća da do kraja prisustvuje na glavnom pretresu, da glavni pretres mora početi ispočetka. Taj dopunski sudija takođe mora neprekidno prisustvovati na glavnom pretresu, jer jedino pod tim uslovom on može učestvovati pri izricanju presude.

Naši krivičnoprocesni zakoni ne dozvoljavaju dakle, da se stranke, zapravo prvenstveno optuženi, saglase sa tim da postupak nastavi drugi sudija a da se isti sa, do tada provedenim dokazima i sadržajem izvedenih radnji, upozna posredno tj. uvidom u spis i čitanjem dokaza, a što je prema Pravilniku o postupku i dokazima Haškog tribunala moguće. To je vidljivo iz sljedećeg primjera:

Primjer:

Iz Prakse Međunarodnog krivičnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (Međunarodni sud) :

U predmetu koji se vodi pred Međunarodnim sudom protiv M. K., jedan od sudećih sudija je najavio povlačenje iz navedenog predmeta. Predsjedavajući sudija je pozvao optuženog da se u skladu sa pravilima postupka (pravilo 15 bis (C) Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda) izjasni da li pristaje na nastavak postupka s novim sudijom. Odbrana se usprotivila nastavku postupka pred novim sudijom tražeći da postupak počne ispočetka. Kao obrazloženje su naveli da, «imajući u vidu težinu optužbi protiv ovog optuženog, optuženi treba biti uvjeren, ako je to uopšte moguće, da će, kada glavni pretres u njegovom predmetu počne, sva trojica sudija biti u mogućnosti da saslušaju i u, odgovarajućoj mjeri, pročitaju sav dokazni materijal tokom cijelog postupka i pod jednakim uslovima» Interesi pravde i imperativ pravičnog suđenja nalažu, tvrdi odbrana, da načelo usmenog svjedočenja treba poštovati i da sudijama

treba dati mogućnost da vide i čuju sve bitne svjedoke u sudnici kako bi ocijenili njihovo držanje i kredibilitet. Sve kompromise u vezi sa tim treba svesti na najmanju moguću mjeru.»

Ukoliko je u izricanju presude učestvovao sudija koji je prethodno pravomoćno izuzet, tada bi takođe postojala navedena bitna povreda postupka. Znači, samo ukoliko je taj sudija izuzet na osnovu pravomoćnog rješenja (iz bilo kojeg razloga predviđenog u članu 29. ZKP BiH, (čl. 39. ZKP FBiH, čl. 37. ZKP RS, čl. 29. ZKP BD), počinjena je navedena bitna povreda postupka.

b) ako je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti

Uočava se u ovom dijelu razlika između tačaka a) i b) navedenih zakonskih odredaba koje nabrajaju apsolutno bitne povrede krivičnog postupka.

Prema tački a) stavu 1) ukoliko je sudija, koji je učestvovao u izricanju presude prethodno pravomoćno izuzet, (što znači da je rješenje o njegovom izuzeću postalo pravosnažno), postoji bitna povreda postupka.

Međutim, prema tački b) radi se o situaciji da rješenje o izuzeću nije doneseno. U praksi se najčešće radi o razlozima za izuzeće predviđenim u odredbi člana 29. tačka d) ZKP BiH (čl. 39. tačka d) ZKP FBiH , čl. 37. tačka g) ZKP RS, čl. 29. tačka d) ZKP BD).

Analizirat ćemo neke situacije u kojima postoji obaveza sudije da se izuzme.

Jedna od novina važećih procesnih zakona je uvođenje sudije za prethodni postupak i sudije za prethodno saslušanje, koji postupaju u različitim fazama postupka i imaju različita, zakonom određena ovlaštenja odnosno nadležnosti. Tako je sudija za prethodni postupak nadležan da postupa u toku istrage i u postupku izručenja osumnjičenih, odnosno optuženih i osuđenih osoba, a njegova ovlaštenja se odnose prije svega na određivanje pritvora, nadzor nad izvršenjem pritvora, nadzor nad komunikacijom pritvorenika sa spoljnjim svijetom, kao i za poduzimanje niza radnji koje su vezane za izdavanje naredbi o poduzimanju posebnih istražnih radnji, određivanje jemstva, postavljanje branioca po službenoj dužnosti i niza drugih, konkretno određenih ovlaštenja.

Sudija za prethodno saslušanje je nadležan poslije podizanja optužnice i ima takođe konkretna zakonom određena ovlaštenja (određuje pritvor nakon podizanja optužnice ukoliko osumnjičeni po odluci sudije za prethodni postupak već nije pritvoren, kao i druga ovlaštenja sudije za prethodni postupak ukoliko se te radnje nisu od strane tog sudije, do podizanja optužnice, već poduzele-određuje jemstvo, kontroliše pritvor...).

Iako zakon posve konkretno, kako pojmovno tako i po nadležnosti i ovlaštenjima, pravi razliku između sudije za prethodni postupak i sudije za prethodno

saslušanje, te u odredbama o izuzeću propisuje « da sudija ne može vršiti sudijsku dužnost ako je u istom predmetu učestvovao kao sudija za prethodni postupak, sudija za prethodno saslušanje...», u praksi su se počela pojavljivati različita mišljenja, koja su u pojedinim sudovima rezultirala time da funkciju i sudije za prethodni postupak i sudije za prethodno saslušanje obavlja jedan sudija i time praktično ova dva funkcionalno nadležna suca spoji u jednu osobu. Prema nekim autorima, ovo pitanje, da li su sudija za prethodni postupak i sudija za prethodno saslušanje jedan ili dvojica sudija, je postalo najvažnije pravno pitanje u primjeni novog krivičnog procesnog zakonodavstva. Od odgovora na ovo pitanje zavisi naravno da li će, ukoliko nakon postupanja jednog sudije, kao sudije za prethodni postupak, biti počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz ove tačke, ukoliko bi taj isti sudija, po podizanju optužnice, nastavio da postupa sada u ulozi sudije za prethodno saslušanje.

Da li se on, u smislu odredbe člana 29. tačka d) ZKP FBiH (čl. 39. tačka d) ZKP FBiH, čl. 37. tačka g) ZKP RS, čl. 29. tačka d) ZKP BD) morao izuzeti?

Članak pod nazivom «Sudija za prethodni postupak i sudija za prethodno saslušanje - jedan ili dvojica sudija»¹⁵ autora Obrena Bužanina, sudije Vrhovnog suda RS i Branka Perića, sudije Suda BiH, veoma detaljno iznosi argumente ovih suprotstavljenih pravnih stanovištava, (od kojih se ono koje podrazumijeva da su to dva suca, bazira i na odlukama Evropskog suda za ljudska prava) i zaključuju da se iz same definicije, logičkim i gramatičkim tumačenjem dolazi do « **jasne namjere zakonodavca o povjeravanju ove dvije funkcije jednom sudiji u istom predmetu**». U navođenju argumenata za takvo svoje tumačenje naveden je i onaj, koji se u biti svodi na pitanje ekonomičnosti sudovanja, jer bi, kako navode, u slučaju da se zauzme stanovište da su to dva suca, tada bio potpuno blokiran rad sudova koji nemaju više od pet sudija, jer bi već u strazi bilo isključeno četvoro sudija (sudija za prethodni postupak i troje sudija vanraspravnog vijeća).

Međutim u članku pod nazivom «Rasprava o pitanju: može li sudija u istom krivičnom predmetu obavljati funkcije sudije za prethodni postupak i sudije za prethodno saslušanje» prof. dr. Hajrija Sijerčić-Čolić¹⁶, između ostalog kaže: »iz toga je vidljiva važnost raspravljanja o postavljenom pitanju, kako za praktičnu primjenu odgovarajućih procesnih rješenja, tako i za oblikovanje odgovarajuće strategije u razvijanju procesnih instituta. Radi se dakle, o važnom pitanju, u pogledu kojeg zastupam stav da je odgovor na postavljeno pitanje negativan, dakle **da ista osoba u istom predmetu ne može biti u funkciji sudije za prethodni postupak i funkciji sudije za prethodno saslušanje**». U argumentaciji tog mišljenja prof. dr. Sijerčić-Čolić se pozvala na međunarodne standarde o pravima čovjeka povezanih, kako kaže «kroz prizmu međunarodnih propisa, tako i kroz međunarodnu judikaturu», naročito na pravo na pravično suđenje (čl. 6. stav 1. Evropske konvencije i čl. 14. Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima), prema kojima je potrebno da se ispune uvjeti da bi se određeni postupak mogao označiti kao pravičan. To su, kako obrazlaže

¹⁵ «Pravo i pravda», časopis za pravnu teoriju i praksu, Godina IV, broj 1, Sarajevo 2005. godina

¹⁶ «Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu», 2004,

prof. Dr. Sijerčić-Čolić: - pravo svakog čovjeka da o krivičnoj optužbi protiv njega odluči nezavisan i nepristrasan sud koji je ustanovljen zakonom, pravo na javno suđenje i javno objavljivanje presude, pravo na suđenje u razumnom roku, načelo ravnopravnosti stranaka ili «jednakosti oružja», presumpcija nevinosti, minimalna prava odbrane koja pripadaju osumnjičenom odnosno optuženom, pri čemu navodi konkretne odluke Evropskog suda za ljudska prava, koje posredno ili neposredno potvrđuju « **stav da u interesu pravičnog postupka i poštovanja prava u krivičnom postupku ne može biti spajanja u istoj osobi i istom predmetu dviju, po svojoj sadržini, različitih funkcija, a kao što su to funkcija sudije za prethodni postupak i funkcija sudije za prethodno saslušanje**»¹⁷

Ovo pitanje, mada nam se čini da je zakonski posve jasno određeno, i da ne bi trebalo imati dilemu da se radi o dva suca, ipak je u praksi dovelo do različitih tumačenja i primjena. Kako se u dogledno vrijeme očekuju određene izmjene i dopune u oblasti krivičnoprocesnih zakona, to je moguće očekivati i konkretno «izjašnjenje» zakonodavca o ovome.

- c) **ako je glavni pretres održan bez prisustva osobe čija je prisutnost na glavnom pretresu po zakonu obavezna ili ako je optuženom, branitelju, ili oštećenom, protivno njegovom zahtjevu, uskraćeno da na glavnom pretresu upotrebljava svoj jezik i da na svom jeziku prati tok glavnog pretresa.**

Čija je prisutnost na glavnom pretresu obavezna regulišu odredba članova 238. i članova 245. do 249. ZKP BiH (čl. 253. i čl. 260. do 264. ZKP FBiH, čl. 245. i čl. 252. do 256. ZKP RS, čl. 238. i čl. 245. do 249. ZKP BD). Tu spadaju optuženi, tužilac i branilac u slučajevima obavezne odbrane, odnosno kada je optuženi sebi angažovao branioca, a potom tumač, kada to zakon određuje. (Ovo se detaljno obrađuje u modulu 2).

Pretpostavka je da su te osobe uredno pozvane u skladu sa odredbama članova 168. do 177. ZKP BiH ; čl.182. do 191. ZKP FBiH; čl.79. do 82. ZKP RS; čl. 168. do 177. ZKP BD.

Što se tiče optuženog postupak se, prema važećem krivičnom zakonodavstvu kod nas, ne može ni u kom slučaju održati u njegovoj odsutnosti. Odredba člana 247. ZKP BD, (čl. 262. ZKP FBiH, član 254. ZKP RS, čl. 247. ZKP BD) izričito propisuje da se optuženom ne može suditi u odsutnosti. Iznimke, koje je raniji ZKP predviđao, sada su nedozvoljene.

Ista je procesna situacija i kada tužilac ne dođe na glavni pretres (član 245. ZKP BiH, čl. 260. ZKP FBiH, čl 252. ZKP RS, čl.245. ZKP BD). (napominjemo da više ne

¹⁷ o daljnjim argumentima šire u članku « Rasprava o pitanju: može li sudija u istom krivičnom predmetu obavljati funkcije sudije za prethodni postupak i sudije za prethodno saslušanje», prof. Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić, « Godišnjak Pravnog fakulteta» 2004. godina

vrijede ni odredbe, koje je ranije naše procesno krivično zakonodavstvo dopuštalo, a koje su se ticale supsidijarnog tužioca, odnosno oštećenog kao tužioca).

Kada je u pitanju odsustvo branioca sa rasprave tada se to mora posmatrati sa aspekta obavezne i fakultativne odbrane.

U slučaju obavezne odbrane, ukoliko branilac nije uredno pozvan rasprava se ne može nikako voditi u njegovoj odsutnosti.

Ukoliko je odbrana fakultativna i optuženi predloži da se rasprava održi u odsutnosti njegovog branioca, sud će to prihvatiti.

Inače, u slučaju fakultativne odbrane, ukoliko branilac izostane a uredno je bio pozvan, i prema teoriji i praksi preovladavalo je stajalište da se rasprava mogla održati. Međutim, kako se radi o konvencijski zajamčenom pravu na odbranu to se ta situacija danas rješava sa aspekta zaštite ljudskih prava. Tako napr. i u slučaju da je branilac obavijestio da je spriječen i da ne može prisustvovati glavnom pretresu, rasprava se ipak ne može voditi u njegovoj osutnosti. Ukoliko on pak ništa o razlozima nedolaska nije izvjestio sud, rasprava bi se mogla voditi u njegovoj odsutnosti, i to bi, prema do sada zauzetim stavovima, predstavljalo relativno bitnu povredu postupka.

Pravo je optuženog da koristi besplatnu pravnu pomoć tumača ukoliko ne razumije ili ne govori jezik koji je službeni jezik na sudu. Ukoliko je, shodno odredbi člana 8. ZKP BIH (čl. 9. ZKP FBiH, čl. 8. ZKP RS, čl. 8. ZKPBD) neophodno da se optuženom obezbijedi prisustvo tumača, a on ne dođe na glavni pretres, pretres se ne može održati u njegovoj odsutnosti, bez obzira da li je tumač bio uredno obaviješten ili pak nije. U protivnom bi bila počinjena apsolutno bitna povreda postupka iz tačke c). Međutim, ako tumač dovoljno ne poznaje jezik sa kojeg prevodi, ili nešto pogrešno prevede a to se negativno odrazi na presudu, radit će se o relativno bitnoj povrede postupka.

Apsolutno bitna povreda postupka bila bi počinjena i u slučaju ako bi sud optuženom i branitelju uskratio pravo na upotrebu vlastitog jezika. Ovo se međutim ne odnosi na tužioca, što je u vezi sa zakonskim odredbama kojima se reguliše pitanje službenog jezika koji je u upotrebi u sudu.

Odredbe koje propisuju pretpostavke za održavanje glavnog pretresa sadrže i odredbe o postupanje suda u slučaju nedolaska stranaka, branitelja i drugih učesnika postupka, pozvanih od strane suda. Međutim, uočava se da važeći zakoni ne sadrže ni jednu odredbu koja se tiče prisutnosti punomoćnika oštećenog na glavnom pretresu. Očigledno je da se radi o propustu zakonodavca, jer se, iz drugih zakonskih odredbi, izvlači zaključak kada je sud dužan pozvati punomoćnika oštećenog na glavni pretres i kakve su pravne posljedice njegovog nedolaska.

d) ako je povrijeđeno pravo na odbranu

Jedno od osnovnih procesnih prava optuženog je pravo na odbranu.

«Optuženi može svoju funkciju odbrane (kao skupa procesnih radnji kojima je cilj utvrđenje činjenica u korist okrivljenika i primjena najpovoljnijih propisa) u kaznenom postupku obavljati sam (tzv. materijalna odbrana) ili uz stručnu pomoć branitelja (tzv. formalna odbrana)»¹⁸.

(Pravo na branitelja je takođe obrađeno u modulu 2).

Prema odredbi člana 7. ZKP BiH (čl. 7. ZKP FBiH, čl. 7. ZKP RS, člana 7. ZKP BD) pravo na odbranu obuhvata pravo osumnjičenog odnosno optuženog da ima pravo braniti se sam ili uz stručnu pomoć branitelja kojeg sam izabere, a u slučaju da to sam ne učini da mu se, kada je to zakonom određeno, odredi branitelj po službenoj dužnosti, kao i pravo da mu se osigura dovoljno vremena za pripremanje odbrane.

U ovo pravo spadaju :

- pravo da bude prisutan radnjama krivičnog postupka
- na saslušanje prije sudske odluke,
- na predlaganje i poduzimanje radnji u krivičnom postupku s ciljem pobijanja navoda optužbe i dokazivanja vlastitih tvrdnji,
- na predlaganje dokaza i pravo na završnu riječ
- pravo da već na prvom ispitivanju, na jeziku kojeg razumije, bude obaviješten o djelu za koje se tereti,

U okviru formalne odbrane spadaju sljedeća prava:

- pravo na stručnu pomoć branioca po slobodnom izboru
- pravo na besplatnu pravnu pomoć ukoliko troškove pomoći branioca ne može da podmiri iz vlastitih sredstava
- pravo da slobodno komunicira i korespondira sa svojim braniocem
- pravo da razgleda i prepisuje spise predmeta tokom čitavog krivičnog postupka
- pravo da mu se omogući dovoljno vremena i obezbijedi mogućnost da pripremi svoju odbranu
- pravo na žalbu i pravne lijekove
- pravo da zahtijeva izuzeće sudija zbog sumnje u njihovu pristrasnost

¹⁸ Davor Krapac «Kazneno procesno pravo», Informator, Zagreb, 2000. godine, str.127

Pored naprijed navedenih, koja bi se mogla nazvati aktivnim pravima optuženog, postoje i takozvana pasivna prava u koja spada:

- pravo optuženog da ne iznosi svoju odbranu niti odgovara na postavljena pitanja
- pravo da uskrati iskaz («pravo na šutnju»)

Analizirajući pojedina od ovih prava, iz grupe prava na formalnu odbranu navest ćemo neke slučajeve iz prakse, na koja je, čini nam se važno ukazati:

PRIMJER: Iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda FBiH broj Kž-245/99 od 05.09.2001. godine

«Odredba člana 6.3.c. Evropske konvencije se odnosi na pravo odbrane odnosno na pravo pojedinca da se brani sam (tzv. materijalna odbrana) ili putem slobodno izabranog branioca ili branioca koji mu se besplatno stavlja na raspolaganje radi pružanja pravne pomoći (tzv. formalna odbrana). Takva prava na odbranu svake optužene osobe su i naše ustavno načelo, a uz to su ona iskazana i u odredbama člana 7. stav 1. i 2. i 3. ZKP FBiH. S tim u vezi valja dodati da je i u ovom slučaju optuženom S.Z. pored prava na tzv. materijalnu odbranu pripadalo i pravo na tzv. obaveznu formalnu odbranu u smislu člana 66. stav. 2. i 3. ZKP, koja u sebe nužno uključuje njegovo stvarno zastupanje u krivičnom postupku. Iz naprijed izloženih navoda o izabranom i postavljenim braniocima po službenoj dužnosti mora se zaključiti da nisu respektovana takva prava optuženog S.Z. u pogledu pružanja prave pomoći. Da je to tako vidi se i po tome, što je predsjednik nižestepenog suda bez razrješenja izabranog branioca optuženog S.Z.- D.S. , advokata iz Zenice, ovom prvo postavio branioca po službenoj dužnosti E.Č., advokata iz Zenice, koji je zbog kratkoće vremena odbio odbranu, nakon čega mu je postavio za branioca po službenoj dužnosti A.P., advokata iz Zenice, te je vođen glavni pretres i pored njegovih upozorenja da je imao kratak rok za upoznavanje sa predmetom, i da nije spreman za uspješnu odbranu. Ovo sve očigledno pokazuje ne samo da su napravljene pogreške u odnosu na postavljanja branilaca po službenoj dužnosti, već i na neprihvatljivo shvatanje prvostepenog suda pojma tzv. formalne odbrane, čija suština nije sadržana u tome što optuženi S.Z. ima branioca odnosno da mu je postavljen branilac po službenoj dužnosti, već u tome dal on ovome stvarno pruža pravnu pomoć. kako je u ovom slučaju očigledno izostala stvarna formalna odbrana optuženog S.Z. zbog propusta nižestepenog suda, mora se prihvatiti da on nije imao „adekvatna sredstva“ za pripremu svoje odbrane i konzekventno tome pravedno suđenje u smislu člana 6.(3)(b)(c) Evropske konvencije.»

Prema odredbi člana 6. st.3. tačka (c) Evropske konvencije svako ima «pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde». Praksa ESLJP tumači pojam «interesa pravde» prema okolnostima svakog pojedinog slučaja, na kumulativnom temelju od četiri kriterija:

- težina krivičnog djela
- složenost predmeta
- težina zapriječene kazne
- osobne prilike okrivljenika

«Tako je napr. u slučaju Quaranta c/a Švicarske (presuda od 24.5.1991. godine serija A 205) Evropski sud za ljudska prava ocijenio da su švicarski sudovi pogrešno uskratili pravo na pomoć branitelja iz budžetskih sredstava suda optuženom koji j bio optužen za djelo zapriječeno kaznom zatvora od 3 godine pri čemu se radilo o strancu koji je poticao iz neprivilogovanog društvenog sloja, k tome ovisniku o drogama i socijalnom slučaju.¹⁹ »

Osumnjičenom, odnosno optuženom se mora osigurati dovoljno vremena za pripremanje odbrane član 7. stav 3. ZKP BiH, (čl. 7. stav 3. ZKP FBiH i čl. 7. stav 3. ZKP RS član, 7. stav 3. ZKP BD).

Adekvatno vrijeme za pripremanje odbrane moraju se dati i optuženom i njegovom braniocu. Ovo pravo obuhvata i žalbeni postupak. U tom smislu je radi garantovanja ovog prava za pripremu i izradu žalbe i uvedena mogućnost produženja roka za žalbu, o čemu je naprijed bilo riječi. U principu, prema preporuci Komisije iz Strasbura, trebaju se poštovati zahtjevi odbrane za produženje roka za izradu žalbe.

Primjer: Iz prakse Doma za ljudska prava

U odluci Doma za ljudska prava, predmet Šljivo protiv Republike Srpske, Dom je ustanovio povredu člana 6.(3)(b), zajedno sa članom 6.(1) Konvencije, pošto se advokat, kojeg je imenovao sud, tek na dan suđenja sreo sa podnosiocem prijave i nije komunicirao s njim nekom drugom prilikom. Povreda se posebno odnosi na nalaz da podnosiocu prijave nisu osigurani «adekvatni uslovi» na odbranu. U tom smislu je obrazloženo da, utvrđivanje onoga šta predstavlja adekvatno vrijeme i uvjete neophodne za pripremanje odbrane, u suđenju u krivičnom postupku zavisi od činjenica svakog pojedinačnog slučaja. Među faktorima koji su relevantni za takvo utvrđivanje svakako su složenost predmeta, momenat kada je branilac imenovan, mogućnost komuniciranja između branioca i optuženog koji se nalazi u pritvoru. Kod uvjeta za

¹⁹ Davor Krapac, Kazнено procesno pravo, Informator, Zagreb 2000. str.131. (Pravna mišljenja visokih sudova)

komuniciranje između branioca i njegovog klijenta (osumnjičenog/optuženog) za vrijeme dok se nalazi u pritvoru valja imati u vidu restrikcije ovog prava, koje su zapravo izuzetak u odnosu na opšte pravilo, a koje su opravdane posebnim okolnostima predmeta.

Povreda prava na odbranu počinjena je i u slučaju postavljanja optuženom branioca po službenoj dužnosti neposredno pred početak glavnog pretresa na kojem je donijeta presuda, bez ostavljanja mogućnosti braniocu da se upozna sa spisima u konkretnom predmetu i da sa svojim branjenikom obavi razgovor o načinu odbrane. Ovim je učinjena, na glavnom pretresu, povreda prava optuženog na odbranu. Radi se naime o povredi odredbe člana 6. stava 3. (b) Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom je određeno da svako ko je optužen za krivično djelo ima, između ostalih prava u okviru prava na odbranu, i pravo da mu se osiguraju vrijeme i uslovi neophodni za pripremanje odbrane. To pravo osobe optužene za krivično djelo mora se posmatrati zajedno sa pravom na branioca, koje je ustanovljeno članom 6. stavom 3. (c) Konvencije, tako da ovo pravo obuhvata i pravo da se i braniocu osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane. To svakako podrazumijeva i pružanje braniocu mogućnosti uvida u spise predmeta i razgovora s njegovim branjenikom u cilju pripremanja odbrane.

Pravo na odbranu je obezbijedeno ukoliko branilac tu svoju funkciju vrši efikasno i djelotvorno. Postoje situacije da optuženi, mada je izabrao branioca, nakon izvjesnog vremena stavi primjedbu na njegov rad i angažman u njegovom slučaju. Optuženi ima pravo u svakom momentu otkazati punomoć-ovlaštenje takvom braniocu i da izabere drugog. Postavljanje novog branioca i razrješenje dotadašnjeg regulisano je odredbama članova 53. do 64. ZKP FBiH. Međutim, ukoliko optuženi propusti ili ne želi da sam izabere drugog branioca tada će mu ga sud postaviti po službenoj dužnosti. Pri tome će, međutim, voditi računa da omogući optuženom da se ipak izjasni koga želi da mu se postavi kao branilac po službenoj dužnosti, tako što će osumnjičenom / optuženom predočiti listu advokata sa područja tog suda ili pak šireg područja (kantona, područja okružnog suda i sl). Ukoliko ni tada osumnjičeni/optuženi sam ne izabere svog branioca sud će, postavljajući mu branioca voditi računa da branilac kojeg izabere, ima dovoljno znanja i iskustva da optuženom u konkretnom predmetu pruži efikasnu i kvalitetnu odbranu.

Ako osumnjičeni, odnosno optuženi sam ne uzme branitelja postavit će mu se branitelj po službenoj dužnosti kad je to određeno ovim zakonom (član 7. stav 2. ZKP FBiH i ZKP RS).

Međutim, moguća je i suprotna situacija i to da se optuženi usprotivi da ima branioca i izjavi da želi izričito da se brani sam. Da li je i tada, u slučaju obligatorne odbrane, obaveza da optuženi, koji se tome izričito protivi, ima branioca. S pravom se postavlja pitanje da li se i u tom slučaju, postavljanjem branioca po službenoj dužnosti,

u slučaju obavezne odbrane, usprkos njegovom izričitom protivljenju, vrijeda pravo optuženog da se brani sam i da li se time zadire u njegovo pravo na odbranu- (ovakva situacija se pojavila pred Haškim tribunalom gdje je optuženi S.M. izričito zahtijevao da se brani sam, a Tribunal ocijenio da on, zbog zdravstvenog stanja to nije bio u mogućnosti, pa mu je, u jednoj fazi postupka, bila nametnuta službena odbrana). Postavljanje branioca je između ostalog i u funkciji obezbjeđenja uspješnog vođenja krivičnog postupka. Stav je Evropskog suda za ljudska prava da se primjenjuje nacionalni zakon (obavezna odbrana usprkos protivljenju optuženog) jer je nacionalnim pravom optuženim dato više prava nego što ga Evropska konvencija garantuje.

Pored prava optuženog da se njemu i njegovom braniocu osiguraju adekvatno vrijeme i uslovi potrebni za pripremanje odbrane, proizilazi i pravo optuženog da on i njegov branilac imaju pristup svim dokazima koje nadležni organi mogu prikupiti, ukoliko su te informacije relevantne za odbranu.

U okviru prava na odbranu i obaveze suda da optuženom omogući adekvatne uslove za pripremu svoje odbrane u žalbnom postupku, valja posmatrati različitu praksu prvostepeni sudova, koja se ogleda u tome da se na pojedinim sudovima na glavnom pretresu ne vodi tzv. klasični zapisnik, već da se o toku i sadržaju glavnog pretresa vrši samo zvučno snimanje. S tim u vezi je i praksa tih sudova da optuženom, u okviru njegovog prava, propisanog odredbom člana 61. stav 3. i 5. i člana 241. stav 2. ZKP FBiH, (član 55. stav 3. i 5. i člana 233. stav. 2 ZKP RS), na razmatranje i prepisivanje spisa predmeta, uručuju CD na kojem se nalazi zvučni snimak glavnog pretresa. Iako postoje različiti argumenti u prilog i protiv vođenja klasičnog zapisnika, valja ukazati da ni jedna zakonska odredba ne isključuje obavezu vođenja pisanog zapisnika i da činjenica da optuženom, umjesto pisanog zapisnika bude uručen CD sa zvučnim snimkom za njega u praksi može predstavljati objektivan problem, ako nema tehničku mogućnost za njegovo preslušavanje (šta u našim ekonomskim prilikama nije uopšte standard). Na taj način je pravo optuženog na odbranu dovedeno u pitanje²⁰.

Pravo je optuženog da sam ispituje ili zahtijeva ispitivanje svjedoka optužbe i da se prisustvo i saslušanje svjedoka odbrane odobri pod uslovima koji važe i za svjedoke optužbe. Ova dva prava su nezavisna jedno od drugog i omogućavaju da se optuženi stavi u jednak položaj sa tužiocem u vezi sa pozivanjem i ispitivanjem svjedoka.

Tako je Vrhovni sud FbiH u jednom predmetu zauzeo stav da je *«pravo na odbranu povrijeđeno i ukoliko je prvostepeni sud prihvatio prijedlog optuženog ili njegovog branioca da se na glavnom pretresu sasluša, kao dokaz odbrane, neki svjedok a onda propusti da se taj dokaz izvede a niti u presudi navede razloge za to. To za posljedicu*

²⁰ pogledati o ovome šire u članku « Neki aspekti položaja optuženog prema novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu» autorice mr. Ljiljane Filipović, sudije Vrhovnog suda FBiH, objavljenom u časopisu «Pravo i pravda» broj 1, izdanje 2005. godina

ima uticaj na pravilnost i zakonitost presude, čime je počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) ZKP FBiH.

Ovo pravo se odnosi na sve vrste svjedoka uključujući i vještake. Pravo je optuženog da vještake, koje on predlaže, sud tretira jednako kao bilo kojeg vještaka kojeg imenuje sam sud ili kojeg angažuje tužilaštvo u tom postupku. To obuhvata i obavezu suda da pruži jednaku mogućnost objema stranama, i optužbi i odbrani, da dostave svoje pismene dokaze o bilo kojem navodu i da sud te dokaze jednako tretira.

Istina, ovo pravo nije bez ograničenja. Dozvoljeno je odbiti svjedoka odbrane gdje bi dokazi koje bi taj svjedok dao bili irelevantni i gdje je sud poduzeo razumne ali neuspješne korake da pozove takvog svjedoka odbrane.

PRIMJER:

Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda:

«U obrazloženju žalbenih navoda branilac optužene je naveo da je prvostepeni sud načinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka d) jer je odbrani onemogućio da izvrši izbor vještaka neuropsihijatra time što nije uvažio prijedlog odbrane u pogledu izbora osobe koja će vještačiti, već je to sud učinio po svom izboru. Iako je, kako se to u žalbi dalje ističe, prvostepeni sud po svom izboru za vještaka odredio dr H. K., spec. neuropsihijatra, sud nije prihvatio njegov nalaz i mišljenje, prema kojem je optužena P. F., u vrijeme izvršenja krivičnog djela bila neuračunljiva osoba, sa obrazloženjem da se radi o vještaku sa manjim profesionalnim iskustvom u toj oblasti i da taj vještak, u vrijeme davanja nalaza i mišljenja nije imao na raspolaganju svu dokumentaciju i dokaze, koje je na raspolaganju imao tim vještaka neuropsihijatar Kliničkog centra Univerziteta u Sarajevu, koji su naknadno, na prijedlog optužbe, određeni za vještačenje, a za čiji se nalaz i mišljenje prvostepeni sud u pobijanoj presudi opredijelio.

Ispitujući iznesene žalbene prigovore, koji se odnose na postupak određivanja vještaka, čiji je zadatak bio da, kao dokaz odbrane, provede psihijatrijsko vještačenje na okolnosti uračunljivosti optužene, iz zapisnika sa glavnog pretresa (dokaz broj 3.) je vidljivo da je odbrana stavila prijedlog vještaka neuropsihijatra i psihologa, ali da se, nakon prigovora tužioca da su navedeni vještaci liječili optuženu, branilac optužene saglasio da se to vještačenje povjeri vještaku, kojeg će sud odrediti sa spiska stalnih sudskih vještaka. Naredbom od 5.10.2004. godine, datoj na osnovu člana 110. stav 1. ZKP FBiH, prvostepeni sud je za vještaka odredio neuropsihijatra K. dr H. Stoga ovaj sud ne nalazi da je time što je to sud učinio, optuženoj povrijeđeno njeno pravo na odbranu, kako to branilac u žalbi tvrdi, jer se odbrana sa tim saglasila. Osim toga, vještak neuropsihijatar K. H., iako ga je, kako se u žalbi tvrdi, sud po svom izboru odredio za vještaka, očigledno je dao nalaz i mišljenje kojeg odbrana prihvata kao objektivan i stručan, što pogotovo ne ukazuje da je takvim izborom povrijeđeno pravo optužene na odbranu.

Ovaj sud je potom ispitao žalbene tvrdnje branioca optužene P. F. u dijelu kojima se prigovara što se prvostepeni sud, kada je odlučivao o krivnji optužene,

opredijelio za dokaz optužbe odnosno za nalaz i mišljenje tima vještaka neuropsihijatarata. Naime, prema tom nalazu i mišljenju optužena je tempore criminis bila u stanju afektivne razdraženosti, ali ta razdraženost nije prelazila srednji stepen izraženosti tako da je njena mogućnost da shvati značaj djela i da upravlja svojim postupcima bila smanjena, ali ne i bitno. Iz stanja spisa vidljivo da je prvostepeni sud, nakon što su vještaci odbrane dali svoj nalaz i mišljenje, prihvatio prijedlog optužbe da se provede dodatno vještačenje od strane tima vještaka neuropsihijatarata i to tako da se optužena uputi na Psihijatrijsku kliniku radi posmatranja, a sve u cilju potpunijeg i sveobuhvatnijeg utvrđivanja stanja njezinog duševnog zdravlja a time i njezine uračunljivosti.

Stoga, po mišljenju ovoga suda, iako je neuropsihijatrijski tim, za svoj nalaz i mišljenje, pored činjenica pribavljenih na bazi posmatranja optužene, imao na raspolaganju sve druge do tada prikupljene činjenice i dokaze (a što vještaci odbrane u vrijeme vještačenja nisu imali), iz spisa predmeta je vidljivo da je u u naredbi o vještačenju prvostepeni sud jasno naveo šta sve vještaci odbrane, za sačinjavanje svog nalaza imišljenja imaju na raspolaganju. Odbrana tome nije prigovorila, niti je pak, na glavnom pretresu, nakon ispitivanja ovih vještaka, odbrana predlagala da se tim vještacima naknadno predoče činjenice i dokazi do kojih je sud, u toku daljnjeg postupka došao. Osim toga, vještaci odbrane su se izričito na pretresu izjasnili da su imali dovoljno osnova za vještačenje, i sačinjavanje svog nalaza i mišljenja.

Prema tome, suprotno žalbenim tvrdnjama ovaj sud ne nalazi da je načinom provedenog vještačenja po vještacima odbrane došlo do narušavanja pravičnosti postupka, a time ni prava na odbranu optužene P.F.»

Povreda prava na odbranu, a time i bitna povreda odredaba krivičnog postupka, bila bi počinjena i ukoliko se optuženi, ili njegov branilac, ne obavijeste o sjednici vijeća apelacionog odjeljenja / drugostepenog suda, koji razmatra žalbu na prvostepenu presudu. Obaveza obavještavanja tužioca, optuženog i njegovog branioca proizilazi iz izričite zakonske odredbe svih važećih krivičnoprocesnih zakona kod nas. Navedena obaveza obavještavanja (u odnosu na raniju odredbu koja je obavezivala da se optuženi i njegov branilac obavijeste o sjednici samo ukoliko su oni u žalbi izričito zahtijevali da prisustvuju sjednici vijeća) je ugrađena u važeće krivično procesno zakonodavstvo upravo zbog obaveze koja proizilazi iz navedene konvencijske norme.

Uvedene garancije optuženom, kada je u pitanju pravo na odbranu, su istovremeno i obaveza braniocima da to pravo optuženih ne zloupotrebljavaju i da, poštujući obavezu brzog i efikasnog okončanja krivičnog postupka, poštuju i procesnu disciplinu u pogledu obaveze tačnog pristupa pred sud i pravovremenog obavještavanja suda o razlozima spriječenosti da se odazovu pozivu suda. U tom smislu su uvedene zakonske odredbe kojima se sankcioniše nedisciplinisanost stranaka, branioca, svjedoka ili vještaka na glavnom pretresu.(odredbe čl. 260. – 265. ZKP FBiH).

e) **ako je protivno zakonu bila isključena javnost na glavnom pretresu**

Glavni pretres javan. Isključenje javnosti moguće je u slučajevima i na način kako to predviđaju odredbe članova 234. – 237. ZKP BiH, (čl. 249. do 252. ZKP FBiH; čl. Čl. 242.-245. ZKP RS, 234.-237.ZKP BD.)

Ukoliko je javnosti sa glavnog pretresa isključena protivno naprijed navedenim odredbama važećih krivičnoprocesnih zakona to predstavlja bitnu povredu postupka. Na taj način se štiti jedno od načela krivičnog postupka - načelo javnosti. To znači da javnoj raspravi mogu prisustvovati građani i pratiti njezin tok. Svrha ovog načela nije samo u tome da šira javnost bude upoznata o suđenju već se na taj način, kroz praćenje javnosti toka suđenja ostvaruje kontrola sudovanja u širem smislu. Na taj način se optuženom pruža veća garancija poštivanja njegovih procesnih prava.

Javnost suđenja je u okviru prava na pravično suđenja zagarantovano čl. 6 (1) Konvencije. To pravo, koje u sebi sadrži pravo na javno saslušanje, obrazloženo je u jednom izvještaju Evropske komisije za ljudska prava na taj način da « ***javna priroda postupka pomaže da se pravičnost suđenja osigura zaštitom učesnika u sporu od svojevoljnih odluka i omogućavanjem da društvo kontrolira provođenje pravde. Kombinirana sa javnom objavom presude, javna priroda saslušanja služi da osigura da javnost bude blagovremeno i propisno informisana putem štampe te da javnost može pratiti pravni proces. To će doprinjeti osiguravanju povjerenja u provođenje pravde***».²¹

Dakle, osim prava na fizičku prisutnost javnosti na suđenju, građani imaju pravo da se sve što se na suđenju čulo, iznese putem sredstava javnog informisanja, što je dio ustavnih prava i sloboda (sloboda izražavanja misli, sloboda informisanja), tako da se predstavnicima štampe, odnosno sredstava informisanja, mora omogućiti pristup suđenju.

Svako isključenje javnosti, suprotno situacijama koje zakon predviđa, predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

Navedena povreda je počinjena i u slučaju kada se u toku cijelog glavnog pretresa javnost isključi a to je bilo potrebno samo u jednom dijelu glavnog pretresa, na koji su se odnosili razlozi predviđeni u odredbi člana 235. ZKP BiH,(čl.250. ZKP FBiH, čl.243. ZK PRS, čl. 250. ZKP BD).

Pravo na javno suđenje u sebi obuhvata i pravo na javno saslušanje i javnu objavu presude, i ono je zagarantovano u svim fazama postupka. Javno saslušanje, po svojoj suštini, istovremeno je i segment prava na pravično suđenje i prava na odbranu.

²¹ U predmetu Axen Komisija je sačinila izvještaj u kojem je ovo definisala

Zanimljivo je da je u okviru analiziranja prava na javno suđenje iznesen slučaj u predmetu *Helmers*, pri čemu je u presudi Evropskog Suda za ljudska prava sud napravio razliku između suđenja pred prvostepenim i suđenja pred žalbenim sudom.

U toj presudi Evropski sud za ljudska prava je zaključio da:

«pod uslovom da je javno saslušanje u prvostepenom postupku održano, odsustvo takvog saslušanja pred drugostepenim i trećestepenim sudom može biti opravdano specijalnim karakteristikama postupaka. Tako postupak dozvole na ulaganje žalbe i postupak koji se bavi isključivo pravnim pitanjima, nasuprot utvrđivanja činjenica, može biti u skladu sa zahtjevima člana 6. iako podnositelj žalbe ne dobije priliku da ga lično saslušaju žalbeni ili kasacioni sud».

Primjer: Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Republike Srpske KŽ 120/04 od 25.11.2004.god.

«Нема основа за тврдњу жалбе да је првостепена пресуда захваћена разноврсним облицима битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 303. став 1. ЗКП-а, која се манифестује у виду искључења јавности са главног претреса противно закону, повреди права на одбрану, те недостатку разлога о одлучним чињеницама.

Наиме, из записника о главном претресу од 03.06.2004. године произлази да је првостепени суд на основу члана 243. ЗКП-а, по приједлогу браниоца оптуженог (постављеног у писменом поднеску од 01.06.2004. године и поновљеном на записник о главном претресу од 03.06.2004. године), а након изјашњења Окружног тужиоца о приједлогу, искључио јавност са дијела главног претреса на којем су се изводили докази одбране испитивањем свједока на околности личног и интимног живота оштећеног, те саслушањем вјештака неуропсихијатра. Код чињеница да су испоштовани захтјеви које предвиђа одредба члана 243. ЗКП-а у погледу процедуре за искључење јавности и у погледу законитости основа за то искључење, нема мјеста жалбеној тврдњи да је противно закону јавност искључена са дијела претреса (у чему би била садржана битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 303. став 1. тачка д) ЗКП-а) само због тога што суд није уважио све доказне приједлоге, које је одбрана намјеравала провести у нејавном дијелу главног претреса, на околности личног и интимног живота оштећеног, којим би се расвјетлио психолошки профил личности оштећеног. Надаље, када је суд за одбијене доказне приједлоге одбране дао разлоге у образложењу пресуде, онда нема основа за жалбену тврдњу да је одбијањем тих доказних приједлога одбране, учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 303. став 1. тачка д) ЗКП-а у облику повреде права на одбрану. Ово из разлога што је дискреционо право суда да одбије понуђени доказ као непотребан (предвиђено у члану 270. став 2. ЗКП-а) ограничено обавезом суда, која је предвиђена одредбом члана 296. став 7. ЗКП-а, да у образложењу пресуде наведе разлоге из којих није уважио поједине доказне приједлоге, па како је побијана пресуда на страни 4. пасус 2. дала разлоге, то се

na samoj чињеници da su odbijeni neki dokazni prijedlozi odbrane ne može uspostaviti navedeni oblik bitne povrede odredaba krivičnog postupka.»

f) ako je sud povrijedio propise krivičnog postupka o postojanju odobrenja nadležnog organa

Ovom odredbom je predviđen jedan od izuzetaka od načela legaliteta krivičnog postupka. Naime, usprkos tome što postoji osnovana sumnja da je određeno lice počinilo krivično djelo koje s goni po službenoj dužnosti i što ne postoje smetnje za njegovo krivično gonjenje, ipak je u javnom interesu da se krivično gonjenje ne poduzme. To je slučaj kada je pokretanje krivičnog gonjenja vezano uz prethodno odobrenje određenog državnog tijela (napr. krivično gonjenje osoba koje uživaju krivičnoprocesni imunitet po unutrašnjem pravu, ili krivično gonjenje osobe koja je krivično djelo učinila u inostranstvu.

Odobrenje nadležnog organa odnosi se na odobrenje od kojeg zavisi ovlaštenje odnosno uopšte pravo na vođenje krivičnog postupka. Osnovi za navedeno odobrenje mogu biti dati u krivičnom zakonu, i tada se radi o materijalnopravnoj osnovi, ili u procesnom zakonu, kada se radi o procesnopravnoj osnovi.

Prema odredbi člana 223. ZKP FBiH kad je zakonom propisano da je za krivično gonjenje pojedinih osoba prethodno odobrenje nadležnog državnog organa, tužitelj ne može provesti istragu niti podići optužnicu ako ne podnese dokaz da je odobrenje dato.

Ukoliko bi se pak u žalbenom postupku ustanovilo da je krivični postupak pokrenut bez odobrenja nadležnog organa tada vijeće apelacionog odjeljenja/drugostepeni sud shodno odredbi člana 329. stav 1. ZKP FBiH neće ukinuti pobijanu presudu već će donijeti presudu kojom se optužba odbija.

g) ako je sud donio presudu, a nije bio stvarno nadležan ili ako je nepravilno odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti

Ukoliko sud pogrešno ocijeni stvarnu nadležnost i donese presudu u predmetu za koji nije bio stvarno nadležan, ili ukoliko je stvarno nadležan sud nepravilno odbio da sudi (odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti), čini apsolutno bitnu povredu postupka.

Član 23. ZKP BiH i član 13. Zakona o sudu Bosne i Hercegovine propisuju stvarnu nadležnost Suda Bosne i Hercegovine. Odredbom člana 23. ZKP DB propisana je stvarna nadležnost Osnovnog suda i Apelacionog suda Distrikta Brčko.

Odredba člana 24. ZKP FBiH, propisuje da Vrhovni sud Federacije, kantonalni sudovi i općinski sudovi sude u krivičnim stvarima u granicama svoje stvarne nadležnosti određene zakonom Federacije, odnosno zakonom kantona. Član 23. ZKP

RS propisuje da sudovi sude u krivičnim stvarima u granicama svoje stvarne nadležnosti određene zakonom.

Član 28. ZKP BiH (član 36. ZKP FBiH, član 34. ZKP RS, čl.28. ZKP BD) propisuju da je sud dužan paziti na svoju nadležnost (stvarnu i mjesnu) i čim primjeti da nije nadležan oglasiti će se nenadležnim i po pravomoćnosti rješenja uputiti će predmet nadležnom sudu. Ova obaveza proizilazi i iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije prema kojoj svako ima pravo da mu slučaj ispita zakonom ustanovljeni sud.

U fazi istrage sudija za prethodni postupak nema ovlaštenje da ispituje nadležnost suda.

Sudija za prethodno saslušanje će prilikom proučavanja optužnice ispitati i stvarnu i mjesnu nadležnost suda i ukoliko nađe da sud nije nadležan uputit će optužnicu na potvrđivanje stvarno i mjesno nadležnom sudu. Ukoliko propusti da to uradi a nakon potvrđivanja optužnice ustanovi da sud nije stvarno nadležan, donijet će rješenje kojim se sud oglašava nenadležnim i predmet ustupa stvarno nadležnom sudu. Međutim, nakon potvrđivanja optužnice sud se ne može oglasiti mjesno nenadležnim.

Sud je dužan paziti na svoju stvarnu nadležnost do početka glavnog pretresa a cijeni ju na osnovu činjeničnog opisa datog u potvrđenoj optužnici. Tada donosi rješenje kojim se oglašava nenadležnim. Ukoliko sud pak poslije započetog glavnog pretresa ustanovi da nije stvarno nadležan za suđenje, ne može rješenjem predmet ustupiti nadležnom sudu nego će donijeti presudu kojom se optužba odbija.

Nakon pravosnažnosti rješenja kojim se oglašava nenadležnim, ili presude kojom se optužba odbija zbog nenadležnosti, predmet se dostavlja nadležnom sudu na postupak. ZKP BiH i ZKP DB ne sadrže odredbe po kojoj bi sud, kojem se predmet dostavi, mogao izazvati sukob nadležnosti, već je dužan je provesti postupak.

Međutim, entitetski procesni zakoni (čl. 37. ZKP FBiH, čl. 35. ZKP RS) predviđaju mogućnost da dođe do sukoba nadležnosti, ukoliko sud, kojem je predmet ustupljen smatra da je nadležan sud koji mu je predmet ustupio, ili neki drugi sud, pokrenut će postupak za rješavanje sukoba nadležnosti. O sukobu nadležnosti odlučuje zajednički neposredno viši sud.

Ukoliko bi postupak vodio i presudu donio stvarno nenadležan sud značilo bi da je optuženom uskraćeno pravo da mu sudi nadležan sud. Međutim, ova povreda je načinjena samo u slučaju da je postupak vodio niži sud a radi se o postupku iz nadležnosti višeg suda, a ne i obratno. Ovo jasno proizilazi iz odredbe stava (2) člana 36. ZKP FBiH i čl. 34. ZKP RS, koji glasi:

(2)Ako u toku glavnog pretresa sud ustanovi da je za suđenje nadležan niži sud neće dostaviti predmet tom sudu, nego će sam provesti postupak i donijeti odluku

h) ako sud svojom presudom nije riješio predmet optužbe

Tužilac optužnicom određuje predmet i obim suđenja i obavezuje sud da u tom okviru donese presudu. Sud dakle presudom mora riješiti optužbu u potpunosti, bilo pozitivno ili negativno, odnosno bilo djelomično pozitivno ili djelimično negativno. Ni jedan dio optužbe ne smije ostati neriješen. Pri tome odluka suda o predmetu optužbe mora biti u cijelosti sadržana u izreci presude koju sud povodom te optužnice donese.

Smatrat će se da sud svojom presudom nije riješio predmet optužbe i da je time počinio apsolutno bitnu povredu krivičnog postupka u slijedećim slučajevima:

- Ako sud nije potpuno riješio predmet optužbe time što nije donio nikakvu odluku, ni pozitivnu ni negativnu.

To bi bilo napr. u situaciji ukoliko je optužnica podnesena protiv više optuženih ili zbog više djela, a sud u presudi propusti da odluči za nekog optuženog ili za neko od tih djela.

Navedeni primjer treba razlikovati od situacije kada u presudi nedostaje odluka o nekoj odlučnoj činjenici ili o nekoj od više radnji što ulaze u sastav jednog krivičnog djela. Tada se neće raditi o nepotpuno riješenom predmetu optužbe već o pogrešno ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, ili pak o povredi krivičnog zakona ukoliko zbog nepostojanja neke činjenice ili radnje ne može opstati krivično djelo zbog kojeg je optuženi oglašen krivim., ili je pak samo pravna kvalifikacija takvog krivičnog djela pogrešna.

Kod ovakvog primjera takođe se mora razlikovati sljedeće:

Da li je takva činjenica izostala jer:

- a) se sud uopšte nije izjasnio o njoj
- b) sud nije utvrdio njezino postojanje tj. utvrdio je da ta činjenica ne postoji

Primjer :

a) sud se o toj činjenici nije uopšte izjasnio

Protiv optuženog A. A. podignuta je optužnica zbog krivičnog djela nadripisarstvo iz člana 377. KZ F BiH. Sud ga oglasi krivim a propusti utvrditi da se on tom djelatnošću bavio uz nagradu, te ta činjenica bude izostavljena i u činjeničnom opisu u izreci presude.

Za tužioca je na taj način sud pogrešno i nepotpuno utvrdio činjenično stanje.

Za optuženog će to biti povreda krivičnog zakona jer je oglašen krivim za nešto što nema konstitutivno obilježje tog krivičnog djela.

Primjer:

b) sud nije utvrdio postojanje činjenice tj. utvrdio je da ta činjenica ne postoji

Ukoliko je sud odlučnu činjenicu da li je optuženi pravnu pomoć, za koju nema propisanu stručnu spremu, obavljao uz nagradu, utvrdio negativno (znači da se nije bavio uz nagradu) time se može samo postaviti pitanje da li je ta činjenica pravilno utvrđena, tj. da li je činjenično stanje pogrešno utvrđeno.

Dakle, u svakom pojedinom slučaju izostanka neke odlučne činjenice iz izreke presude treba razlikovati da li je ona izostala jer je sud propustio da njezino postojanje utvrdi, ili je ta odlučna činjenica od strane suda negativno utvrđena, znači sud je utvrdio da ona ne postoji, pa je stoga i nije mogao unijeti u izreku presude.

Primjer:

Sud nije potpuno riješio predmet optužbe ukoliko je povodom optužnice da je optuženi napao oštećenog i nanio mu laku tjelesnu povredu u namjeri da mu oduzme mobitel, našavši da takve namjere nije bilo, oslobodio optuženog za krivično djelo razbojništva iz člana 289. stav 1. KZ FBiH, ne oglašivši ga pri tome krivim za krivično djelo nanošenje lake tjelesne povrede iz člana 173. stav 1. KZ FBiH.

Ista je situacija i ukoliko sud propusti donijeti odluku o nekom od više predmeta (objekata) krivičnog djela obuhvaćenih optužbom. To takođe neće predstavljati bitnu povredu postupka iz člana 312. stav 1. tačka h) ZKP FBiH. I ovdje će biti riječ samo o nepotpunom činjeničnom stanju u pogledu izostalog predmeta.

Primjer :

Protiv optuženog A. A. podnesena je optužnica zbog krivičnog djela nasilničko ponašanje iz člana 362. KZ FBiH, kojom se optuženi tereti za više radnji kojima je ispoljio svoje nasilničko ponašanje, pa sud propusti da utvrdi neku od radnji tog nasilničkog ponašanja, ili pak utvrdi da optuženi neku od tih radnji uopšte nije ni počinio, pa ih izostavi iz činjeničnog opisa u izreci presude. Neće se raditi o nepotpuno riješenoj optužbi, niti o povredi krivičnog zakona. Presuda se može pobijati samo zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Primjer:

Protiv optuženog A. A. podnesena je optužnica zbog krivičnog djela teška krađa iz člana 287. KZ FBiH u kojoj mu je stavljena na teret krađa zlatnog nakita, novca, umjetničke slike i kompjutera. Sud ga oglašuje krivim ali u izreci presude ne navede kompjuter. Tužilac se može žaliti, ukoliko ima interes za tim (napr. da bi veća količina i vrijednost ukradenih stvari utjecale na visinu kazne), samo zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja).

Međutim, izostavljanje kompjutera ima bitnog uticaja na ostavriavanje imovinskopravnog zahtjeva oštećenog. Oštećeni bi u parničnom postupku morao dokazivati da je i kompjuter bio predmet krađe. Izostavljanjem tog predmeta iz izreke presude i nedavanje razloga o tome zašto je to sud izostavio je na štetu oštećenog. Sud je stoga dužan obrazložiti da nije utvrdio da je i kompjuter bio predmet krađe i dati razloge za to, (čak i u dijelu koji se tiče odluke o imovinskopravnom zahtjevu), kako bi se oštećeni, koji ima pravo žalbe na imovinskopravni zahtjev, mogao žaliti. Jednostavno «izostavljanje» tog predmeta, ukoliko je isti dio postavljenog imovinskopravnog zahtjeva oštećenog, bez davanja ikakvih razloga o tome je, onemogućavanje oštećenom da bez dokazivanja u parnici osnova za naknadu štete i za kompjuter, sa tim dijelom tužbenog zahtjeva uspije.

Zadatak:

Sud je oglašio krivim za krivično djelo teške krađe iz člana 287. KZ FBiH jednog saizvršioca, kojem je suđeno odvojeno u odnosu na ostale saizvršioce, i u izreku osuđujuće presude unese samo iznos novca oduzetog krivičnim djelom, koji je tom optuženom u podjeli «plijena» pripao nakon podjele, a ne cjelokupan iznos novca, koji je naveden u optužnici.

Pitanje :Da li je time činjenično stanje ostalo nepotpuno utvrđeno ili pak sud nije u cijelosti riješio predmet optužbe?

Odgovor:

Optužba nije u potpunosti riješena, i sud je počinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav. 1. tačka h) ZKP FBiH.

U okviru ovog razmatranja potrebno je razmotriti i **pitanje sticaja krivičnih djela**, ukoliko izostane odluka o nekom od tih djela koja su predmet optužbe. U takvom slučaju bi bila ostvarena ova bitna povreda postupka. Naime, kada sud nađe da optuženi nije učinio neko od više krivičnih djela za koje je optužen, ili da neka od njih nisu po zakonu krivična djela, ili da postoje određene procesne smetnje za njihovo gonjenje, sud mora u izreci presude o tome odlučiti. Znači da mora ili odbiti optužbu ili donijeti oslobađajuću presudu. Ukoliko o tome ne odluči u izreci presude bit će počinjena bitna povreda postupka iz člana 297. stav 1. tačka h) ZKP BiH;(čl.312. stav 1. tačka h) ZKP FBiH; čl.303. st.1. tačka ž) ZKP RS; čl. 297. stav 1. tačka h) ZKP BD)

Sljedeća situacija je u slučaju da se radi o sticaju krivičnih djela, a sud nađe da je neko djelo konzumiralo drugo djelo za koje je istovremeno optužen. Sud će u tom slučaju oglasiti optuženog krivim samo za djelo koje je konzumiralo ostala. U tom slučaju, u odnosu na djelo koje je konzumirano, neće donijeti oslobađajuću presudu ali je u obrazloženju dužan navesti razloge za svoju odluku.

PRIMJER:

A. A. je optužen za dva krivična djela: krivotvorenje isprave iz člana 373. KZ FBiH i za kasniju upotrebu te krivotvorene isprave. Sud će ga oglasiti krivim samo za krivično djelo krivotvorenje isprave, jer je ono prvo konzumiralo drugo djelo.

Ili A. A. je optužen za krivično djelo teške krađe obijanjem blagajne i za oštećenje tuđe stvari (blagajne) sud će ga oglasiti krivim samo za krivično djelo teške krađe jer je ono drugo, zbog načina izvršenja prvog, konzumiralo ovo drugo krivično djelo.

U svakom od tih slučajeva sud u odnosu na ovo drugo krivično djelo neće donositi oslobađajuću presudu.

Krivični zakoni u BiH, osim KZ RS, poznaju institut **produženog krivičnog djela**. Član 55. u stavu 2. KZ FBiH definiše da je produženo krivično djelo učinjeno kad je učinitelj s namjerom učinio više istih ili istovrsnih krivičnih djela koja, s obzirom na način učinjenja, njihovu vremensku povezanost i druge stvarne okolnosti koje ih povezuju čine jedinstvenu cjelinu.

Kako postupiti u slučaju da sud utvrdi da optuženi nije počinio neko od djela iz sastava produženog krivičnog djela (ili da ono po zakonu nije krivično djelo, ili da u pogledu njega postoji neka procesna smetnja - zastarjelo, obuhvaćeno amnestijom, nema odobrenja nadležnog organa ili sl.). Da li će sud i tom slučaju za to djelo donijeti oslobađajuću presudu ili će ga pak u izreci izostaviti a u obrazloženju dati razloge za to. Praksa i pojedine teorije su u ovom slučaju različiti. Praksa, vjerovatno jer je to jednostavnije, češće zauzima drugi stav – izostavlja to djelo iz izreke sa obrazloženjem razloga za to.

Pojedini teoretičari smatraju da je ispravan prvi način postupanja, to jest da sud u tom slučaju mora donijeti oslobađajuću presudu (odnosno presudu da se optužba odbija). Razlog za ovakvo shvaćanje leži u tome što je svako djelo iz sastava produženog krivičnog djela samostalno krivično djelo, sposobno da samo opstoji. Odluka o njemu stoga, i nije moguća njegovim jednostavnim izostavljanjem iz izreke presude, već se o njemu mora donijeti meritorna odluka. (bilo oslobađajuća presuda ili da se optužba odbija). U prilog ovom shvatanju leži i to što je praksa na stanovištu da se zastarjelost odvojeno posmatra za svako djelo iz sastava produženog krivičnog djela.

i) ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda

Koji bi to dokaz, na kojem je sud zasnovao svoju presudu (osuđujuću ili oslobađajuću) po odredbama procesnih zakona bio nevaljan dokaz, valja poći od odredbe člana 10. ZKP BiH, čl. 11. ZKP FBiH, čl. Čl. 10. ZKP RS, čl. 10. ZKP BD.

Ove odredbe, kao jedno od osnovnih načela na kojima počiva krivični postupak, propisuju načelo kojim se garantuje zakonitost dokaza. Ovo načelo obuhvata:

- zabranu da se od osumnjičenog, optuženog ili bilo koje druge osobe koja učestvuje u postupku iznuđuje priznanje ili kakva druga izjava
- zabranu da sud zasnuje svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratifikovala, niti na dokazima koji su pribavljenim bitnim povredama ZKP, niti na dokazima koji su dobijeni na temelju takvih dokaza.

Član 281. stav 1. ZKP BiH (čl. 296. st. 1. ZKP FBiH, čl. 287. stav 1. ZKP RS, čl. 281. st.1. ZKP BD) propisuju da se presuda zasniva samo na činjenicama i dokazima koji su izneseni na glavnom pretresu.

Očigledno su brojne «situacije» iz kojih može proizaći da se određeni dokaz smatra nezakonitim dokazom i da zasnivanje odluke na takvom dokazu vodi njezinoj nevaljanosti i ukidanju. U tom smislu neophodno je poći od odredaba važećih krivičnoprocesnih zakona u BiH u kojim su propisane radnje dokazivanja i posebne istražne radnje.

PRIMJER: Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Republike Srpske KŽ-28/05 od 26.04.2005. god

Неоснована је тврдња жалбе браниоца оптуженог о почињеној битној повреди одредаба кривичног поступка из члана 303. став 1. тачка з) ЗКП-а у поступку доношења побјане пресуде.

«Наиме, становиште жалбе о почињеној битној повреди одредаба кривичног поступка наведеног облика која се огледа у заснивању пресуде на незаконито прибављеним доказима, почива на тези да су незаконити докази (фотодокументација ножа и налаз о извршеној анализи крви) прибављени у току истраге, већ самим тим што су ти докази обезбјеђени према правилима ранијег Закона о кривичном поступку, а поступак по оптужници проведен према Закону о кривичном поступку који је ступио на снагу 1.7.2003. године («Службени гласник РС», број 50/03 од 27.6.2003. године). Наведено становиште жалбе није правилно, нити се на истом може основано темељити тврдња о почињеној

битној повреди одредаба кривичног поступка. Ово из разлога што се законитост прибављања доказа цијени према правилима процесног закона који је важио у вријеме када су ти докази обезбјеђени, уз услов да су одредбе тог закона конзистентне са Уставом и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, која је инкорпорирана у Устав Босне и Херцеговине као његов саставни дио, и која има приоритет у примјени у односу на све законе. Жалба не конкретизује процесне неправилности у погледу прибављања тих доказа, усљед којих они не би били правно ваљани, па је у недостатку приговора таквог карактера, неодржива тврдња жалбе о незаконитости наведених доказа, само због чињенице што су ти докази обезбјеђени по правилима процесног закона који на другачији начин регулише прибављање доказа у истрази (с аспекта процесних субјеката и процедуре) у односу на процесни закон, који је у међувремену ступио на снагу и по коме је у овом предмету проведен поступак након подизања оптужнице, а у складу са одредбом члана 442. став 1. у вези са ставом 3. истог члана Закона о кривичном поступку. «

Primjer:

Na glavnom pretresu, uz saglasnost stranaka u postupku, pročitani su dokazi koji su prikupljeni po proceduri pred sudskim i policijskim organima SR Njemačke, s obzirom da je krivično djelo, za koje je A.D. bio optužen, izvršeno na teritoriji SR Njemačke.

A.D. je u toku postupka, u svojoj odbrani, osporio dokaze prikupljene po krivičnoj proceduri SR Njemačke, navodeći da su neprihvatljivi u smislu Zakona o krivičnom postupku, te zatražio od suda donošenje rješenja o izdvajanju takvih dokaza u smislu člana 79. ZKP.

Primjer: Iz žalbe branilaca optuženog A.D.

«Žalбом branilaca optuženog A.D. pobija se prvostepena presuda zbog bitnih povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačla 8. ZKP, jer se zasniva na dokazima na kojima se, po odredbama tog zakona ne može zasnivati. To obrazlažu time da su dokazi, koji su pojedinačno pobrojani na stranama 6-9 pobijane presude, pribavljeni protivno odredbama člana 8. stav 2. ZKP, pošto su pribavljeni po krivičnoj proceduri SR Njemačke. Kako Bosna i Hercegovina i SR Njemačka nisu do sada zaključile bilateralni međunarodni ugovor o pružanju pravne pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, to se, smatraju ni prvostepeni sud a ni Vrhovni sud FBiH, nisu u obrazloženju svojih odluka mogli pozvati na primjenu Međunarodnog ugovora o pružanju pravne pomoći zaključenog između SFRJ i SR Njemačke od 1.10.1971. godine a koji je objavljen u Sl. Listu SFRJ 33/72. Smatraju da primjena tog bilateralnog međunarodnog ugovora od bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini predstavlja grubo kršenje ustava, međunarodnog prava i relevantnog zakona.»

Iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda FBiH broj Kž-223/03 od 30.10.2003. godine

«Ispitujući ovaj žalbeni prigovor ovaj sud je našao da je isti neosnovan jer je Zakonom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakoni ("Sl. List RBiH", broj 2/92 i 13/94) preuzet i Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora ("SL. List SFRJ" broj 55/78, 2/89 i 47/89) kao i savezni zakoni koji se odnose na ratifikaciju međunarodnih ugovora i sporazuma. Na taj način preuzeti su svi međunarodni ugovori iz oblasti pružanja međunarodne pravne pomoći, koje je bivša SFRJ zaključila sa drugim državama, a među kojima je i navedeni ugovor zaključen između bivše SFRJ i tadašnje SR Njemačke (objavljen u Sl. listu SFRJ broj 33/72, stupio na snagu 8.1.1975. godine).

Ovdje valja istaći i to da je Bosna i Hercegovina dana 22.07.1993. godine postala potpisnica Bečke Konvencije o sukcesiji država prema Ugovorima (zaključena u Beču 23. 8. 1978. godine), koja se odnosi na efekte sukcesije država u pogledu ugovora između država, čime je primjena navedenog međunarodnog ugovora u potpunosti osnovana.

Dakle, u konkretnom slučaju, primjenjujući ovaj međunarodni ugovor u smislu međunarodne krivično pravne saradnje, SR Njemačka je ustupila krivično gonjenje Bosni i Hercegovini, kao državi čiji je optuženi državljanin i na taj način se zapravo odrekla izvršavanja svoje jurisdikcije koja proističe iz jednog od osnovnih principa krivičnog zakonodavstva a to je da je za suđenje mjesno nadležan sud na čijem je području krivično djelo izvršeno ili pokušano. To znači da je SR Njemačka umjesto da sama krivično goni optuženog ustupila krivično gonjenje našoj zemlji koja je to preuzela, pošto naša zemlja kao i druge zemlje kontinentalne pravne tradicije ne izručuje vlastite državljane, tako da je po tzv. personalnom načelu sadržanom u odredbi člana 132. ranijeg KZ FBiH optuženom suđeno u BiH.

Prema tome, neosnovano se žalbom ističe da su pobijanom presudom povrijeđene ustavne odredbe i odredbe Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora kao i Evropska konvencija o prenosu postupka u krivičnim i kaznenim stvarima i da je postupanje prvostepenog suda u ovoj krivičnoj stvari suprotno principu "pacta sunt servanda" izraženom u odredbi člana 26. Konvencije o ugovornom pravu od 23.05.1969. godine, čiji je i naša zemlja potpisnik, jer je prvostepeni sud postupio upravo na način kako ga navedena odredba obavezuje a to znači da međunarodni ugovor, koji je na snazi, dobronamjerno izvršava.

Kako je prvostepeni sud pobijanu presudu donio na osnovu dokaza provedenih neposredno na glavnom pretresu, kao i dokaza prikupljenih u skladu sa njemačkom krivično pravnom procedurom koji, prema naprijed obrazloženom imaju formalnopravnu važnost i u Bosni i Hercegovini, to je žalbeni prigovor bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 8. ZKP u potpunosti neosnovan."

j) ako je optužba prekoračena

Član 280. ZKP BiH, čl. 295. ZKP FBiH, član 286. ZKP RS, čl. 280. ZKP BD, propisuju da se presuda može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u potvrđenoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici.

Ukoliko bi sud oglasio krivom osobu koja nije obuhvaćena optužbom, dakle koja nije navedena u optužnici, optužba je prekoračena i to predstavlja bitnu povredu zbog koje takva presuda ne može opstati. Problem subjektivnog identiteta optužnice i presude u praksi se nije pokazao izraženim.

Međutim pitanje objektivnog identiteta je katkada složeno pravno pitanje. Objektivni identitet se štiti načelom akuzatornosti. Tužiocem navođenjem u optužnici vremena, mjesta, sredstva, načina izvršenja i prouzrokovane zabranjene posljedice, kao i drugih okolnosti potrebnih da se krivično djelo što bliže i preciznije opiše (član 227. stav 1. tačka (c) ZKP BiH; član 242. stav 1. tačka (c) ZKP FBiH; član 234. stav 1 tačka (v) ZKP RS, član 227. stav 1. tačka (c) ZKP BD) stavlja do znanja optuženom šta mu se stavlja na teret. Na taj način optuženi može da pripremi svoju odbranu i da se na glavnom pretresu o tim činjenicama i dokazima izjasni i da iznese istovremeno sve činjenice i dokaze koji mu idu u prilog.

Kada postoji identitet između optužbe i presude?

Identitet optužbe i presude postoji ukoliko je sud u odnosu na činjenični opis iz optužnice izvršio određene intervencije tako da je u izreci presude došlo:

- do izmjena nebitnih okolnosti u opisu djela
- preciziranja uopštenog opisa
- izmjena oznaka koje nisu potrebne u činjeničnom opisu
- usklađivanja opisa krivičnog djela iz optužnice i unošenjem nebitnih ali pojašnjavajućih i precizirajućih okolnosti te ispuštanje takvih nejasnih i nepotpunih okolnosti u cilju usklađivanja činjeničnog opisa sa zakonskim obilježjima krivičnog djela
- ako je optuženi oglašen krivim za dio radnje iz cjeline opisa krivičnog djela u optužnici, a taj dio sadrži obilježje krivičnog djela

- ako je optužnicom stavljeno na teret optuženom produženo krivično djelo, a sud nađe da se radi o sticaju krivičnih djela (jer nije vezan za pravnu ocjenu djela) i obrnuto²²
- ako je sud u izreci presude povodom krivičnog djela krađe označio veću količinu ukradenih stvari, od one označene u optužnici
- ako sud lice optuženo za pronevjeru oglasi krivim za poslugu²³

Iz naprijed navedenih primjera da se zaključiti da je identitet optužbe i presude očuvan ukoliko se radi o istoj radnji ili u bitnim elementima o istom događaju iz prošlosti o kojem se sudi. Činjenice koje nisu bitne za radnju i događaj ne mijenjaju identitet djela pa time ni identitet optužbe i presude. Važno je da se u presudi ne izađe izvan granica opisa djela kojeg je dala optužba.

Hipotetički slučaj:

Optužnicom Kantonalnog tužilaštva u XX optuženom AA stavljeno je na teret izvršenje krivičnog djela teški slučajevi razbojničke krađe i razbojništva iz člana 277. stav 1. u vezi sa članom 276. ranijeg KZFBiH. Činjenični opis djela za koje se optuženi tereti ne sadrži činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi da je prilikom konkretnog događaja oštećeni B B zadobio tešku tjelesnu povredu. Prema stanju spisa, na glavnom pretresu, tužilac je izvršio određene izmjene činjeničnog opisa djela, ali ne i u pogledu toga da li je oštećeni BB prilikom konkretnog događaja zadobio tešku tjelesnu povredu. Prvostepeni sud je, oglašavajući optuženog krivim, u činjenični opis djela u izreci presude unio okolnost da je optuženi prilikom izvršenja krivičnog djela razbojništva nanio oštećenom BB tešku tjelesnu povredu, jer je to u toku krivičnog postupka vještačenjem po vještaku medicinske struke nesumnjivo utvrđeno.

Nanošenje nekoj osobi sa umišljajem teške tjelesne povrede pri izvršenju krivičnog djela razbojništva je kvalifikatorna okolnost, koja učinjenom krivičnom djelu razbojništva daje oblik težeg krivičnog djela – krivičnog djela teški slučajevi razbojničke krađe i razbojništva iz člana 277. stav 1. ranijeg KZ FBiH.

Da li je djelo za koje je optuženi AA oglašen krivim presudom Kantonalnog suda u XX predmet optužbe sadržane u podnesenoj odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici?

Ukoliko se u toku glavnog pretresa pravnorelevantne činjenice iz optužnice mijenjaju tada tužilac mora optužnicu izmijeniti i uskladiti ju sa tim činjenicama. To podrazumijeva naravno da sud ostavi optuženom dovoljno vremena da se sa tako

²² Berislav Pavišić, Komentar zakona o kaznenom postupku, četvrto izdanje, Rijeka 2003, str. 433.

²³ Dr Tihomir Vasiljević i dr Momčilo Grubač, Komentar Zaakona o krivičnom postupku, « savremena administracija», treće izdanje, str. 625.

izmjenjenom optužnicom upozna i pripremi svoju odbranu što znači da se u nastavku glavnog preresu moraju ispitati sve činjenice važne za novo optuženje. Ukoliko bi to sud propustio da uradi povrijedio bi optuženikovo pravo na odbranu i time počinio bitnu povredu postupka, o čemu je naprijed bilo riječi.

Primjeri: Iz Presude Vrhovnog suda RS, Kž-28/03 Od 27.05.2003. godine.

Идентитет оптужбе и пресуде

Члан 346. став 1. ЗКП-а

КАДА ЈЕ СУД ПОСТУПАЈУЋИ ПО ОПТУЖБИ ЗА КРИВИЧНО ДЈЕЛО УБИСТВА ИЗ ЧЛАНА 127. СТАВ 1. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА РС ОПТУЖЕНОГ ОГЛАСИО КРИВИМ ЗА КРИВИЧНО ДЈЕЛО ТЕШКЕ ТЈЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ ИЗ ЧЛАНА 135. СТАВ 5. У ВЕЗИ СА СТАВОМ 3. И 2. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА РС, НА ТЕМЕЉУ УТВРЂЕНОГ ЧИЊЕНИЧНОГ СТАЊА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ, КОЈЕ СЕ ОДНОСИ НА ИСТИ ДОГАЂАЈ, ТИМЕ НИЈЕ ПОВРИЈЕДИО ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ ОПТУЖБЕ ИЗ ЧЛАНА 346. СТАВ 1. ЗКП-а.

Из образложења:

Нема основа тврдња жалбе јавног тужиоца да је побијаном пресудом повријеђен објективни идентитет оптужбе противно члану 346. ЗКП-а у чему би била садржана битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 346. став 1. тачка 9. ЗКП-а.

Наиме, и поред тога што постоји неподударност између чињеничног описа дјела датог у оптужници и оног који је наведен у изреци пресуде, принцип који захтјева идентитет између оптужбе и пресуде, а који је садржан у одредби члана 346. ЗКП-а, није повријеђен када је пресуда заснована на чињеничном стању утврђеном на главном претресу уз услов да је то чињенично стање повољније за окривљеног, да се односи на исти догађај и да манифестује блажи облик генусно истог кривичног дјела. У конкретном случају окривљеном се оптужницом ставља на терет кривично дјело убиства из члана 127. став 1. Кривичног законика РС, па када је у току поступка на главном претресу утврђено такво чињенично стање које манифестује битне елементе кривичног дјела тешке тјелесне повреде из члана 135. став 5. у вези са ставом 3. и 2. Кривичног законика РС, онда је првостепени суд био овлаштен да на темељу таквог чињеничног утврђења донесе пресуду којом окривљеног оглашава кривим за ово кривично дјело, уз услов да такве корекције у чињеничном опису дјела, које у основи остају у оквиру истог догађаја, а које одражавају елементе тог, за окривљеног блажег и генусно истог дјела, унесе у чињенични опис изреке пресуде.

Primjer: Iz Rješenja Kantonalnog suda u Tuzli broj KŽ-181/04 od 18.08.2004. godine

«Osnovano se žalbom tužioca i branioca optuženog S.H. ukazuje da je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 9. ZKP, koja je apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka zbog koje se prvostepena presuda mora ukinuti. Naime, prema nderdbi člana 341. stav 1. ZKP presuda se može odnositi samo na osobu koja je optužena i samo na djelo koje je predmet optužbe sadržane u podnesenoj, odnosno na glavnom pretresu izmijenjenoj ili proširenoj optužnici, a odredbom stava 2. istog člana je propisano da sud nije vezan za prijedloge tužioca u pogledu pravne ocjene djela. Dakle, predmet presude moraju biti optuženi i njegovo djelo koje je predmet optužbe ili na glavnom pretresu proširene ili izmijenjene optužnice, s tim da identitet postoji ako se radi o istoj radnji i o istom događaju o kojem se sudi, i to u njihovim bitnim dijelovima, a identitet nije izmijenjen ako su u presudi izmijenjene okolnosti koje se odnose na bliža svojstva krivičnog djela, okolnosti koje konkretizuju krivično djelo, ali nisu pravno relevantne za izmjenu predmeta optužbe, tako da će objektivni identitet presude i optužbe biti sačuvan sve dok izmjene u presudi dovode samo do drugačijeg djela, a čim izmjene pređu tu granicu i dovedu do drugog djela prestaje taj identitet i optužba je prekoračena. U konkretnom slučaju prvostepeni sud je prkoračio optužbu, jer je optužnicom nadležnog tužioca, koja je izmijenjena na glavnom pretresu od 21.5.2004. godine S.H. optužen da je radnjama opisanim pod tačkom 1. dispozitiva optužnice učinio krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti iz član 358. stav 1. KZFBiH tako što je dana 21. januara 1999. godine, u Klokotnici, općina Doboj Istok, u svojstvu načelnika općine, prekoračio granice svojih službenih ovlaštenja, jer je postupajući suprotno odredbama člana 28. stav 1. tačka 11. Statuta općine Doboj Istok (Službeni glasnik općine Doboj Istok » br. 4/98) narudžbenicom br. 108/ 99 od DOO «Siporex» Tuzla izvršio narudžbu 55,3m3 siporeks bloka različitih dimenzija ukupne vrijednosti od 5.058,00 KM i na taj način zadužio općinu Doboj Istok, iako shodno navedenoj odredbi Statuta o zaduženju općine odlučuje općinsko vijeće, da bi, a nakon što je siporeks dopremljen iz Tuzle po otpremnicama DOO «Siporex» broj 005153, 005154, 005583, isti bio uskladišten u neposrednoj blizini skladišta DOO «Babić Trgovina», vlasništvo Babić Nusreta, bez ikakve propratne dokumentacije, koje preduzeće je po njegovom usmenom nalogu vršilo prodaju i donacije, a da novac od prodaje nije polagan na blagajnu općine Doboj Istok, niti su računi DOO «Siporex» Tuzla broj 86. od 26.1.1999. godine, na iznos od 4.374,00 KM i broj 267 od 16.3.1999. godine na iznos od 684,00 KM plaćeni, na koji način je budžet općine Doboj Istok oštetio za ukupan iznos od 5.058,00 KM, dok je pobijanom presudom optuženi Subašić Hasib oglasen krivim zbog krivičnog djela-nesavjestan rad u službi- iz člana 366. stav 1. KZ FBiH, koje je prema činjeničnom opisu pod tačkom 1. izreke prvostepene presude počinio tako što je krajem mjeseca marta 1999. godine u Klokotnici, općina Doboj Istok, u svojstvu načelnike općine, nakon što je narudžbenicom broj 108/99 od 21.1.1999. godine od DOO «Siporex»Tuzla izvršio narudžbu 55,3 m3 siporeks bloka različitih dimenzija, ukupne vrijednosti od 5.058,00 KM i nakon što je siporex dopremljen iz Tuzle po otpremnicama broj 005153,005154,005583 i istovaren u neposrednoj blizini skladišta DOO «Babić Trgovina» koja je knjigovodstveno se ne zadužujući, po njegovom usmenom nalogu prodavala ga raznim licima, a novac od prodaje nije polagan na blagajnu općine Doboj Istok, već je zadržan kod vlasnika DOO

«Babić Trgovina» oštetivši na taj način budžet općine Doboj Istok za iznos od 5.058,00 KM. Iz izloženog proizilazi da je prvostepeni sud u izreci prvostepene presude u opisu krivičnog djela dodao na štetu optuženog okolnosti koje optužba ne sadrži, a koje znače dalje povrede propisa, jer je u činjeničnom opisu navedeno da je optuženi postupio suprotno Zakonu o računovostvu, koja povreda propisa optužnicom optuženom nije stavljena na teret, pa je time prvostepeni sud prekoračio optužbu bez obzira što je radnje optuženog pravno kvalifikovao kao krivično djelo –nesavjestan rad u službi iz člana 366. stav 1. KZFBiH, koje je lakše krivično djelo od krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlasti iz člana 358. stav 1. KZ FBiH., koje je optužnicom Subašić hasibu stavljeno na teret.

Iz iznijetih razkoga ovaj sud je uvažavajući žalbu tužioca i branioca optuženog na osnovu člana 378. stav 1. ZKP ukinuo prvostepenu presudu u cijelosti i predmet je vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje.»

Ukoliko je djelo iz presude teže za optuženog od onog iz optužbe, ili je pak u presudi oglašen krivim za drugo djelo, pa makar i lakše od onog iz optužbe, optužba je prekoračena. Drugo djelo postoji ukoliko je ono u posebnom dijelu krivičnog zakona smješteno u drugu glavu, jer se u tom slučaju radi o drugom zaštitnom objektu.

Napr:

Optužnica protiv A.A. je podnesena zbog krivičnog djela izrada lažne bilance iz člana 249. KZ FBiH, za koje je propisana kazna zatvora od 6 mjeseci do 5 godina, a sud ga ogласи krivim zbog krivičnog djela prevara vjerovnika iz člana 299. stav 2. KZFBiH za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Optužba je prekoračena mada je krivično djelo za koje je A.A. oglašen krivim lakše. Zaštitni objekat krivičnog djela iz člana 299. KZ FBiH je imovina, a zaštitni objekat iz člana 249. KZ FBiH su privreda, poslovanje i sigurnost platnog prometa.

U sljedećim situacijama će se takođe smatrati da je optužba prekoračena:

- ako je lice optuženo za krivično djelo ugrožavanja javnog saobraćaja zbog nepravilne vožnje, osuđeno za to krivično djelo zbog upotrebe neispravnog vozila
- ukoliko sud u dispozitiv presude u opisu krivičnog djela doda na štetu optuženog okolnosti, koje optužnica ne sadrži, a koje znače daljnje povrede propisa ili pravila o javnom saobraćaju
- ukoliko je sud okrivljenog za krivično djelo opisano u optužnici kao pomagača u primanju mita, izostavljanjem nekih dijelova optužnice i dodavanjem novih, ogласи optuženog krivim zbog krivičnog djela pronevjere .

U praksi je primjećeno da se u žalbama tužilaca često prigovara da je prvostepeni sud prekoračio optužbu kada, nakon što je utvrdio postojanje nužne odbrane ili prekoračenja nužne odbrane, činjenični opis optužnice izmijenio unošenjem u izreku presude činjenica i okolnosti iz kojih proizilazi nužna odbrana ili pak njezino prekoračenje. Međutim sasvim je pogrešno takvo shavatanje. Naime, prvostepeni sud je upravo dužan da prilagodi činjenični opis izreke presude (bilo one kojom se zbog postojanja nužne odbrane optužba odbija, ili pak osuđujuće usljed prekoračenja nužne odbrane) i da u skladu sa istim donese odgovarajuću presudu, a da potom u obrazloženju takve presude iznese razloge za takvo svoje utvrđenje. U protivnom, ukoliko bi sud u obrazloženju presude naveo da je optuženi postupao u nužnoj odbrani, ili pak u prekoračenju nužne odbrane, a to ne bi bilo sadržano i u činjeničnom opisu izreke presude, tada bi takvo obrazloženje bilo proturječno izreci presude i to bi činilo bitnu povredu odredaba krivičnog postupka i tačke k), o kojoj će u nastavku biti riječi.

k) ako je izreka presude nerazumljiva, protivrječna sama sebi ili razlozima presude ili ako presuda uopće ne sadrži razloge ili u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama

Ova povreda, koju zakon takođe tretira kao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, moguće je da bude počinjena u izreci ili u obrazloženju prvostepene presude.

Manjkavosti koje se tiču izreke prvostepene presude ogledaju se u njezinoj nerazumljivosti ili pak u proturječnosti sa samom sobom ili pak obrazloženjem te presude.

Izreka presude je nerazumljiva ukoliko činjenični opis djela u izreci presude ne sadrži sve što je potrebno da se djelo okrivljenog odredi.

Primjer:

Odredbom člana 300. ZKP FBiH st. 1. tačka 1. ZKP propisano je da će sud u presudi u kojoj se optuženi oglašava krivim izreći za koje se djelo oglašava krivim uz naznačenje činjenica i okolnosti koje čine obilježje krivičnog djela, kao i onih od kojih ovisi primjena određene oredbe krivičnog zakona.

Ukoliko je u presudi kojom je optuženi oglašen krivim za krivično djelo krivotvorenje isprave iz čl. 351. st. 1. ranijeg KZ FBiH, koje čini onaj ko napravi lažnu ispravu ili preinači pravu ispravu u namjeri da se takva isprava upotrijebi kao prava ili ko lažnu ili preinačenu ispravu upotrijebi kao pravu, činjenični opis djela u izreci presude morao je, u skladu sa čl. 300.st.1. tačka 1. ZKP sadržavati činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi da je okrivljeni napravio lažnu ispravu ili preinačio pravu ispravu u namjeri da je upotrijebi kao pravu ili da je lažnu ispravu ili preinačenu ispravu upotrijebio kao

pravu. Međutim, činjenični opis djela u izreci pobijane presude sadrži činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi da je okrivljeni preinačio pravu ispravu, ali ne i činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi da je to učinio u namjeri da takvu ispravu upotrijebi kao pravu. Kada je pak u pitanju upotreba preinačene isprave kao prave, kao drugi oblik krivičnog djela iz čl. 351. st. 1. KZFBiH, činjenični opis djela u izreci pobijane presude ne sadrži određenu naznaku da je okrivljeni preinačenu ispravu dostavio «Volksbank BH nego samo naznaku da je preinačena isprava navedenoj banci dostavljena putem faxes iz DOO «Solar» Gračanica.

U sljedećem primjeru drugostepeni sud je utvrdio da je prvostepeni sud počinio ovu bitnu povredu na taj način što je izreka presude proturječna samoj sebi i razlozima iznesenim u obrazloženju te presude:

Primjer:

«Pobijanom presudom optuženi A.K. i R.M. oglašeni su krivim za krivično djelo teške krađe iz člana 274. stav 1. u vezi sa članom 23. ranijeg KZFBiH. Navedeno krivično djelo, prema odredbi člana 274. stav 1. tačka 1. ranijeg KZFBiH, čini onaj ko počini krađu (član 273. stav 1.) obijanjem, provaljivanjem ili drugim savladavanjem većih prepreka da dođe do stvari iz zatvorenih zgrada, soba, blagajna, ormara ili drugih zatvorenih prostorija. Ovo krivično djelo predstavlja dakle kvalificirani oblik krađe i za njegovo postojanje je neophodno da su ostvarena zakonska obilježja osnovnog krivičnog djela krađe iz člana 273. stav 1. ranijeg KZFBiH, pa, između ostalog, i namjera pribavljanja sebi ili drugom protivpravne imovinske koristi. Po ovom svom zakonskom obilježju krivično djelo krađe iz člana 273. stav 1. ranijeg KZFBiH razlikuje se od krivičnog djela oduzimanje tuđe pokretne stvari iz člana 279. stav 1. ranijeg KZFBiH.

Odredbom člana 300. stav 1. tačka a) ZKP FBiH propisano je da će u presudi u kojoj se optuženi oglašava krivim sud izreći za koje se djelo oglašava krivim uz naznačenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela, kao i onih od kojih ovisi primjena određene odredbe Krivičnog zakona. Međutim, iako su pobijanom presudom optuženi A.K. i R.M. oglašeni krivim za krivično djelo teške krađe iz člana 274. stav 1. tačka 1. ranijeg KZFBiH, činjenični opis djela u izreci presude ne sadrži naznaku da su oni oduzimanje tuđih pokretnih stvari navedenih u izreci prvostepene presude izvršili u namjeri pribavljanja sebi ili drugom protivpravne imovinske koristi. Nasuprot tome, prvostepeni sud u obrazloženju svoje presude konstatuje da su optuženi A.K. i R.M. pri preduzimanju radnji za koje su oglašeni krivim tom presudom postupali u namjeri pribavljanja sebi protivpravne imovinske koristi. Usljed toga, u pogledu te odlučne činjenice od koje zavisi primjena krivičnog zakona na učitelje i njihova djela izreka pobijane presude je protivrječna njezinim razlozima, te je time učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKP FBiH, na kojoj je branilac optuženog A.K. u žalbi ispravno ukazao.

Iz navedenog razloga ovaj sud je na osnovu člana 330. stav 1. tačka a) ZKPFBiH donio rješenje kojim je uvažio žalbu branitelja optuženog A. K. i presudu Kantonalnog suda u Zenici broj XX/XX od XX u njenom osuđujućem dijelu koji se odnosi na

optuženog A. K. ukinuo. Primjenom odredbe člana 324. ZKPFBiH (beneficium cohaesionis) ovaj sud je povodom žalbe branioca optuženog A. K. a po službenoj dužnosti, ukinuo navedenu presudu i u odnosu na optuženog R. M., koji nije podnio žalbu u tom pravcu, jer su utvrđeni razlozi zbog kojih je donio odluku u korist optuženog A. K. od koristi i za optuženog R. M. te odredio održavanje pretresa pred ovim sudom»

U praksi je uočeno da se ova bitna povreda od strane nižestepenih sudova najčešće čini na taj način što izreka presude, kojom se optuženi oglašava krivim, pored objektivnih radnji koje su optuženom kao počiniocu stavljene na teret ne sadrži i subjektivni element, dakle odnos optuženog prema radnji izvršenja i nastupjeloj posljedici. Usljed takvih nedostataka izreka takve presude je nerazumljiva a često uz to i proturječna njezinom obrazloženju. To je vidljivo iz sljedećeg primjera:

Primjer:

Prvostepeni sud je, kako se to vidi iz izreke prvostepene presude, oglasio krivim optuženog M. V., što je, kako se to pobliže u izreci opisuje, nakon kraće prepirke sa svojom punicom V. Ž.-K., otišao do svoje sobe, uzeo pištolj marke CZ kalibra 7,65 mm, vratio se ponovno do ljetne kuhinje, u kojoj se nalazila njegova punica, koja je u tom trenutku sjedjela, približio joj se na oko 2 m i u istu ispalio dva metka, zadavši joj na taj način ozljede od kojih je trenutno preminula. Ovo djelo, prvostepeni sud je pravno ocijenio kao krivično djelo ubojstva iz člana 171. stav 1. KZ FBiH.

Međutim, iz izreke pobijane presude vidljivo je da je opisana samo realna radnja optuženog koja je prouzrokovala smrt oštećene, a to znači samo objektivne činjenice i okolnosti bića navedenog krivičnog djela. Istovremeno u obrazloženju pobijane presude prvostepeni sud navodi da je optuženi postupao sa umišljajem i namjerom da oštećenu liši života.

Pošto u konkretnom slučaju sama izreka presude sadrži samo činjenični opis djela, dakle samo objektivne činjenice i okolnosti a ne i činjenice i okolnosti subjektivne prirode, koje bi ukazivale da je optuženi pucao iz pištolja u oštećenu kako bi ju lišio života, ovaj sud smatra da je izreka takve presude nerazumljiva. Mada prvostepeni sud u obrazloženju presude navodi da je našao utvrđenim da je optuženi postupao sa umišljajem i namjerom da oštećenu liši života, prednji nedostatak iz izreke, prvostepeni sud nije mogao nadomjestiti ovakvim navodima u obrazloženju

Naime, kod krivičnog djela ubojstva (a tako je i kod svakog drugog djela) u izreci osuđujuće presude, moraju biti navedene činjenice i okolnosti, kako objektivne tako i subjektivne prirode, koje sadrže sve bitne elemente toga krivičnog djela koje ga jasno razlikuje od svakog drugog djela. U suprotnom bi moglo imati za posljedicu da se radnje optuženog, za koje je oglašen krivim, pravno ocijene kao krivično djelo teške tjelesne povrede kvalifikovane smrću iz člana 177. st.5 u vezi sa stavom 1. KZ FBiH. Međutim, pošto je nasuprot tome prvostepeni sud takve radnje pravno kvalifikovao kao krivično djelo ubojstva iz člana 171. stav 1. KZ FBiH i takvo pravno shvatanje ponovio

u obrazloženju presude, onda je jasno da ta presuda u cjelini zastupa tezu da se radi o naprijed pomenutom krivičnom djelu za koje je optuženi oglašen krivim. Zbog toga je izreka pobijane presude nepotpuna i nerazumljiva, radi čega se ne može ni ispitati. Time je prvostepeni sud počinio bitnu povredu odredaba ZKP iz člana 312. stav 1. tačka k) ZKPFBiH a na koju se u žalbi branioca optuženog pravilno ukazuje.

Osim toga, iz obrazloženja prvostepene presude proizilazi da prvostepeni sud, obrazlažući subjektivni elemenat bića krivičnog djela, isti svodi na uračunljivost tj. mogućnost optuženog da shvati značaj i posljedice djela i da upravlja postupcima, što je pogrešno, usljed čega su nejasni izneseni razlozi o odlučnim činjenicama».

Iz sljedećeg primjera je vidljivo da je bitna povreda iz ove odredbe načinjena na taj način što prvostepena presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama (o tome koje su to odlučne činjenice bit će riječi u nastavku izlagamja u okviru žalbenog osnova pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja):

Primjer:

Iz Odluke Vrhovnog suda FBiH broj KŽ-409/03 od 08.04.2004. godine

«U konkretnom slučaju optuženi je oglašen krivim zbog krivičnog djela djelo teško djelo protiv sigurnosti javnog prometa iz člana 320. stav 2. u vezi sa članom 316. stav 1. KZ FBiH, koje ima blanketnu dispoziciju, što dalje znači da njegova radnja (radnja krivičnog djela) proizilazi iz zabrana i uputstava datih u odgovarajućim saobraćajnim propisima. Ovo jasno ukazuje na zavisnost blanketne dispozicije krivičnog djela i materijalnopravnog propisa koji je ventualno povrijeđen. Dosljedno tome je uvijek potrebno da su u obrazloženju presude, pored činjenica i okolnostikoje predstavljau obilježja krivičnog djela za koje je optuženi oglašen krivim ukaže i na povredu odgovarajućih saobraćajnih propisa. Kako se to vidi iz obrazloženja pobijane presude, nižestepeni sud tako nije postupio, pa je ostalo nejasno u čemu se sastoji radnja izvršenja predmetnog krivičnog djela, odnosno koji su saobraćajni propisi pvrijeđeni u dinamici nastanka ove saobraćajne nezgode, u kojoj su smrtno nastradale dvije osobe. Istina, u izreci i obrazloženju pobijane presude prvostepeni sud ukazuje da je optuženi u vrijeme izvršenja krivičnog djela upravljao vozilom sa koncentracijom alkohola u krvi od 2,94 promila i da je time, kako se to navodi, «grubo» prekršio odredbu člana 183. Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima (ZOBS-a), usljed čega da je bio očigledno nesposoban za bezbjednu vožnju. Međutim, po ocjeni ovog suda, kršenje naprijed navedene zakonske odredbe i očigledna nesposobnost za bezbjednu vožnju, same po sebi ne mogu uspostaviti direktnu uzročnu vezu sa posljedicom ovog krivičnog djela, kako to pogrešno smatra nižestepeni sud u obrazloženju pobijane presude. U stvari, kod ovakvih krivičnih djela radi se o tome da optužena osoba sa reduciranom sposobnošću za bezbjednu vožnju mora u dinamici nastanka saobraćajne nezgode učiniti daljnji propust u vožnji kršenjem nekog saobraćajnog propisa u kome se sa jedne strane manifestuje očigledna nesposobnost za bezbjednu vožnju, a sa druge strane neposredno dovodi do saobraćajnog udesa. Kako u smislu prednjih navoda prvostepeni

sud nije tako postupio, odnosno u obrazloženju pobijane presude nije naveo i konkretizovao materijalnopравни propis od kojeg zavisi postojanje ovog krivičnog djela sa blanketnom dispozicijom učinio je bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP, pošto takva presuda nema razloga kojima se rukovodio nižestepeni sud prilikom rješavanja pravnih pitanja.»

Slijedeći primjer ukazuje da je bitna povreda iz ove tačke počinjena na taj način što je izreka pobijane presude proturječna razlozima iznesenim u njenom obrazloženju.

Primjer:

Iz Presude Vrhovnog suda FBiH broj Kž-18/04 od 18.03.2004. godine

“Ispitujući žalbu javnog tužioca na oslobađajući dio pobijane presude, kojom su, na osnovu člana 345. stav 1. tačka 1. ZKP oslobođeni od optužbe Šime Pejić i Drago Ščulija, da su kao saizvršioци, zajedno sa Dominom Poplašenom i Josipom Šimunovićem, izvršili krivično djelo ubojstva iz člana 36. stav 2. tačka 4. KZ RBiH u vezi sa članom 22. preuzetog KZ SFRJ, ovaj sud je utvrdio da je žalba tužitelja djelimično osnovana. Naime, javni tužilac u žalbi tvrdi da je u oslobađajućem dijelu prvostepeni sud počinio bitne povrede odredaba krivičnog postupka i to time što je povrijedio objektivni identitet optužbe i što je načinio bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP, jer je izreka pobijane presude u tom dijelu proturječna razlozima datim u njoj.

I po mišljenju ovog suda izreka pobijane presude u oslobađajućem dijelu je proturječna razlozima zbog kojih je prvostepeni sud optužene Šimu Pejića i Dragu Ščulija oslobodio od optužbe. Naime, osnov za oslobođenje od optužbe prema izreci pobijane presude je da djelo za koje su optuženi po zakonu nije krivično djelo. S druge strane, prvostepeni sud u razlozima navodi da nije utvrđeno postojanje prethodnog dogovora, što upućuje na to da prvostepeni sud nalazi da nema dokaza da su optuženi Šime Pejić i Ščulija Drago učinili krivično djelo koje im je optužnicom stavljeno na teret. Naime, iako nalazi utvrđenim da su optuženi Šime Pejić i Ščulija Drago došli sa Poplašen Dominom i Josipom Šimunovićem do kuće oštećenog, i da su nakon što je Domin Poplašen pucao i usmrtio oštećenog, učestvovali u činu podmetanja požara radi prikrivanja tragova, a koje radnje su njima optužnicom stavljene na teret, zaključuje da u tim radnjama nema obilježja saizvršilaštva, jer nije utvrđen prethodni dogovor, a niti pomaganja pošto je za postojanje pomaganja u smislu člana 24. preuzetog KZ SFRJ neophodno da je uklanjanje tragova bilo unaprijed obećano. Kako je prvostepeni sud utvrdio da nema dokaza u pogledu tih odlučnih činjenica (prethodnog dogovora) što opet ukazuje da prvostepeni sud u stvari nalazi da nema dokaza da su optuženi Šime Pejić i Ščulija Drago učinili krivično djelo za koje su optuženi (član 345. tačka 3. ZKP), onda je očigledno suprotno tome u izreci pobijane presude nevedeno da se isti oslobađaju od optužbe na osnovu člana 345. tačka 1. ZKP., čime je počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP.

Isto tako, po ocjeni ovog suda, je izostala ocjena dijela iskaza optuženog Šime Pejića da su par dana poslije navedenog događaja došli njegovoj kući Domin Poplašen

i Drago Ščulija, kojom prilikom mu je Domin Poplašen dao 800 DEM, kao i dijela iskaza da mu je nakon određenog vremena optuženi Josip Šimunović “ zaprijetio da će ako propjeva biti u pitanju njegova glava i glave njegove obitelji”, a sve sa aspekta postojanja ili nepostojanja eventualnog prethodnog dogovora za izvršenje krivičnog djela za koje su Domin Poplašen i Josip Šimunović oglašeni krivim, što takođe predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP.

Stoga je valjalo prema odredbi člana 378. ZKP pobijanu presudu u oslobađajućem dijelu ukinuti i vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje. U ponovljenom postupku prvostepeni sud će, u odnosu na optužbu protiv Šime Pejića i Ščulija Dragu, ponoviti već provedene dokaze a po potrebi izvest će i nove, otklonit će bitne povrede odredaba krivičnog postupka na koje je ukazano ovom presudom, te cijeliti i ostale žalbene navode javnog tužioca iznesene protiv oslobađajućeg dijela presude, nakon čega će biti u stanju donijeti zakonitu odluku. Pri tome će prvostepeni sud, koji je vezan činjeničnim opisom radnji sadržanim u optužnom aktu, a nije vezan pravnom kvalifikacijom djela koju je optužba dala, ukoliko nađe da nema dokaza za postojanje prethodnog dogovora između optuženih, niti unaprijed obećanog prikrivanja, ocijeniti da li u radnjama optuženih Šime Pejića i Drage Ščulija, ima elemenata nekog drugog krivičnog djela.

Imajući u vidu sve izloženo valjalo je na osnovu odredbi članova 377. i 378. ZKP odlučiti kao u tačkama I i II ove presude.

Primjer : Iz Rješenja Vrhovnog suda FBiH broj Kž-513/01 od 12.03.2002. godine

« Iz obrazloženja pobijane presude se vidi da je prvostepeni sud u toku dokaznog postupka između ostalog saslušao svjedoke A.L. i M. Đ., ali nije naveo sadržine njihovih iskaza i ocijenio ih u vezi sa ostalim izvedenim dokazima. Pri ovome valja dodati, da kantonalni tužilac u Bihaću pravilno ukazuje ne samo na takve propuste nižestepenog suda, već uz to i opravdano tvrdi, da se iskazi svjedoka A.L. i M. Đ. odnose na odlučne činjenice u pogledu kojih su u obrazloženju pobijane presude izvedeni činjenični zaključci da one ne postoje. Dakle, u odnosu na postojanje odlučnih činjenica na kojima kantonalni tužilac u Bihaću zasniva svoju optužbu, nižestepeni sud je potpuno zanemario iskaze svjedoka A.L. i M. Đ. , odnosno u obrazloženju pobijane presude nije naveo bilo kakve razloge zbog čega ih nije uzeo u obzir i cijenio zajedno sa ostalim dokazima. Time je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP, na čije je postojanje kantonalni tužilac u svojoj žalbi ispravno ukazao»

S tim u vezi, smatra se da je propust obrazloženja iz kojih razloga nije prihvaćen dokazni prijedlog za ispitivanje svjedoka apsolutno bitna povreda jer presuda nema razloga o odlučnim činjenicama.

Međutim, po nekim stajalištima se izostanak obrazloženja o razlozima neuvažavanja dokaznih prijedloga stranaka tretira kao reletivno bitna povreda postupka.

Tako ima primjera gdje se navodi da postoji relativno bitna povreda odredaba postupka *«kada sud nije dao razloge zbog kojih nije proveo dokaz saslušanjem dvojice svjedoka, o čijem je saslušanju svojim rješenjem pozitivno odlučio, prihvativši takav dokazni prijedlog optuženog, što je svakako moglo uticati na zakonito i pravilno donošenje presude»*.

Međutim, po nekim sudovima odbijanje prijedloga stranaka da se izvede neki dokaz ne predstavlja bitnu povredu postupka, već to može biti uzrok da činjenično stanje u postupku ostane nepotpuno i nepravilno utvrđeno. Da li će ili neće izvesti neki dokaz, po pristalicama ovog stajališta, pitanje je ocjene suda u svakom pojedinom slučaju koja, dakako, može biti i pogrešna, te stoga može predstavljati žalbenu osnovu pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, ali ne i žalbenu osnovu povrede zakona.

Iz ovoga proizilazi da sudska praksa zauzima tri stava o tome kakvu povredu predstavlja izostanak obrazloženja o odbijanju dokaznih prijedloga:

- prvi stav da se radi o apsolutno bitnoj povredi
- drugi stav da je riječ o relativno bitnoj povredi
- treći stav smatra da samo odbijanje dokaznih prijedloga nije niti apsolutno niti relativno bitna povreda, već bi moglo biti riječi o pogrešno ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju.

Šta je opšteprihvaćen stav u našoj sudskoj praksi?

Sud ima ovlaštenje da ne provede sve predložene dokaze, ali smatramo da u obrazloženju presude mora navesti razloge odbijanja provođenja predloženih dokaza. Naime, samo odbijanje provođenja nekog dokaza ne predstavlja bitnu povredu, jer nigdje u zakonu nije propisano da je sud dužan provesti svaki predloženi dokaz. Tačnije, odredbom člana 278. stav 2. ZKP FBiH sudija, odnosno predsjednik vijeća, ukoliko zaključi da okolnosti koje stranka ili branitelj želi dokazati nemaju značaja za predmet ili da je ponuđeni dokaz nepotreban, odbit će izvođenje takvog dokaza. Takvu istovjetnu odredbu sadrže i ostali krivičnoprocesni zakoni. To znači da odbijanje dokaznog prijedloga stranaka i branitelja nije povreda procesnih odredaba. Povreda bi mogla postojati ukoliko bi stranke i branitelj bili onemogućeni da svoje dokazne prijedloge stave. To znači da stranke imaju pravo da stave prijedloge a sudija, odnosno predsjednik vijeća, ima pravo da te prijedloge odbije, i da time ne povrijedi ni jednu procesnu odredbu. Međutim, u odredbi člana 305. stav 1. tačka 7. ZKP FBiH je propisano da će sud u pisano izrađenoj presudi navesti iz kojih razloga nije uvažo pojedine prijedloge stranaka, iz kojih razloga je odlučio da se ne sasluša neposredno svjedok ili vještak čiji je iskaz pročitao, zbog čega smatramo da je izostavljanje razloga

o ovome relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka i da će sud tu povredu cijeliti sa aspekta da li je to bilo ili moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

2.2. Relativno bitna povreda odredaba krivičnog postupka

Odredbe članova 297. stav 2. ZKP BiH; (čl. 312. st.2. ZKP FBiH; čl. 303. st. 2. ZKP RS i čl. 297. st. 2. ZKP BD), govore o relativnim povredama krivičnog postupka, koje takođe trebaju da bude bitne. Naime, ukoliko sud za vrijeme pripremanja glavnog pretresa ili u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primjenio ili je nepravilno primjenio koju odredbu tog zakona, a to je bilo ili je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude, počinio je bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

Zakon ove povrede ne nabraja jer to može biti svaka povreda na koju žalilac ukaže, i one se cijene da li su bitne ili ne prema okolnostima svakog konkretnog slučaja.

PRIMJER: *Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Republike Srpske KŽ-K 1/05 od 24.06.2005. god*

«Правилно жалба браниоца оптуженог указује на то да захтјев садржан у одредби члана 260. ЗКП-а, у погледу начина вођења записника о главном претресу (дословно унијети цијели ток главног претреса), подразумјева обавезну примјену правила садржаног у члану 66. став 1. ЗКП-а о снимању предузетих радњи у кривичном поступку уређајем за звучно снимање, јер само такав начин вођења записника обезбјеђује потпуно дословно (од ријечи до ријечи) уношење тока главног претреса. Слиједом тога основан је и приговор ове жалбе, заснован на тврдњи да је повредом цитираних одредби у поступку доношења првостепене пресуде, почињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 303. став 2. ЗКП-а, релативног карактера, када је о току главног претреса писан записник и при томе нису унесени потпуно сви детаљи изведених радњи на главном претресу. Међутим, када се има у виду суштина и значај детаља који нису забиљежени у једном дијелу записника о главном претресу (није означена садржина свих постављених питања, записник је у неким сегментима диктиран у трећем лицу) на које жалба указује, по мишљењу овог суда почињена повреда одредаба кривичног поступка, због начина вођења записника о главном претресу, није имала стварни штетни одраз на правилност донесене пресуде.»

Primjer:

Iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj Kvl-z 120/03 od od 07.04.2005. godine

Protiv presude Kantonalnog suda u Bihaću, broj KŽ-22/03 od 10.09.2003. godine odbijena je kao neosnovana žalba branioca optuženog Č.B. i potvrđena presuda Općinskog suda u Sanskom Mostu broj K86/02 od 02.10.2002. godine. Protiv ove presude branilac optuženog je podnio zahtjev za zaštitu zakonitosti u kojem je naveo da je drugostepeni sud, suprotno odredbi člana 365. ZKP pripustio da njega i optuženog obavijesti o sjednici vijeća na kojoj se odlučivalo o njegovoj žalbi, mada je on izričito zahtijevao da o sjednici vijeća drugostepenog suda budu obaviješteni.

«Ispitujući osnovanost podnesenog zahtjeva za zaštitu zakonitosti ovaj sud je na osnovu stanja spisa predmeta utvrdio da u spisu nedostaje zapisnik o sjednici vijeća tog suda, mada se isti, shodno odredbi člana 365. stav 6. ZKP priključuje spisima prvostepenog i drugostepenog suda, što znači da je zapisnik sastavni dio spisa predmeta. Na osnovu zapisnika o sjednici vijeća ovaj sud bi, na najrelevantniji način utvrdio ko je sve prisustvovao sjednici vijeća, na kojoj je odlučivano o žalbi branioca optuženog. Međutim, u spisu predmeta takođe ne postoji ni jedan drugi objektivni dokaz (napr. naredba o zakazivanju sjednice vijeća, dostavnica o obavještavanju optuženog ili njegovog branioca o sjednici vijeća i sl.), iz kojeg bi proizašlo da je drugostepeni sud o sjednici vijeća obavijestio optuženog i njegovog branioca. Osim toga, iz same pobijane presude očigledno proizilazi da je vijeće Kantonalnog suda u Bihaću, sjednicu održalo bez prisutnosti optuženog i njegovog branioca, jer bi se, u suprotnom, to iz uvoda i obrazloženja presude vidjelo. Stoga je ovaj sud zaključio da optuženi i njegov branilac nisu bili obaviješteni o sjednici vijeća drugostepenog suda, iako su to u žalbi izričito zahtijevali. Stoga se po nalaženju osnovano u zahtjevu za zaštitu zakonitosti ukazuje da je time povrijeđeno pravo optuženog da prisustvuje sjednici drugostepenog vijeća, zasnovano na temelju odredbe člana 365. stav 1. ZKP.

Kako su navedeni propusti mogli uticati na pravilnost i zakonitost drugostepene presude, jer je povrijeđeno pravo optuženog na odbranu, time je počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stav 2. u vezi sa članom 365. stav 1. ZKP.

Primjer:

Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Republike Srpske KŽ-134/04 od 22.02.2005. god.

Жалба браниоца полази од тврдње да је оптужени дана 28.4.2004. године, без обавезног присуства браниоца, испитиван путем полиграфа, а да је на основу таквих података услиједило прикупљање осталих доказа. На основу овога оспорава и ваљаност закљученог споразума и изречене казне, сматрајући да је он закључен на основу неваљаних доказа прикупљених уз битну повреду одредаба кривичног поступка. Овакав став жалбе није исправан и не може се прихватити као основан.

Смисао института преговарања о кривици састоји се у томе да странке и бранилац саме изврше процјену ваљаности и квалитета прикупљених доказа који им иду у прилог али и на њихову штету и да на основу тога сагледају свој

положај у кривичном поступку и у суђењу, уколико до њега дође. На основу тога њима се оставља могућност да избјегну суђење закључивањем споразума који суд може да прихвати и на основу њега изрекне одговарајућу кривичну санкцију. Признањем кривице и одрицањем од права на суђење оптужени се фактички одриче и права да истиче приговоре чињеничног карактера.

Оптужени је приликом првог испитивања од стране тужиоца имао браниоца, као и у преосталом току кривичног поступка. Чињеница испитивања путем полиграфа њима није могла да остане непозната и ту околност и могућност њене употребе у корист оптуженог, ради евентуалног оспоравања ваљаности доказа, могли су да благовремено процјене прије преговарања о кривици.

Првостепени суд је приликом одлуке о прихватању споразума странака правилно примјенио одредбе члана 238. Закона о кривичном поступку и провјерио да постоји довољно доказа о кривици оптуженог. О прихваћеним доказима дао је одређене и јасне разлоге из којих се види да полиграфско испитивање није уопште цијенио као доказ, нити је на њему засновао такву одлуку.

Из наведених разлога жалба бранилаца није основана, па првостепени суд није починио битну повреду одредаба кривичног поступка која се у њој истиче.

2.3. Povreda krivičnog zakona

Povreda Krivičnog zakona postoji ukoliko su povrijeđene materijalnopravne odredbe koje se tiču samog krivičnog djela, krivice ili krivične sankcije. Sve povrede krivičnog zakona smatraju se apsolutnim. Isto tako, ovakve povrede postoje ukoliko je sud prethodno utvrdio da je činjenično stanje pravilno i potpuno utvrđeno, s tim što je sud pogrešno, takvo činjenično stanje podveo pod odredbe krivičnog zakona.

Pojedine procesne odredbe, koje su takođe sadržane u navedenim krivičnim zakonima, nemaju karakter ovih povreda.

Sve ove povrede krivičnog zakona treba da proizilaze iz činjeničnog stanja koje je prvostepeni sud utvrdio bez povrede odredaba krivičnog postupka. Naime činejice treba da su pravilno utvrđene ali nisu pravilno podvedene pod materijalni zakon.

Odredbama članova 298. ZKP BiH, (čl. 313. ZKP FBiH, čl. 304. ZKP RS. čl. BD propisuju da povreda krivičnog zakona postoji ako je krivični zakon povrijeđen u pitanju:

- a) da li je djelo za koje se optuženi goni krivično djelo**
- b) postoje li okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost**
- c) postoje li okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a naročito da li je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usljed amnestije ili pomilovanja ili je stvar već pravomoćno presuđena**
- d) da li je u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe primjenjen zakon koji se ne može primjeniti**

- e) da li je odlukom o kazni ili uvjetnoj osudi, odnosno odlukom o mjeri sigurnosti ili o oduzimanju imovinske koristi prekoračeno ovlaštenje koje sud ima po zakonu,
- f) da li su pravilno primjenjene odredbe o uračunavanju pritvora i izdržane kazne

a) Da li je djelo za koje se optuženi goni krivično djelo?

Načelo zakonitosti, prema kojem su krivična djela i krivičnopravne sankcije samo oni / one koji su propisani krivičnim zakonima određene zemlje, jedno je od osnovnih tekovina savremenog civiliziranog društva i jedan od najjačih garanta vladavine prava i poštivanja ljudskih prava i sloboda. Dakle, ako je sud, suprotno principu *nullum crime sine lege* oglasio optuženog krivim za djelo koje nije određeno zakonom kao krivično djelo počinio će navedenu povredu.

Može biti situacija da je djelo, za koje se optuženi goni građanskopravni ili upravnopravni odnos, ili disciplinski prekršaj, administrativno pravni ili privredni prekršaj, privredni prestup ili pravno indiferentan odnos i da ne predstavlja krivično djelo. Ukoliko sud to ne vidi, ne prepozna, može povrijediti zakon uzimajući pogrešno da je jedna radnja krivično djelo, koja u stvari to nije, i obrnuto da nije krivično djelo jedna radnja koja u stvari to jeste.²⁴

Povreda krivičnog zakona u odnosu na postojanje krivičnog djela može se pojaviti u tri oblika²⁵

- a) kao pogrešna pravna ocjena djela da neko djelo jest ili nije krivično djelo
- b) kao pogrešna pravna ocjena postojanja , odnosno nepostojanja nekih zakonskih obilježja krivičnog djela
- c) kao pogrešna pravna ocjena postojanja ili nepostojanja razloga isključenja protupravnosti

b) postoje li okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost

Koje su to okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost propisuje odredbe članova (čl. 36. stav 1. i čl.39. st.1.KZFBiH)

Ovu povredu sud će počinio ukoliko nađe da ima okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost iako ih u stvari nema, pa je pogrešno oslobodio ili pogrešno primjenio

²⁴ *Komentar zakona o krivičnom postupku, treće izdanje, dr Tihomir Vasiljević i dr Momčilo Grubač, str. 634*

²⁵ *Berislav Pavišić, Komentar Zakona o kaznenom postupku, četvrto izdanje, Rijeka 2003. str. 471.*

odredbe kojima se provodi postupak u slučaju neuračunljivosti optuženog, ili pak je pogrešno utvrdio da tih okolnosti nema iako ih u stvari ima, pa je optuženog pogrešno oglasio krivim.

c) postoje li okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, a naročito da li je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja ili je gonjenje isključeno usljed amnestije ili pomilovanja ili je stvar već pravomoćno presuđena

U ovom slučaju se radi o postojanju procesnih smetnji za krivično gonjenje počinitelja. Ukoliko u toku postupka po žalbi nastupi zastarjelost gonjenja tada će vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud, morati donijeti presudu kojom se optužba odbija.

«Prema Aneksu 7. Dejtonskog mirovnog sporazuma postoji obaveza svih strana za sprovođenje šire amnestije u pogledu krivičnih djela počinjanih na njihovoj teritoriji u preiodu od 1.1.1991. godine pa do 22.12.1995. godine, osima za ona koja predstavljaju ozbiljno krešenje međunarodnog humanitarnog prava, kao što je definisano Statutom međunarodnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, odnosno za krivična djela koja nisu povezana sa konfliktom. U vezi sa takvim određenjima iz Dejtonskog mirovnog sporazuma FBIH je stvorila pravne uslove za ispunjenje takve svoje obaveze donošenjem Zakona o amnestiji (Sl. List R BiH br. 6. od 23.2.1996. godine.) na osnovu kojeg je data amnestija određenom broju osoba za krivična djela navedena u članu 1. tog zakona. Međutim, nakon toga se ispostavilo da izbor krivičnih djela za koja je data amnestija nije bio pažljivo razmotren, pa je uslijedilo donošenje novog zakona o amnestiji koji je na sveobuhvatniji način, u odnosu na naprijed pomenuti, ustanovio nove pravne temelje za amnestiju. Tako je donesen novi Zakon o amnestiji (Sl. Novine FBIH br. 48. od 3.12.1999. godine) kojim su stvoreni pravni uslovi da se amnestiraju i neke druge osobe koje nisu bile obuhvaćene prethodnim zakonom.

Prema odredbi člana 239. ZKPFBiH tužilac će naredbom obustaviti istragu ukoliko se ustanovi da je djelo obuhvaćeno amnestijom, pomilovanjem, zastarom ili postoje druge smetnje koje isključuju krivično gonjenje.

Ukoliko drugostepeni sud/apelaciono vijeće u žalbenom postupku ustanovilo da je žalbom osnovano ukazano da je krivično djelo obuhvaćeno amnestijom (a tužitelj nije izjavio da odustaje gonjenja) vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud će ukinuti prvostepenu presudu i sam primjeniti ukaz o amnestiji.

d) da li je u pogledu krivičnog djela koje je predmet optužbe primjenjen zakon koji se ne može primjeniti

Primjer :

«PRVOSTEPENI SUD JE POGREŠNO OCIJENIO DA JE OPTUŽENI VRŠEĆI ISPRAVKE U TOVARNIM LISTOVIMA U SVRHU NAPLATE ISTIH, PORED RADNJI KOJE JE KVALIFIKOVAO KAO KRIVIČNO DJELO PRIJEVARE U SLUŽBI IZ ČLANA 385. STAV. 1. KZ FBiH, POČINIO I KRIVIČNO DJELO KRIVOTVORENJA SLUŽBENE ISPRAVE IZ ČLANA 389. STAV 1. ISTOG ZAKONA, JER SLUŽBENA ILI ODGOVORNA OSOBA KOJA KRIVOTVORI ISPRAVU, A ZATIM JE UPOTRIJEBI SA CILJEM PRIBAVLJANJA PROTIVPRAVNE IMOVINSKE KORISTI I TIME DOVEDE U ZABLUDU OVLAŠTENU OSOBU DA MU ISPLATI IZNOS NA KOJI GLASI KRIVOTVORENA SLUŽBENA ISPRAVA, KAO ŠTO JE OPTUŽENI POSTUPIO, UČINIO JE SAMO KRIVIČNO DJELO PRIJEVARE U SLUŽBI A NE I KRIVIČNO DJELO KRIVOTVORENJA SLUŽBENE ISPRAVE. OVO ZBOG TOGA JER SU RADNJE KRIVOTVORENJA SLUŽBENE ISPRAVE PO ZAKONSKOM OPISU IZ ČLANA 389. STAV 1. KZFBiH OBUHVACENE I ČINE DIO RADNJE KRIVIČNOG DJELA PRIJEVARE U SLUŽBU IZ ČLANA 385. STAV 1. TOG ZAKONA, BEZ KOJIH SE ONO NE BI MOGLO UČINITI»²⁶.

e) da li je odlukom o kazni ili uvjetnoj osudi, odnosno odlukom o mjeri sigurnosti ili o oduzimanju imovinske koristi prekoračeno ovlaštenje koje sud ima po zakonu,

Povreda krivičnog zakona iz ove tačke postoji ako je sud primjenio vrstu sankcije koja ne postoji, ili kombinaciju sankcija koja nije propisana, sankciju koja je veća ili manja od propisane za taj slučaj, izvršio pretvaranje ili ublažavanje kazne koje nije dozvoljeno, primjenio uslovnu osudu gdje to zakon isključuje odnosno bez ispunjavanja uslova koje zakon za to formalno zahtijeva, odlučio o mjeri sigurnosti mimo uvjeta zakonom za to propisanih, bez zhtjeva oštećenog odlučio o imovinskom zahtjevu i ga prekoračio

²⁶ Iz Presude Vrhovnog suda FBiH broj Kž-312/04 od 08.11.2004. godine, sentenca objavljena u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj

f) da li su pravilno primjenjene odredbe o uračunavanju pritvora i izdržane kazne

Vrijeme provedeno u pritvoru i svako oduzimanje slobode u vezi sa krivičnim djelom, uračunavaju se u kaznu zatvora, kaznu dugotrajnog zakona, kaznu maloljetničkog zatvora ili novčanu kaznu. Ovo je propisano svim važećim Krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini kao i način uračunavanja tog vremena.

Ukoliko sud odbije da vrijeme provedeno u pritvoru uračuna u izrečenu kaznu zatvora tada čini povredu krivičnog zakona iz ove tačke. Ako pak sud uopšte ne utvrdi činjenicu da je optuženi neko vrijeme proveo u pritvoru tada se radi o pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjeničnom stanju a ne o navedenoj povredi krivičnog zakona.

Primjer:

« O prigovoru optuženog da mu u izrečenu kaznu zatvora nije uračunato vrijeme koje je proveo u ekstradicionom pritvoru u Beogradu a po ekstradicionom zahtjevu prvostepenog suda, ovaj sud nije odlučivao, s obzirom da u spisu ne postoji dokaz, niti ga je optuženi priložio, a iz kojeg bi se nesumnjivo moglo utvrditi da li su ti njegovi navodi tačni. U slučaju da se naknadno utvrdi da optuženom u izrečenu kaznu zatvora nije uračunato vrijeme provedeno u ekstradicionom pritvoru u Beogradu, o tome će u skladu sa odredbom člana 129. ZKP posebnim rješenjem odlučiti predsjednik vijeća prvostepenog suda»²⁷

2.4. Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje

Prema odredbama člana 299. ZKPBiH, (čl. 314. ZKP FBiH, čl. 305. ZKP RS i čl. 299. ZKP BD) presuda se može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjeničnog stanja, kada je sud neku odlučnu činjenicu pogrešno utvrdio ili je nije utvrdio. Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje postoji i kada na to ukatuju nove činjenice ili novi dokazi.

U krivičnom postupku se ne utvrđuju sve činjenice koje mogu biti u vezi sa nekim krivičnim djelom.

Činjenično stanje je skup činjenica koje su materijalnopravno i formalnopravno relevantne i na koje, kada sud utvrdi da postoje, materijalno krivično pravo nadovezuje određenu pravnu posljedicu.

²⁷ Iz Presude Vrhovnog suda FBiH broj Kž-223/03 od 30.10.2003. godine

Znači sud u krivičnom postupku utvrđuje samo **pravno relevantne činjenice**, koje se razlikuju kao **materijalnopravno i procesnopravno relevantne činjenice**.

Skup svih tih činjenica naziva se **pravno relevantno činjenično stanje**. To su dakle one činjenice koje su važne za utvrđenje u krivičnom postupku i stoga se nazivaju još i **odlučnim činjenicama**.

Međutim, pored tih odlučnih činjenica, postoje i činjenice koje su naizgled irelevantne ali su važne za spoznaju suda kada utvrđuje postojanje ili nepostojanje neke odlučne činjenice. Takve se činjenice u teoriji krivičnog prava nazivaju **činjenicama - indicijama**²⁸.

Riječ **indicija** potiče od latinske riječi **indiciium** i znači znak, okolnost koja nagovještava mogućnost postojanja neke pojave.

« tako naprimjer činjenica da je okrivljenik bio na mjestu počinjenja kaznenog djela u vrijeme njegovog počinjenja sama po sebi nije pravno relevantna činjenica, jer kazneno pravo na nju ne navezuje nikakve pravne posljedice (svatko, naime, prema svom temeljnom pravu na slobodu kretanja, može dolaziti na svako mjesto i odlaziti s njega osim iznimno, ako to posebnim propisima nije ograničeno); no ta činjenica (koju npr. Možemo utvrditi nespornom identifikacijom okrivljenikovih otisaka prstiju na predmetima pronađenim na tom mjestu) omogućuje nam da na temelju logičke argumentacije izvedemo zaključak o postojanju pravno relevantne činjenice. Slično postupamo npr. U slučaju kad iz činjenice da su kod neke osobe pronađene ukradene stvari zaključujemo da je ona počinila krađu, kad iz činjenice da je okrivljenik dao na hemijsko čišćenje svoju košulju na kojoj je nesporno identificirana krv ubijene osobe zaključujemo da je usmrćenjem te osobe počinio krivično djelo ubojstva, kad iz činjenice da je osiguranik za neku stvar kod osiguravatelja ugovorio vrlo visoku osigurninu zatim prijavio štetu zbog njezina nestanka zaključujemo da je počinio krivično djelo zloupotrebe osiguranja itd»²⁹

Pored pravno relevantnih činjenica i činjenica – indicija u krivičnom postupku ponekad se utvrđuje i treća vrsta činjenica, tzv. **pomoćne činjenice**. U teoriji se nazivaju još i kontrolnim činjenicama. Ni ove činjenice, u naprijed navedenom smislu nisu pravno relevantne činjenice, ali se one utvrđuju jer se na osnovu njih ponekad može provjeriti pouzdanost pojedinih izvora saznanja o pravno relevantnim činjenicama ili činjenicama indicijama.

PRIMJER:

I: Svjedok tvrdi da je sa određene udaljenosti vidio optuženog da sa mjesta provalne krađe izlazi sa torbom u ruci i žurno se udaljava a sud utvrdi da je svjedok kratkovidan.

²⁸ riječ potiče od latinske riječi *indicum*; okolnost koja nagovještava mogućnost postojanja neke pojave

²⁹ D.Krapac «Kazneno procesno pravo», prva knjiga, str. 238.

II: Oštećena tvrdi da ju je okrivljeni pokušao silovati a sud utvrdi da je ona njegova bivša supruga koju je okrivljeni napustio.

Dakle sud u krivičnom postupku utvrđuje tri vrste činjenica:

- materijalno i procesnopravno relevantne činjenice (odlučne činjenice)
- činjenice indicije
- pomoćne činjenice

Ovaj žalbeni osnov se odnosi na nepravilnosti u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja. Nepravilnosti u pogledu činjeničnog stanja postoje ukoliko je ono pogrešno ili nepotpuno utvrđeno.

Pogrešno utvrđeno činjenično stanje postoji kada je u presudi neka odlučna činjenica pogrešno utvrđena. Do pogrešnog utvrđenja najčešće dolazi zato što je sud pogrešno i površno (nekritično) ocijenio izvedene dokaze. pa se presuda mora ukinuti i predmet vratiti na ponovno suđenje.

Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje postoji onda kada sud nije utvrdio postojanje kakve odlučne činjenice. Do toga obično dolazi zato što sud nije prikupio ili izveo sve raspoložive dokaze. Odlučne činjenice se utvrđuju neposredno pomoću dokaza ili posredno iz drugih činjenica, činjenica indicija ili kontrolnih činjenica, o kojima je naprijed bilo riječi.

Samo one odlučne činjenice koje su utvrđene u presudi mogu se smatrati da postoje. Bez obzira što odlučne činjenice jasno proizilaze iz izvedenih dokaza, sud mora izvesti činjenične zaključke o njihovom postojanju ili nepostojanju, jer u suprotnom nema utvrđenog činjeničnog stanja. Ovo se dešava onda kada prvostepeni sud provede odgovarajuće dokaze, a potom u presudi njihovu sadržinu samo reprodukuje bez ocjene tih dokaza i bez navođenja razloga koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane. Na ovaj način je prvostepeni sud «propustio da utvrdi činjenično stanje».

Dakle, mada neke činjenice proizilaze iz izvedenih dokaza, samo njihovo navođenje nema pravnog značaja ukoliko u obrazloženju presude nisu navedeni razlozi na osnovu čega je prvostepeni sud izveo činjenične zaključke o tome koje činjenice iz kojih dokaza i iz kojih razloga uzima utvrđenim ili neutvrđenim, zbog čega takva prvostepena presuda sadrži nedostatke u pogledu činjeničnog stanja zbog kojih se mora ukinuti.³⁰

³⁰ Odluka Vrhovnog suda FBiH br.259/97 od 9.9.1997. godine.

Primjer:***Iz Rješenja Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine br. Kž.436/91 od 31.1.1991. godine**********

Pod pojmom utvrđivanje činjeničnog stanja podrazumijeva se ocjenjivanje rezultata izvedenih dokaza i zaključivanje (na temelju tih rezultata) koje odlučne činjenice treba smatrati da postoje ili ne postoje. Prema tome, utvrđeno činjenično stanje je samo ono za koje je sud zaključio da postoji, pa se ne mogu smatrati kao utvrđene i druge odlučne činjenice, ma koliko one proizilazile iz sadržaja izvedenih dokaza. Tako sa aspekta pravne kvalifikacije krivičnog djela, prema obrazloženju pobijane presude, prvostepeni sud nije uopšte utvrđivao činjenice, koje bi poslužile za zaključak da je optuženi postupao protivno navedenim odredbama članova 164. i 50. ZOBSP-a (radnja izvršenja djela). Umjesto toga, sud je nakon reproduciranja izvedenih dokaza samo konstatovao da je optuženi postupio protivno navedenim saobraćajnim propisima. Isto tako, sud se nije bavio utvrđivanjem činjenica koje bi eventualno mogle poslužiti za izvođenje pravnog zaključka, da je optuženi bio očigledno nesposoban za bezbjednu vožnju, za čije postojanje nije dovoljno utvrditi da je bio u alkoholisanom stanju, jer je to samo jedan od činjeničnih osnova na kome se može temeljiti ovakav zaključak. Uz to je trebalo utvrditi da li je vožnja optuženog (ukoliko je kršio saobraćajne propise) zbog njegovog alkoholisanog stanja bitno odstupala od vožnje, koja bi se u konkretnoj saobraćajnoj situacijomogla očekivati od vozača prosječnih psihomotoričkih sposobnosti. Tek nakon svega toga bi se moglo ocijeniti, da li postoji ovo bitno obilježje krivičnog djela. Sve ovo upućuje na zaključak, da su osnovani prigovori optuženog da je činjenično stanje u pobijanoj presudi ostalo nepotpuno utvrđeno.»

U krivičnoprocesnim zakonima se u pravilu ne određuje koje su to materijalnopravno relevantne činjenice koje sud mora utvrđivati. To su u stvari sve činjenice koje proizilaze iz obilježja nekog krivičnog djela, dakle one na koje se primjenjuje određena krivičnopravna norma i njom propisana sankcija, činjenice od kojih zavisi utvrđenje suda da li je neka osoba učinila krivično djelo, kao i relevantne činjenice koje isključuju protupravnost (napr. nužna odbrana). Među njih spadaju i činjenice od kojih zavisi izbor vrste i visine krivičnopravne snakcije (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), kao i činjenice vezane za prijedlog ovlaštene osobe u vezi sa postavljenim imovinskopравnim zahtjevom član 197. stav 2. ZKP BiH (član 211. stav 2. ZKP FBiH, čl. čl. 107. stav 2. ZKP RS, čl. 197. st. 2 ZKP BD).

Međutim, postoje činjenice koje se u krivičnom postupku ne dokazuju (ovdje ne mislimo na situaciju kada optuženi prizna krivnju, već na situaciju kada se optuženi izjasnio da nije kriv i kada se u kontradiktornom postupku, na glavnom pretresu, provode dokazi predloženi od strane optužbe i odbrane)

Krivičnoprocesni zakoni u principu na negativan način određuju činjenice koje sud ne smije ili pak ne treba dokazivati.

Činjenice koje sud **ne smije utvrđivati** su one koje je:

- važećim krivičnim zakonodavstvom zabranjeno utvrđivati
- činjenice čije utvrđivanje zabranjuju propisi procesnog krivičnog zakonodavstva (tu spadaju činjenice vezane za ranije seksualno ponašanje oštećene strane i njezine seksualne predispozicije (član 264. ZKP BiH, čl. 279. ZKP FBiH, čl. 271. ZKP RS, čl. 264. ZKP BD)
- činjenice čije utvrđenje zabranjuju drugi pravni propisi

Činjenice koje sud **ne treba utvrđivati** su:

- opštepoznate ili notorne činjenice. To su činjenice koje su poznate širem krugu ljudi u sredini gdje se vodi krivični postupak (napr. konkretni opštepoznati događaji kao što su napr. početak rata) ili određena stanja (napr. položaj neke ulice u sjedištu suda, geografske udaljenosti među pojedinim mjestima). Takve činjenice sud samo konstatuje, bez njihovog utvrđivanja.
- očigledne činjenice (napr. punoljetstvo starije osobe)
- presumpcije (pretpostavke) su činjenice koje ne treba utvrđivati nego se one uzimaju kao unaprijed utvrđene. One se naravno mogu obarati utvrđivanjem suprotnog. Presumpcija je da je optuženi uračunljiv, što znači da sud ne mora za svakog okrivljenog utvrđivati je li bio uračunljiv u trenutku krivičnog djela već samo u « u slučaju da se pojavi sumnja da je isključena ili smanjena uračunljivost osumnjičenog, odnosno da je optuženog».

Jedna od najvažnijih presumpcija je **presumpcija nevinosti** koja proizilazi i iz jednog od osnovnih ustavnih i konvencijski zagarantovanih ljudskih prava, koja polaze od toga da se svatko smatra nevinim dok mu se pravosnažnom sudskom presudom ne dokaže krivica. Pretpostavka nevinosti uz princip *in dubio pro reo* su i jedno od osnovnih krivičnoprocesnih načela. Načelo presumpcije nevinosti sadrži dva pravila:

- pravilo o teretu dokazivanja (prema pravilu o teretu dokazivanja okrivljeni nije pravno dužan iznositi svoju odbranu niti je dokazivati i teret dokazivanja je na tužitelju)
- pravilo o raspodjeli rizika nedokazanosti činjenica krivičnog djela i krivice (rizik nedokazanosti činjenica krivičnog postupka i krivice znači da ne samo kada je sud potpuno uvjeren u nedužnost okrivljenog već i kada nije potpuno uvjeren u njegovu krivnju, ali niti u njegovu nevinost, mora donijeti oslabajuću presudu. Krivičnoprocesni zakoni sadrže izričitu odredbu da će sud donijeti oslabajuću presudu «ako nije dokazano da je optuženi počinio krivično djelo za koje se optužuje»).

Primjer:

U slučaju Barbera, Messegue i Jabardo Evropski sud za ljudska prava je naveo:

«da pretpostavka okrivljenikove nedužnosti, uz ostalo traži da obavljanje svoje dužnosti suci ne započnu s preduvjerenjem da je optuženik počinio djelo koje mu je stavljeno na teret; da je teret dokazivanja na tužitelju te da se svaka sumnja (u postojanje činjenica) mora odraziti u optuženikovu korist. Iz toga slijedi da će pretpostavka okrivljenikove nedužnosti biti povrijeđena, ako sudska odluka o optuženiku odražava neko sudačko mišljenje o krivnji premda krivnja nije prethodno bila dokazana u skladu sa zakonom».

Značajno je osvrnuti se na pitanje do kojeg stepena uvjerenosti činjenice u krivičnom postupku moraju biti utvrđene da bi činjenično stanje bilo potpuno i pravilno utvrđeno. Prema nekim procesnim sistemima ovaj stepen uvjerenja se izražava kao «isključenje svake razborite sumnje». U našim krivičnoprocesnim zakonima uvjerenje suda u postojanje ili nepostojanje određene odlučne činjenice, na kojoj zasniva svoju presudu, sud utvrđuje «na osnovu savjesne ocjene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima izvodi zaključak je li neka činjenica dokazana ili ne». Zaključak o ovome bazira se u osnovi na psihološkom uvjerenju suda da li je neka činjenica na temelju određenih dokaza utvrđena ili ne. Savjesno, prema pravnim teoretičarima znači **«poštivanjem svih odredbi kaznenog procesnog prava koje se odnose na djelatnost stranaka i suda u pogledu predlaganja i prikupljanja dokaza i načina njihova izvođenja»**³¹

Šta, ukoliko i pored savjesne ocjene dokaza u opisanom smislu, sudija ne mogne izvesti zaključak da je neka činjenica dokazana? U toj situaciji, ukoliko tužilac ne uspije dokazati navode optužnice, polazeći od načela presumpcije nevinosti, sud će donijeti oslobođajuću presudu.

«Stoga možemo zaključiti: sud, da bi donio presudu, mora sve pravno relevantne činjenice konkretnog slučaja utvrditi s potpunom uvjerenošću, koju može steći samo nakon «savjesne» ocjene svakog dokaza posebno i u svezi sa ostalima; ako to ipak ne uzmogne i u času izricanja presude ostane u dvojbi u pogledu postojanja ili nepostojanja neke ili nekih pravno relevantnih činjenica mora, primjenom pravila in dubio pro reo, ipak donijeti presudu, uzevši kao da dvojbeni činjenica postoji ili ne postoji, prema tome što je povoljnije za okrivljenika.³²

³¹ Davor Krapac, kazneno procesno pravo, prva knjiga

³² Davor Krapac, kazneno procesno pravo, prva knjiga

Osnova svake sudske presude je činjenično stanje. Samo na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje može se pravilno primjeniti krivični zakon. S obzirom na ograničenje drugostepenog suda/vijeća apelacionog odjeljenja da presudu preispituje samo u okviru istaknutih žalbenih navoda, nameće se pitanje u kojem obimu će drugostepeni sud preispitati presudu ukoliko se činjenično stanje žalbom napada određenim konkretnim žalbenim tvrdnjama. Da li je vezanost drugostepenog suda da u tom slučaju presudu ispituje samo u okviru ispitivanja samo onih činjenica kojima se presuda napada ili je pak viši sud ovlašten da ispituje istinitost svih činjenica sadržanih u pobijanom dijelu presude.

Smatramo da se, u ovakvom slučaju, navedena zakonska odredba, koja propisuje granice ispitivanja presude, ne smije previše usko tumačiti. Ukoliko pođemo od odredbe da sud na osnovu savjesne ocjene dokaza i to svakog pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima, izvodi zaključak da li je neka činjenica dokazana, onda se nameće zaključak da se drugostepeni sud ne može ograničiti samo na konkretne činjenice koje se u žalbi napadaju već ih mora sagledati i ispitati i u kontekstu ostalih dokaza i na njima utvrđenih činjenica. To smatramo podrazumijeva da drugostepeni sud ispituje istinitost svih odlučnih činjenica sadržanih u pobijanom dijelu presude, na osnovu kojih je sud utvrdio određeno činjenično stanje koje se žalbom napada.

2.5. Pobijanje presude zbog odluke o krivičnopravnim sankcijama, troškovima postupka, imovinskopravnom zahtjevu kao i o objavljivanju presude putem sredstava javnog informisanja

Presuda se može pobijati zbog krivičnopravne sankcije: odluke o kazni i uvjetnoj osudi, i to kad tom odlukom nije prekoračeno zakonsko ovlašćenje (inače bi se radilo o povredi krivičnog zakona, dakle o drugom žalbenom osnovu) već kada žalitelj smatra da sud nije pravilno odmjerio kaznu, s obzirom na okolnosti koje utiču da kazna bude veća ili manja ili zbog toga što je sud primijenio (ili nije primijenio) odredbe o ublažavanju kazne, o oslobođanju od kazne, ili uvjetnoj osudi, iako su za to postojali zakonski uslovi.

Odluka o mjeri sigurnosti ili o oduzimanju imovinske koristi može se pobijati ako ne postoji povreda zakona iz člana 298. tačka (e) ZKP BiH, čl.313. tačka (e) ZKPFBiH, čl. 303. tačka (d) ZKP RS, čl. 298. tačka (e) ZKP BD, (da nije prekoračeno ovlašćenje koje sud prilikom izricanja ima po zakonu), ali je sud nepravilno donio ovu odluku ili nije izrekao mjeru sigurnosti, odnosno oduzimanje imovinske koristi, iako su za to postojali zakonski uvjeti. Iz istih razloga može se pobijati odluka o troškovima krivičnog postupka.

Primjer:

Iz Presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj KŽ-94/05 od 8.9.2005. godine

«Pošto su bili ispunjeni uvjeti da prvostepeni sud optuženog obaveže na plaćanje troškova krivičnog postupka, onda je pravilno postupio kada je i pored toga što su nedostajali podaci o njihovoj visini u presudi kojom ga je oglasio krivim, izrekao da je optuženi obavezan da naknadi troškove i da će predsjednik vijeća naknadno donijeti posebno rješenje o njihovoj visini kada se ti podaci pribave. Ovakva odluka o obavezi plaćanja troškova krivičnog postupka, treba uvijek prethoditi naknadnom donošenju odluke o visini troškova kada se ti podaci pribave. U protivnom da je prvostepeni sud propustio da u presudi izrekne odluku o tome da je optuženi obavezan da nadoknadi troškove krivičnog postupka, onda predsjednik vijeća ne bi mogao naknadno donijeti odluku o njihovoj visini. Stoga su neosnovani žalbeni prigovori da je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. st.2 u vezi sa čl. 202. st.1. i 200. st.2. ZKPFBiH, kada je u izreci pobijane presude donio odluku kojom se optuženi obavezao na plaćanje troškova krivičnog postupka».

Odluka o imovinskopravnom zahtjevu, kao i odluka o objavljivanju presude putem sredstava javnog informisanja može se pobijati kad je sud o ovim pitanjima donio odluku protivno zakonskim odredbama.

O žalbi na odluku o imovinskopravnom zahtjevu bilo je riječi naprijed prilikom razmatranja situacije kada je krivični postupak okončan zaključivanjem sporazuma o krivnji. Interesante su i sljedeće procesne situacije, koje ćemo analizirati kroz hipotetički slučaj:

Hipotetički slučaj 1:

Presudom Kantonalnog suda u ... broj K-../. od godine optuženi K. S. je oglašen krivim za krivično djelo razbojništva iz člana 289. st.2 u vezi sa satvom 1. i u vezi sa članom 31. Krivičnog zakona Federacije Bosne i hercegovine., za koje je uz primjenu odredbe člana 246. stav 5. ZKPFBiH osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 3 (tri) godine i 6 (šest) mjeseci. Istom presudom optuženi je na osnovu člana 200. stav 1. ZKPFBiH obavezan da snosi troškove krivičnog postupka, a na osnovu člana 212. stav 3. ZKP FBiH je oštećena Raiffeisenbank d.d. Bosne i Hercegovine sa svojim imovinskopravnim zahtjevom upućena na parnicu.

Protiv navedene presude je oštećena Raiffeisenbank d.d. Bosne i Hercegovine izjavila žalbu zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja te odluke o imovinskopravnom zahtjevom.

Odlučujući o žalbi oštećene drugostepeni sud je utvrdio sljedeće:

-optuženi K.S. ima branitelja i sa tužiteljem je zaključio sporazum o priznanju krivnje

-sporazum o priznanju krivnje je prihvaćen od strane sudije za prethodno saslušanje

-optuženi je priznao krivnju za djelo opisano optužnici kao i o iznosu pribavljene protupravne imovinske koristi te je bio upoznat da može biti obavezan da ju nadoknadi

-optuženi je izjavio da je upoznat o posljedicama zaključenog sporazuma, uključujući i posljedice vezane za imovinskopravni zahtjev

-branitelj optuženog je poučio optuženog o svim mogućim posljedicama priznanja krivnje i zaključenog sporazuma

-oštećena je određeno postavila imovinskopravni zahtjev u visini pribavljene protupravne imovinske koristi.

Kako je odlučio drugostepeni sud?

U okviru odredaba o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela (a što je posebno obrađeno u okviru Modula br.) propisano je, u članu 142. KZ FBiH ovlaštenje sudu da pravnoj osobi izrekne sigurnosnu mjeru objave presude, kada sud utvrdi da bi to bilo korisno da javnost sazna za osudu pravnog lica, naročito onda kada to nalaže potreba za otklanjanje opasnosti za život ili zdravlje ljudi ili za sigurnost prometa ili za privredu. Sud će pri tome ocijeniti putem kojeg medija će presudu objaviti (štampanog medija ili pak na radiju, televiziji, ili u više ovih medija istovremeno) kao i da li će presudu objaviti u cijelosti, ili u izvodu, imajući pri tome u vidu da se tako omogući obaviještenost sviju u čijem je interesu objava presude. S obzirom da je krivična odgovornost pravnih osoba novina u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu i sudska praksa u tom dijelu uopšte nije zaživjela, te da ne postoji do sada ni jedna presuda koja sadrži odluku o ovoj sigurnosnoj mjeri, pa stoga niti žalba protiv takve odluke, to će o ovoj temi biti moguće govoriti kada takva praksa uslijedi. Za sada je preuranjeno.

3. POSTUPAK PO ŽALBI

Relevantne odredbe članovi 302.- 305. ZKP BiH (čl. 309.-312. ZKP RS; čl.302.-305. ZKP BD)

U ovom poglavlju će biti obrađeno postupanje drugostepenog suda od momenta kada tom sudu pristigne spis sa žalbom/žalbama i eventualno sa odgovorom na žalbu.

Predsjednik vijeća tog suda određuje sudiju izvjestitelja koji proučava predmet i priprema ga za raspravu i odlučivanje. Ukoliko je prvostepeni sud propustio da žalbu dostavi suprotnoj strani na odgovor, spisi predmeta će se vratiti prvostepenom sudu da taj propust otkloni. U suprotnom bi druga strana, koja nije imala mogućnost da se upozna sa sadržinom žalbe i dadne svoj odgovor na žalbu, mogla podnijeti apelaciju Ustavnom sudu FBiH zbog povrede prava na odbranu.

Uloga sudije izvjestitelja definisana je odredbom člana 303. ZKP BiH (čl. 318. ZKP FBiH, čl. 310. ZKP RS, čl. 303. ZKP BD) (pribavlja po potrebi izvještaja o povredama određaba krivičnog postupka, ili pak provjera navoda žalbe u pogledu novih dokaza i novih činjenica ili pribavlja potrebne izvještaje ili spise).

Napr:

Tužitelj u žalbi o odluci o kazni navede da je optuženi bio osuđivan a sud tu činjenicu, prilikom odmjeravanje kazne optuženom nije uzeo u razmatranje. Sudija izvjestitelj će navedenu tvrdnju provjeriti, ukoliko tužitelj nije uz žalbu dostavio navedenu presudu već samo naveo njezine oznake.

Nakon proučavanja spisa predmeta pri čemu se sudija izvjestilac uvjerava da li su ispunjeni uslovi za zakazivanje sjednica vijeća, te ako utvrdi da jesu, spise predmeta dostavlja predsjedniku vijeća da zakaže sjednicu.

U pogledu redosljeda i termina zakazivanja sjednice vijeća mora se imati u vidu odredba člana 137. stav 3. ZKPBiH (čl. 151. stav 3. ZKP FBiH, čl. 194. st.3. ZKP RS, čl. 137. ZKP BD) koja propisuje da poslije izricanja prvostepene presude pritvor može trajati najduže još 6 mjeseci. Ako za to vrijeme ne bude izrečena drugostepena presuda kojom se prvostepena presuda preinačuje ili potvrđuje, pritvor će se ukinuti i optuženi pustiti na slobodu. Ova odredba je fukciji obezbjeđenja da pritvor što kraće traje i nalaže obavezu vijeća apelacionog odjeljenja/drugostepenog suda, da taj predmet prioritarno uzme u rad, jer bi u protivnom moglo doći do toga da se optuženi mora pustiti iz pritvora ukoliko u navedenom roku ne bi bilo odlučeno po žalbi i ne bi bila donesena drugostepena odluka.

Prilikom zakazivanja sjednice vijeća, obavezno se obavještavaju tužitelj, optuženi i njegov branitelj. Za optuženog, koji se nalazi u pritvoru, osigurat će se njegovo prisustvo, putem privođenja od strane sudske policije uz obavještavanje

kaznenopopravne ustanove o tome. Nedolazak uredno obaviještenih pozvanih učesnika ne sprečava održavanje sjednice vijeća.

Procesne pretpostavke za održavanje sjednice vijeća su ispunjene ukoliko su stranke i branitelj pismeno ili usmeno na zapisnik, obaviješteni o datumu i vremenu održavanja sjednice vijeća. Ukoliko nedostaje dokaz (uredno potpisana dostavnica, službena zabilješka ili neko drugi pismeni dokaz) prema ustaljenoj sudskoj praksi sjednica vijeća će se održati ukoliko branilac izjavi da je njegov branjenik uredno obaviješten i predloži održavanje sjednice u njegovoj odsutnosti. Isti je slučaj i ukoliko ne dođe izabrani branilac, a optuženi izjavi da je njegov branilac upoznat i predloži da se sjednica održi u njegovoj odsutnosti.

Moguća je procesna situacija da optuženi ne dođe na javnu sjednicu a nije uredno obaviješten usljed promjene adrese, niti je stupio u kontakt sa svojim braniocem, tako da se ni branilac ne može izjasniti u pogledu toga da li je optuženi saglasan da se sjednica vodi bez njegove prisutnosti. Međutim, mišljenja smo da i u tom slučaju postoje uslovi za održavanje sjednice vijeća, ukoliko se obavještenje optuženom izvrši u skladu sa odredbom člana... ZKP (oglašavanjem na oglasnoj tabli suda) jer je optuženi u toku postupka bio upozoren da ja dužan obavijestiti sud o svakoj promjeni adrese.

U slučaju kada branilac, kao podnosilac žalbe ne dođe na sjednicu vijeća nametnulo se pitanje da li tada treba zatražiti od optuženog da obrazloži žalbu, odnosno da li, ukoliko je žalbu podnio tužilac, a branilac nije došao na javnu sjednicu, od optuženog zatražiti da se o žalbi tužitelja optuženi izjasni. Postoje različita mišljenja u vezi sa ovim pitanjem. Prema jednom mogu se od optuženog zahtijevati objašnjenja i izjašnjenje u vezi sa žalbom koju nije on podnio, ukoliko to optuženi želi. Prema suprotnom mišljenju ne bi se moglo tražiti od optuženog da daje ikakva objašnjenja u vezi sa žalbom koju nije on podnio, jer bi se na taj način mogao dovesti u situaciju da kaže nešto na svoju štetu. Smatramo da bi trebalo dozvoliti optuženom da se lično izjasni u pogledu žalbe koju nije on podnio i da je nepotrebna bojazan da bi optuženi mogao na javnoj sjednici reći nešto, u vezi sa tom žalbom, što bi moglo biti na njegovu štetu, s obzirom da drugostepeni sud, a na šta ga zakon obavezuje, jer je u tom slučaju optuženi dužan da se kreće u njezinim okvirima, a drugostepeni sud žalbu razmatra izričito samo u okviru navoda koji su u podnesenoj žalbi istaknuti.

Sjednica vijeća, koja faktički počinje kratkim uvodnim riječima sudije izvjestitelja, formalnopravno započinje izlaganjem podnosioca žalbe, a potom odgovora na žalbu, ukoliko je podnesen. Stranke i branitelj imaju pravo zatražiti da se čitaju pojedini dijelovi spisa, na koji se odnose žalbeni navodi. Prilikom izlaganja žalbe podnosilac je dužan da se kreće u njezinim okvirima i ne može ju neograničeno izlagati.

Moguće su procesne situacije kada se sjednica vijeća mora prekinuti i odrediti nova. Jedna od takvih je prikazana u slijedećem primjeru.

Primjer:

Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj Kž-223/03 od 1.10.2003. godine

Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine u Sarajevu, sudija Ljiljana Filipović kao predsjednica vijeća, u krivičnom predmetu protiv optuženog D. A., zbog krivičnog djela iz člana 184. stav 1. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, povodom žalbi Kantonalnog tužioca u Sarajevu i branilaca optuženog D. A. protiv presude Kantonalnog suda u Sarajevu, broj:K-15/01 od 19.02.2003. godine, dana 1.10.2003. godine donijela je sljedeće:

RJEŠENJE

U krivičnom predmetu ovog suda broj Kž 223/03 protiv optuženog D. A., zbog krivičnog djela otmice iz člana 184. stav 1. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, ima se ponovo održati sjednica žalbenog vijeća.

Obrazloženje

Na sjednici žalbenog vijeća ovog suda a povodom razmatranja žalbi optuženog D. A. i Federalnog tužioca iz Sarajeva na presudu Kantonalnog suda u Sarajevu, broj K-15/01 od 19.2.2003. godine, optuženi D. A. je, obrazlažući žalbu, izjavio da je ga je član žalbenog vijeća sudija J. A., u postupku rješavanja po zahtjevu SR Njemačke za njegovu ekstradiciju ispitao, iz kojih razloga je vijeće u nejavnom dijelu sjednice odlučilo da se izvrše provjere kako bi se utvrdila tačnost tih navoda optuženog D. A. i ocijenilo da li je eventualno ranije postupanje sudije J. A. razlog za njegovo izuzeće u smislu odredbe člana 35. tačka 4. Zakona o krivičnom postupku (ZKP).

Nakon što je pribavljen zapisnik o ispitivanju okrivljenog sačinjen u Kantonalnom sudu u Sarajevu u predmetu Kri:29/98 dana 06.02.1998. godine, utvrđeno je da je ispitivanje okrivljenog D. A. obavio sudija A. J. u svojstvu istražnog sudije tog suda i da je D. A. povodom istog krivičnog djela, koje je predmet ovog krivičnog postupka, dao svoju izjavu.

Žalbeno vijeće je mišljenja da je ranije postupanje sudije J. A. u smislu odredbe člana 35. tačka 4. ZKP razlog za njegovo izuzeće.

Pošto je sudija J. A. prekinuo svaki rad u navedenom predmetu to je valjalo odlučiti da se javni dio sjednice ponovo održi i to uz učešće drugog člana vijeća koji će biti određen shodno odredbi člana 36. stav 1. ZKP.”

3.1. Granice ispitivanja prvostepene presude

Jedna od najznačajnijih novina u sadašnjem krivičnoprocesnom zakonodavstvu je sadržana u odredbi člana 306. ZKP BiH, (čl.321. ZKP FBiH , čl. 312. ZKP RS, čl. 306. ZKP BD, kojom je propisano da vijeće apelacionog odjeljenja/drugostepeni sud ispituje presudu samo u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom. U tom smislu je neophodno žalbu tretirati kao cjelinu, tj. prema cjelokupnoj njezinoj sadržini kako u pogledu žalbenih navoda tako i u pogledu žalbenih prijedloga. Naime, u situaciji kada žalbeni osnovi i žalbeni prijedlozi nisu jasno konkretizovani tada je neophodno iz sadržine žalbe izvući i žalbene osnove i žalbene prijedloge prijedloge.

Prema važećim procenim zakonima dakle, ispitivanja presude po službenoj dužnosti nema. Izuzetak gdje apelaciono vijeće ipak, mimo žalbenih osnova i navoda interveniše po službenoj dužnosti je u slučajevima predviđenim odredbama člana 308. ZKP BiH (čl. 323. ZKP FBiH, čl. 312. ZKP RS, čl. 308. ZKP BD), (prošireno djelovanje žalbe) i člana 309. ZKP BiH (čl. 324. ZKP FBiH čl. 315. ZKP RS, čl. Čl.309. ZKP BD) (primjena principa *beneficium cohaesionis*).

3.2. Zabrana preinačenja na gore (*reformatio in peius*)

Ovo je ustanova procesnog prava prema kojem viši sud, odlučujući o bilo kojem pravnom lijeku podnesenom u korist optuženog nema pravo donijeti odluku na štetu optuženog. Jednostavna formulacija ovog principa je data od prof. Vasiljevića koji kaže: «okrivljenik nikada svojom žalbom ne može pogoršati svoju situaciju, vać da takvo pogoršanje može poticati samo iz žalbe izjavljene protiv njega».³³ , i direktno je u službi ostvarenja principa pravičnosti.

Njime se garantuje da povodom žalbe izjavljene u korist optuženog sud ne može optuženog osuditi po strožijem krivičnon zakonu niti na strožiju krivičnu sankciju niti smije promjeniti pravnu kvalifikaciju na strožiju uz tu krivičnu sankciju. Naime, i sama strožija pravna kvalifikacija je osuda na štetu optuženog iako je krivična sankcija ostala ista.

Ocjena koji je zakon strožiji cijeni se prema propisima materijalnog krivičnog prava.

Ovaj princip se primjenjuje samo ukoliko je jedino uložena žalba u korist optuženog. Međutim, ne primjenjuje se ukoliko postoje dvije žalbe-u korist i na štetu optuženog. U tom slučaju drugostepeni sud može žalbu optuženog oditi kao neosnovanu a uvažiti žalbu tužioca i optuženog strožije osuditi.

Hipotetički slučaj:

³³ T.Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava, izdanje 1981. godina, str. 584.*

Optužnicom kantonalnog tužioca u Z. optužen je A.B. iz Z. da je pod tačkom 1. i 2. optužnice počinio krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 387.KZ FBiH. Presudom Kantonalnog suda u Z. sud je oglasio optuženog A.B. zbog krivičnog djela nesavjestan rad u službi i to za djelo opisano pod tačkom 1. optužnice i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od 1 godine, a za krivičnopravne radnje opisane pod tačkom 2. optužnice ga je, usljed nedostatka dokaza, oslobodio od optužbe.

Žalbu protiv presude je uložio kantonalni tužilac u Zenici i to zbog odluke o kazni u osuđujućem dijelu a zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja u oslobođajućem dijelu.

Vrhovni sud FbiH je povodom žalbe a po službenoj dužnosti, usljed počinjenih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, ukinuo presudu Kantonalnog suda u Ze u cijelosti i predmet vratio tom sudu na ponovno suđenje.

U ponovljenom postupku kantonalni tužilac je promijenio činjenični opis krivičnopravnih radnji iz tačke 1. optužnice i pravnu kvalifikaciju djela te ga optužio za krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlasti iz člana 383. KZFBiH.

Prvostepeni sud je na osnovu tako izmijenjene optužnice oglasio krivim optuženog A.B. za krivično djelo iz člana 383.KZFBiH.

Da li je na ovaj način prvostepeni sud povrijedio princip zabrane reformatio in peus?

Odgovor:

Da, prvostepeni sud je povrijedio princip zabrane reformatio in peus jer se tužilac na osuđujući dio presude žalio samo na odluku o kazni. Tužilac u ponovljenom postupku nije mogao izmijeniti činjenični opis optužnice i optužiti ga za teže djelo, jer se, žaleći se samo na odluku o kazni saglasio sa pravnom ocjenom djelom a ne i sa vrstom ili visinom izrečene krivične sankcije.

3.3. Odluke po žalbi

Relevantne zakonske odredbe članovi 310.-315. ZKPBiH (čl.

Odlučujući o žalbi protiv prvostepene presude vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud može:

- **odbaciti žalbu kao neblagovremenu**
- **odbaciti žalbu kao nedopuštenu**
- **odbiti žalbu kao neosnovanu**
- **preinačiti prvostepenu presudu**
- **ukinuti prvostepenu presudu i odrediti održavanje pretresa pred apelacionim vijećem.**

Navedene odluke može donijeti u sjednici vijeća ili na osnovu održanog pretresa.

U formi rješenja će odbaciti žalbu kao neblagovremenu ili nedopuštenu i to samo u situaciji kada je to propustio učiniti prvostepeni sud.

Rješenjem će takođe odlučiti kada uvažava žalbu. Tada će ukinuti prvostepenu presudu i odrediti održavanje pretresa. To će biti slučaj ukoliko:

- utvrdi da postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka, osim slučajeva iz člana 329. stav 1. ZKP FBiH
- ili ako smatra da zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja treba izvesti nove dokaze ili ponoviti već izvedene dokaze u usljed kojih je činjenično stanje ostalo pogrešno ili nepotpuno utvrđeno.

U primjeni navedenih odredaba čula su se mišljenja da bi, u slučaju bitne povrede odredaba krivičnog postupka, koja je počinjena na taj način što u obrazloženju prvostepene presude nedostaju razlozi o odlučnim činjenicama, taj nedostatak trebalo otkloniti tako što bi odgovarajuće obrazloženje dao drugostepeni sud, i da se ovakva povreda treba tretirati kao relativn o bitna povreda. Međutim, na ovaj način bi se odstupilo od načela neposrednosti kao i dužnosti suda, koji je dokaze proveo, da na osnovu savjesne i slobodne ocjene istih izvede zaključak da li je neka činjenica dokazana ili ne. Osim toga, prema važećoj odredbi kojom se propisuje koji su to dokazi na kojima se presuda zasniva (čl. 296. ZKP FBiH) proizilazi izričita obaveza suda da savjesno ocijeni svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvede zaključak je li neka činjenica dokazana ili ne.

Takođe su se u primjeni naprijed navedene odredbe čula mišljenja da bi svrsishodno zakonsko rješenje bilo ukoliko bi drugostepeni sud imao ovlašćenje da preinači prvostepenu presudu, bez otvaranja pretresa, ukoliko je činjenično stanje pogrešno i nepotpuno utvrđeno zbog pogrešne ocjene dokaza. Protiv takvog mišljenja smatramo da stoje isti naprijed istaknuti razlozi koji se tiču načela neposrednosti dokaza.

Drugostepeni sud / vijeće apelacionog odjeljenja u formi presude odlučuje ukoliko nađe da je žalba neosnovana, tako što žalbu odbija i prvostepenu presudu potvrđuje.

Isto tako ukoliko vijeće apelacionog odjeljenja / drugostepeni sud uvaži žalbu (u potpunosti ili djelimično), presudom će preinačiti prvostepenu presudu ako smatra da su odlučne činjenice u prvostepenoj presudi pravilno utvrđene i da se, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, po pravilnoj primjeni zakona, ima donijeti drugačija presuda, a prema stanju stvari i u slučaju počinjene bitne odredaba krivičnog postupka (ako je sud povrijedio propise krivičnog postupka o postojanju odobrenja nadležnog organa i ako je optužba prekoračena). U ovom slučaju je obaveza vijeća apelacionog odjeljenja/ drugostepenog suda da odredi ili ukine pritvor na osnovu člana 152. st. 1. i

2., ako su se zbog preinačenja stekli uslovi za to. O pritvoru će odlučiti posebnim rješenjem.

3.4. Pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja

Kada vijeće apelacionog odjeljenja odluči da uvaži žalbu i ukine prvostepenu presudu, dužno je u skladu sa odredbom člana 316. ZKP BiH (čl.331. ZKP FBiH, čl. 322. ZKP RS, čl.316. ZKP BD) dati kratke razloge za ukidanje presude i navesti koje će dokaze u ponovljenom postupku izvesti ili ponoviti. To znači da se navedenim rješenjem određuje šta će biti predmet raspravljanja i dokazivanja pred tim vijećem. Istovremeno vijeće odlučuje koga će sve (pored lica čije je prisustvo obavezno) pozvati na pretres (svjedoci, vještaci, tumač).

Na pretresu vijeće drugostepenog suda, u skladu sa tim rješenjem, izvodi sve procesne radnje i raspravlja sva sporna pitanja na koja je tim rješenjem ukazao.

Zakon izričito propisuje da se odredbe, koje se odnose na glavni pretres u prvostepenom postupku, shodno primjenjuju i na pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja.

Pretres se vodi na temelju iste optužnice po kojoj je vođen prvostepeni postupak.

Na pretresu tužilac može izmijeniti optužnicu ako na temelju izvedenih dokaza pred apelacionim odjeljenjem ocijeni da se činjenično stanje opisano u optužnici izmijenilo. Pri tome naravno vrijedi načelo zabrane reformatio in peius. To znači da tužilac ima pravo izmijeniti optužnicu unošenjem u njezin činjenični opis onih činjenica i okolnosti koje krivičnom djelu daju teži oblik, samo ako se pretres vodi po uvaženoj žalbi tužioca.

Sve ostale odredbe, koje se odnose na vođenje glavnog pretresa, u pogledu provođenja dokaznog postupka, vrijede i pred ovim vijećem. Ukoliko je vijeće odlučilo da ne provodi neke dokaze, već da pročita ranije provedene, mora voditi računa o izuzecima od neposrednog provođenja dokaza. (član 288. ZKP FBiH).

U okviru ovog razmatranja potrebno je ukazati na različitu praksu drugostepenih sudova u izradi drugostepene presude. Tako je napr. iz odluka Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine vidljivo da sud polazi od toga da je prethodna, prvostepena presuda po žalbi rješenjem toga suda ukinuta, dakle više ne postoji.³⁴ tako da obrazloženje navedene presude sadrži sve što zakon propisuje da pismeno izrađeno presuda mora da sadrži (bez pominjanja u obrazloženju te prethodne, po žalbi ukinute prvostepene prvostepene presude, niti pak žalbe, jer to nije više žalbeni postupak).

Ovo je, smatramo, u potpunosti u skladu odredbom člana član 315. stav 1. ZKP BiH (čl.329. ZKP FBiH, čl. 321. stav 1. ZKP RS, član 315. stav 1. ZKP DB) iz koje nesumnjivo proizilazi da je prvostepena presuda ukinuta, jer navedena odredba glasi:

³⁴ Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj Kžk-4/05 od 21.10.2005 godine

«Vijeće apelacionog odjeljenja će, uvažavajući žalbu, rješenjem ukinuti prvostepenu presudu i odrediti održavanje pretresa.»

Dakle, presuda, koju donese drugostepeni sud / apelaciono vijeće, rezultat je provedenog pretresa pred tim sudom/ vijećem apelacionog odjeljenja, i pismeno izrađena presuda, koju taj sud donese po održanom pretresu, mora da sadrži sve sastojke propisane odredbom člana 290. ZKP BiH (čl. 305. ZKP FBiH, čl. 296. ZKP RS, čl. 290. ZKP BD) a to znači i ono što je propisano u tački (7) navedene odredbe. Naime u odredbi tačke 7. stoji da će u obrazloženju presude sud određeno i potpuno iznijeti činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, dajući naročito ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza, iz kojih razloga nije uvažio pojedine prijedloge stranaka, iz kojih razloga je odlučio da se ne sasluša neposredno svjedok ili vještak čiji iskaz je pročitao, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično djelo i krivična odgovornost optuženog i pri primjenjivanju određenih odredaba Krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo.

Međutim, iz pismeno urađenog opravka presude³⁵, prema praksi Vrhovnog suda RS, koju nakon održanog pretresa donese taj sud, vidljivo je da se u obrazloženju presude polazi od prethodne prvostepene presude i da se, prilikom iznošenja razloga za novu presudu poziva na tu, po žalbi ukinutu, presudu. Navođenje ranije ukinute presude, kao osnova u davanju razloga drugostepenog suda za svoju presudu, koju nakon uvažanja žalbe po održanom pretresu taj sud donese, smatramo da nema uporišta u odredbama kojima se propisuje postupak pred drugostepenim sudom, bez obzira što se u prilog takvoj praksi, kao argument ističe to što se, drugostepeni sud na pretresu, pridržava samo onoga što je rješenjem o ukidanju prvostepene presude navedeno da će biti na pretresu provedeno, zbog čega i smatraju da pri tome drugostepeni sud iz «ranije» presude uzima sve što je ispravno i zakonito te da se u obrazloženju drugostepene presude ograničava na obrazloženje samo onog dodatnog što je na pretresu provedeno i utvrđeno.

³⁵ Presuda Vrhovnog suda republike Srpske broj Kž-K-1/04 od 17.03.2005. godine

4. ŽALBA NA DRUGOSTEPENU PRESUDU

Relevantne odredbe: član 333. ZKP FBiH, član 324. ZKP RS i član 317. ZKP BD.

Kao što je u uvodu rečeno, jedna od najvažnijih razlika u važećim krivičnoprocesnim zakonima u BiH tiče se prava na žalbu protiv drugostepene presude.

ZKP BiH žalbu protiv drugostepene presude uopšte ne poznaje, dok to pravo krivični procesni zakoni u entitetima i Brčko Distriku različito propisuju.

Član 333. ZKP FBiH glasi:

- (1) Protiv presude suda koji rješava u drugom stepenu dopuštena je žalba ako je sud, koji rješava u drugom stepenu preinačio prvostepenu kojom je optuženi oslobođen od optužbe i izrekao presudu kojom se optuženi oglašava krivim.
- (2) O žalbi protiv drugostepene presude iz stava (1) ovog člana rješava Vrhovni sud Federacije u sjednici vijeća u skladu sa odredbama koje važe za postupak pred drugostepenim sudom.

Iz stava (1) citirane zakonske odredbe u F BiH (i BD) proizilazi da je pravo na žalbu protiv drugostepene presude u ovim zakonima predviđeno ukoliko je drugostepeni sud utvrđeno činjenično stanje prihvatio kao tačno i potpuno a na osnovu drugačije pravne ocjene preinačio tu presudu i optuženog (umjesto ranije oslobađajuće presude) oglasio krivim. To je dakle situacija koju predviđaju odredba člana 329. ZKP FBiH i čl. 329. ZKP BD (preinačenje prvostepene presude).

Član 324. ZKP RS daje šire mogućnosti za ulaganje žalbe protiv drugostepene presude, jer je u toj zakonskoj odredbi propisano:

- (1) Protiv presude drugostepenog suda dozvoljena je žalba sudu koji odlučuje u trećem stepenu samo u slučaju ako je drugostepeni sud donio novu osuđujuću presudu ili ako je drugostepeni sud preinačio presudu prvostepenog suda kojom je optuženi oslobođen od optužbe i izrekao presudu kojom se optuženi oglašava krivim.
- (2) O žalbi protiv drugostepene presude rješava sud trećeg stepena, shodno odredbama koje važe za postupak u drugom stepenu.
- (3) Odredba člana 315. ovog zakona primjenjuje se i na saoptuženog koji nije imao pravo da izjavi žalbu protiv drugostepene presude.

Navedene zakonske odredbe interesantno je uporediti sa odredbom člana Evropske konvencije, kojom se, svakom ko je oglašen krivim garantira pravo na žalbu, kao i sa odredbom člana 2. sedmog Protokola uz Evropsku konvenciju, koji propisuje izuzetke. Naprijed je citirana navedena odredba člana 2. sedmog protokola prema kojoj svako ko je odlukom suda osuđen za krivično djelo, ima pravo na preispitivanje osude ili kazne od strane višeg suda, te da se ostvarivanje ovog prava, uključujući i osnov za njegovo korišćenje, uređuje zakonom.

Stav 3. iste odredbe omogućava da se nacionalnim zakonima predvide izuzeci za djela manjeg značaja, ili u slučajevima kada je osobi u prvom stepenu sudio najviši sud ili je bila osuđena na osnovu žalbe protiv oslobađajuće presude.

U praksi se međutim postavilo pitanje prava na žalbu protiv drugostepene presude donesene nakon održanog pretresa pred drugostepenim sudom u Federaciji Bosne i Hercegovine i Distriktu Brčko, ukoliko je poslije održanog pretresa donesena osuđujuća presuda (a ranija prethodna bila oslobađajuća).

Naime, iz odredaba člana 333. ZKP FBiH i člana član 317. ZKP BD jasno proizilazi da je pravo na žalbu navedenim odredbama predviđeno samo u slučaju preinačenja prvostepene presude u sjednici vijeća, kada prilikom odlučivanja drugostepenog suda o žalbi (tužioca) na presudu kojom je optuženi oslobođen od optužbe, drugostepeni sud, u smislu odredbe člana 329. ZKP FBiH i čl 314. ZKP BD preinačio tu oslobađajuću presudu u osuđujuću tj. i optuženog oglasio krivim.

Da li pravo na žalbu postoji i kada drugostepeni sud, na sjednici vijeća, odlučujući o žalbi tužioca na oslobađajuću presudu prvostepenog suda, uvaži žalbu, prvostepenu presudu ukine, otvori pretres a potom donese umjesto ranije oslobađajuće osuđujuću presudu?

Smatramo da iz odredaba člana 333. ZKP FBiH i člana 317. ZKP BD jasno proizilazi da je žalba na drugostepenu presudu dozvoljena samo kada drugostepeni sud preinači prvostepenu presudu a da u slučaju kada ukine presude, održi pretres i osudi optuženog, koji je ranije bio oslobođen od optužbe, nije dozvoljena žalba na tu drugostepenu presudu.

Da li je optuženom, koji se sada prvi puta susreće sa osuđujućom presudom (koji se na prethodnu oslobađajuću presudu nije ni žalio, nego samo tužilac) uskraćeno osnovno ljudsko pravo da se na žali na presudu kojom je oglašen krivim za krivično djelo?

Član 2. sedmog Protokola uz Evropsku konvenciju dozvoljava da u slučaju preinačenja oslobađajuće ne osuđujuću presudu nacionalni zakoni isključe pravo na žalbu. To znači da su navedene odredbe člana 333. ZKP FBiH i čl. član 317. ZKP BD u

skladu sa standardom konvencijski zagantovanih prava, jer je taj izuzetak, prema navedenoj odredbi iz Protokola moguć ukoliko to iz nacionalnog zakona proizilazi.

To znači da se ni direktnom primjenom konvencije ne bi moglo optuženom priznati pravo na žalbu u tom slučaju, jer su navedene zakonske odredbe u skladu sa članom 2. sedmog protokola uz Evropsku konvenciju, koji dozvoljava izuzetke od prava na žalbu, te da ni ZKP BiH, ZKP FBiH niti ZKP BD, u naprijed navedenom slučaju ne daju optuženom manje prava nego mu to Evropska konvencija garantuje.

ZKP RS predviđa pravo na žalbu na drugostepenu presudu svaki put kada je donesena osuđujuća presuda, bilo preinačenjem bilo nakon održanog pretresa pred tim sudom, što je očigledno «više» nego to Evropska konvencija predviđa, ali što ni u kom slučaju ne predstavlja problem, i čini nam se da takva zakonska regulativa ima više opravdanja.

O ovom značajnom pitanju još uvijek ne postoji izričiti stav drugostepenih sudova u FBiH i Distriktu Brčko, mada je vidljivo da su neki drugostepeni sudovi u FBiH, u pouci o pravu na žalbu, navodili da stranke imaju pravo na žalbi i protiv takve presude kojom se nakon održanog pretresa optuženi, koji je ranijom prvostepenom presudom bio oslobođen od optužbe oglašava krivim. S obzirom da pogrešna pouka o pravu na žalbu, kao što je naprijed rečeno, ne konstituiše pravo na žalbu, smatramo da bi, u skladu sa naprijed izloženim takvu žalbu u prema ZKP FBiH i ZKP DB trebalo odbaciti kao nedozvoljenu.

Postupak u pogledu žalbe protiv drugostepene presude takođe podrazumijeva da se žalba podnosi sudu prvog stepena. Međutim, ovaj sud žalbu, zajedno sa spisima predmeta, dostavlja drugostepenom sudu. Drugostepeni sud je taj koji ocjenjuje dopuštenost i blagovremenost tako podnesene žalbe. Nakon što utvrdi da je žalba dopuštena i blagovremena dostavlja ju sudu trećeg stepena – vijeću apelacionog odjeljenja Vrhovnog suda FBiH/ RS, odnosno Apelacionog suda BD. Postupak se odvija na isti način kao i postupak pred drugostepenim sudom.

Ukoliko trećestepeni sud, tačnije vijeće apelacionog odjeljenja, nađe da je žalba osnovana tada će ukinuti samo drugostepenu presudu ne dirajući pri tome prvostepenu presudu. Važno je još napomenuti da sudije, koje su učestvovale u donošenju drugostepene presude ne mogu biti članovi tročlanog sudskog vijeća koje odlučuje o žalbi na tu presudu.

4.1. *Žalba protiv rješenja*

Relevantne odredbe: članov 318.- 323. ZKP BiH, (čl. 334.- 339. ZKP FBiH; čl. 325.- 330. ZKP RS; čl. 318-323. ZKP BD)

Žalba na rješenje je takođe redovan pravni lijek. U pravilu je devolutivan i suspenzivan ali izuzetno može biti i remonstrativan i nesuspensivan pravni lijek.

U zavisnosti ko je funkcionalno nadležan da donese rješenje razlikujemo:

- - žalbe protiv rješenja koje donosi sudija za prethodni postupak i sudija za prethodno saslušanje.
- - žalbe protiv rješenja koja donosi vijeće nadležnog drugostepenog suda za vrije istrage.

Ovo su rješenja kojima se meritorno odlučuje.

O žalbi protiv rješenja sudije za prethodni postupak, odnosno sudije za prethodno saslušanje odlučuje vijeće istog suda, osim ako tim zakonom nije drugačije određeno.

Žalba protiv ovih rješenja je uvijek dopuštena, ukoliko zakonom to izričito nije isključeno.

Treću grupu rješenja predstavljaju ona koja se donose u svrhu pripreme, rukovođenja i upravljanja krivičnim postupkom, tako i nakon okončanja krivičnog postupka.

- - žalbe protiv rješenja koja se donose u cilju pripremanja glavnog pretresa i presude.

Za razliku od žalbe na presudu (prvostepenu), koja je uvijek dopuštena, žalbu na rješenje nije moguće uvijek uložiti. Zakon izričito propisuje na koja rješenja nije moguće izjaviti žalbu. Tako napr. protiv rješenja donesenih u drugom stepenu, ili protiv rješenja vijeća iz člana 24. st.6. ZKPBiH (izvanraspravnog vijeća) žalba nije dozvoljena, kada ovo vijeće postupa kao drugostepeni organ ali kada postupa kao prvostepeni organ tada je žalba dopuštena. To je u slučaju kada sudija za prethodni postupak ili sudija za prethodno saslušanje ne prihvate prijedlog tužioca o određivanju pritvora pa tužilac zatraži da o tome odluči vijeće iz člana 24. st.6. ZK PBiH. Vijeće tada postupa kao prvostepeni organ i protiv rješenja tog vijeća, kojim se određuje pritvor pritvorena osoba može podnijeti žalbu. Žalba tužioca, ukoliko vijeće ne bi prihvatilo njegov prijedlog nije dopuštena.

Postoje i rješenja protiv kojih nije dozvoljena posebna žalba. To su rješenja koja se donose u cilju pripremanja glavnog pretresa i donošenja presude, i na njih se može žaliti samo okviru žalbe na presudu.

Međutim i ovdje je predviđen jedan izuzetak, propisan u članu 242. stav 4. ZKP BiH (čl. 257. st.4. ZKP FBiH, čl. 249. ZKP RS, čl. 242. st.4. ZKP BD). Naime, protiv rješenja kojim se braniocu ili punomoćniku oštećenog, koji i nakon što je kažnjen nastavi da narušava red u sudnici, uskrati pravo daljnjeg zastupanja i izrekne novčana kazna do 30 000 KM, dopuštena je posebna žalba. Ovo rješenje koje se unosi u zapisnik o glavnom pretresu, mora biti obrazloženo.

Odredba članova 260. do 264. ZKP FBiH propisuju sankcionisanje neopravdanog nedolaska stranaka, branilaca, svjedoka ili vještaka na zakazani glavni pretres o kojem su bili uredno obaviješteni. Pravo na žalbu protiv rješenja kojima im od strane predsjednika vijeća izrekne novčana kazna nije posebno propisano. Kako se radi o rješenjima koja se donose u toku glavnog pretresa, proizilazilo bi da se na takvo rješenje kažnjeni učesnik krivičnog postupka može žaliti tek uz presudu. To je nelogično rješenje jer svjedok napr. i ne dobija presudu, a prema odredbi člana 264. ZKP FBiH može biti kažnjen novčanom kaznom i do 5000 KM. U praksi je primjećeno da sudovi ovakva rješenja obrazlažu i u pismenom otpravku daju pouku o pravu na žalbu, što je smatramo ispravna praksa. O ovome govori sljedeći primjer:

PRIMJER: Odluka Vrhovnog suda FBiH o žalbi branioca na Rješenje o izricanju novčane kazne zbog nedolaska na glavni pretres

R J E Š E N J E

Žalba advokata B.Ć. iz Sarajeva, branioca optuženog A.A. se odbija kao neosnovana.

O B R A Z L O Ž E N J E

Rješenjem Kantonalnog suda u Sarajevu broj K XX-/05 od XX- godine izrečena je novčana kazna u iznosu od 500,00 KM B.Ć. advokatu iz Sarajeva, koji je branilac optuženog A.A., a zbog neopravdanog izostanka sa glavnog pretresa zakazanog za dan 17.3.2005. godine, na koji je bio uredno pozvan.

Protiv ovog rješenja žalbu je izjavio branilac B.Ć. u kojoj je naveo da je dana 17.3.2005. godine, kada je bio zakazan glavni pretres u krivičnom predmetu njegovog branjenika A.A., zbog krivičnog djela razbojništva iz člana 289. stav 1. i krivičnog djela teške krađe iz člana 287. stav 1. tačka b) Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine(KZ FBiH), bio objektivno spriječen da dođe u zakazano vrijeme, ali je telefonskim putem predsjednici sudećeg vijeća izložio razloge zakašnjenja i zamolio dopuštenje da kasni na pretres do 20 minuta. Razloge kašnjenja je obrazložio time što je navedenog dana morao postupati u KPZ Zenica u nužnom slučaju, jer je bio ugrožen život njegovog klijenta, s obzirom da je noć ranije došlo do fizičkog napada na njegovog branjenika M.G., što su prenijela i sredstva informisanja. Takođe je naveo da njegovo zakašnjenje nije usmjereno ka nepoštivanju suda, i da je njegovo ponašanje

bilo dovoljno sankcionisati opomenom, jer je navedene prilike pod pritiskom radio svoj posao. Takođe je naveo da treba imati u vidu i slabo imovinsko stanje njegovog branjenika, jer će isti biti prinuđen da u troškovima odbrane snosi troškove i izrečene novčane kazne. Predložio je da se njegova žalba usvoji i pobijano rješenje ukine.

Nakon što je ispitao pobijano rješenje u granicama žalbenih navoda ovaj sud je našao da je žalba neosnovana a iz sljedećih razloga:

Rješenje o novčanom kažnjavanju branitelja optuženog A. A. zbog neopravdanog izostanka sa glavnog pretresa zakazanog za dan 17.3.2005. godine, o kojem je branilac bio uredno obaviješten, prvostepeni sud je donio u smislu odredbe člana 263. stav 1. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZKP FBiH). Prema navedenoj odredbi predsjednik vijeća pozvat će branitelja da objasni razloge svog nedolaska te će na osnovu takve izjave utvrditi da li branitelj treba biti kažnjen. Iz obrazloženja pobijanog rješenja i stanja spisa proizilazi da je prvostepeni sud postupio po navedenoj zakonskoj odredbi, jer je predsjednica vijeća zatražila od branitelja optuženog da se pismeno izjasni i obrazloži razloge svog nedolaska na zakazani glavni pretres u zakazano vrijeme. U tom smislu sve razloge koje je naveo prvostepeni sud prilikom ocjene da li je nedolazak branitelja optuženog na zakazani glavni pretres u zakazano vrijeme opravdan ili ne, ovaj sud prihvata u potpunosti. Naime, iz obrazloženja pobijanog rješenja i stanja spisa vidljivo je da se njegov branjenik nalazi u pritvoru počev od 3.11.2004. godine, i da je branjenik A.A. u tri navrata slao podneske – molbe predsjednici vijeća da što prije zakaže glavni pretres i ubrza njegov postupak, jer mu boravak u pritvoru teško pada. Takođe iz obrazloženja pobijanog rješenja i iz stanja spisa proizilazi da prethodna dva zakazana glavna pretresa nisu održana i to prvi put, takođe zbog nedolaska branitelja optuženog (koje razloge nedolaska je prvostepeni sud prihvatio objektivnim) a drugi put, zbog lošeg zdravstvenog stanja branjenika. Stoga je, i po ocjeni ovog suda, ispravan zaključak prvostepenog suda da branilac optuženog “očigledno nije imao sluha da se njegov branjenik nalazi u pritvoru i da je potrebno u takvom slučaju omogućiti sudu da se takva vrsta spisa prioritarno vodi”. Naime, pored činjenice da je svaki pritvorski predmet po svojoj prirodi hitan i činjenica da se njegov branjenik više puta lično obraćao predsjednici vijeća sa molbom da se zakaže glavni pretres, dovoljno ilustruju potrebu branitelja ne samo da ocijeni interese ovog svoga branjenika i stavi ih u kontekst svojih branilačkih obaveza drugih klijenata, već da sve svoje advokatske aktivnosti usmjeri i organizuje tako da ne dovede u pitanje svoj dolazak na glavni pretres u zakazano vrijeme. Naime, opredjeljenost branitelja, da umjesto da dođe na vrijeme na zakazani glavni pretres, koji je po prirodi hitan i koji je dva puta odlagan (jedan puta na njegov zahtjev) ode u KPZ Zenica radi interesa svog drugog branjenika očigledno je, po ocjeni ovog suda, pravilno ocijenjen kao neopravdan razlog za nepristupanje na glavni pretres u ovoj krivičnoj stvari.

Osim toga, iz dokaza (novinski članak), kojeg je branilac N.N. priložio kao opravdanje za svoj nedolazak na zakazani glavni pretres, proizilazi da se događaj zbog kojeg je išao u KPZ Zenica, desio u utorak 15. marta oko 20 sati. Njegova tvrdnja da je nužno postupao i otišao u Zenicu, radi dokumentovanja materijalnih dokaza i medicinskog zbrinjavanja osuđenika je neprihvatljiva iz dva razloga. Prvi razlog je to što je obaveza službenih lica KPZ-a da u vezi događaja u KPZ, koji reuzultira nanošenjem povreda nekom osuđeniku, prikupe kako medicinsku dokumentaciju tako i druge dokaze, kako bi se utvrdili razlozi i okolnosti pod kojima je do toga došlo. Drugo, branilac tog

osuđenika je za potrebe tog branjenika, koji se nalazi na izdržavanju zatvorske kazne, očigledno imao 16. mart kao dan da, kako on to navodi, nužno postupi u interesu tog branjenika. Osim toga, činjenica da je branilac B.Č. dana 17.3.2005. godine odputovao u Zenicu, a znao je da ima zakazan glavni pretres u 10 sati ujutro, ukazuje, po mišljenju ovog suda, da se svjesno doveo u situaciju da zakasni na glavni pretres, ako se imaju u vidu udaljenost Sarajeva i Zenice, pravila kućnog reda o vremenu ulaska u krug KPZ-a, nepredviđene saobraćajne okolnosti i sl.

Prema tome, sve navedeno, i po ocjeni ovog suda, nesumnjivo ukazuje da razlozi, koje je branilac naveo, nisu takve prirode da opravdavaju njegov nedolazak na glavni pretres u zakazano vrijeme. Stoga je, po nalaženju ovog suda, prvostepeni sud pravilno postupio kada je glavni pretres odložio, zatražio pismeno izjašnjenje branitelja o razlozima njegovog nedolaska a potom ocijenio da ti izneseni razlozi ne opravdavaju njegov izostanak, zbog čega mu je izrekao novčanu kanu.

Žalbeni navod da se žalbom želi ukazati na slabo imovno stanje optuženog, koji će, kako se to u žalbi navodi "u krajnjem biti prinuđen da u troškovima odbrane snese i ovu kaznu" je u potpunosti bez uticaja na zakonitost pobijanog rješenja. Novčana kazna je izrečena branitelju, te s tim ni u kakvoj vezi nije slabo imovno stanje optuženog. U troškove odbrane, osim toga, prema odredbi člana 199. i 201. ZKP FBiH, ni u kom slučaju ne spada novčana kazna izrečena branitelju, zbog kršenja onih procesnih odredaba zakona za koje je propisano novčano kažnjavanje, a odredbom člana 201. stav 1. ZKP FBiH branitelj, kao i ostala, u toj odredbi nabrojana lica, snose troškove postupka koje su prouzrokovali svojom krivnjom.

Prema tome, imajući sve naprijed u vidu, valjalo je odlučiti kao u izreci rješenja. «

Subjekti žalbe na rješenje su isti kao i subjekti žalbe na presudu, a sadržaj žalbe je analogan sadržaju žalbe na presude.

Pravilo je takođe da žalba odgađa izvršenje rješenja a postoje izuzeci koji su izričito zakonom propisani (najčešće u slučajevima da se spriječi odugovlačenje postupka ili kad je zbog prirode stvari na koju se rješenje odnosi rješenje neophodno odmah izvršiti.)

Opšti rok na žalbu protiv rješenja iznosi tri (3) dana od dana dostavljanja rješenja.

Međutim postoje rješenja na koje je moguće žalbu uložiti u roku od 24 sata. Radi se o takvim rješenjima gdje je hitnost postupanja naročito naglašena. Međutim, u

nekim slučajevima zakonodavac je propisao i duži rok za žalbu od opštepropisanog i on iznosi 8 dana.

O žalbi protiv rješenja donesenog u prvom stepenu odlučuje vijeće apelacionog odjeljenja višeg suda, ako ovim zakonom nije drugačije određeno. O žalbi protiv rješenja donesenog u prvom stepenu pred Vrhovnim sudom Federacije, odlučuje apelaciono odjeljenje tog suda.

Iako je zakonodavac propustio da izričito propiše granice ispitivanja žalbe na rješenje, analogno odredbi koja propisuje granice ispitivanja žalbe na presudu je da se žalba na rješenje ispituje samo u granicama istaknutih žalbenih osnova, navoda i prijedloga. Nema dileme da se rješenje, povodom uložene žalbe ne može ispitivati po službenoj dužnosti i zbog činjenice da ni jedna odredba krivičnih procesnih zakona ne daje pravo ispitivanja pobijane odluke po službenoj dužnosti, pa samim tim ni rješenja.

Svi procesni zakoni predviđaju shodnu primjenu odredaba o žalbi na prvostepenu presudu i kada je u pitanju žalba na rješenje.

Odlučujući o žalbi vijeće apelacionog odjeljenja/drugostepeni sud može:

- rješenjem žalbu odbaciti kao neblagovremenu ili nedopuštenu
- odbiti žalbu kao neosnovanu
- uvažiti žalbu i rješenje preinačiti
- uvažiti žalbu, rješenje ukinuti i po potrebi predmet uputiti na ponovno odlučivanje (za razliku od odluke povodom žalbe na presudu gdje je isključena mogućnost vraćanja predmeta prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje).

I kod odlučivanja o žalbi na rješenje sud je vezan zabranom preinačenja rješenja na gore (zabrana *reformatio in peus*) kao i primjenom principa *beneficium cohaesionis*.

PODMODUL II - VANREDNI PRAVNI LIJEK

Relevantne zakonske odredbe: čl. 324. - 333. ZKP BiH (čl. 340. – 349. ZKP BiH, čl. 351. – 339. ZKP RS, čl.324. – 333. ZKP BD).

Isprpljivanjem zakonom dozvoljenog redovnog pravnog lijeka presuda postaje pravomoćna. Član 178. ZKP BiH (čl. 192. ZKP FBiH, čl. 89. ZKP RS, čl.178. ZKP BD) definiše pravomoćnost presude. Presuda postaje pravomoćna kad se više ne može pobijati žalbom ili kada žalba nije dopuštena. Pravosnažnost počiva na pretpostavci da je takva presuda istinita, zakonita i konačna, i da se ona valja izvršiti. Kad je presuda izvršna reguliše ista odredba u stavu (2). Pravomoćna presuda je izvršna nakon što bude dostavljena strankama u smislu odredaba kojima je propisano dostavljanje i kada za izvršenje ne postoje zakonske smetnje. Ako se stranke (i branilac) nisu žalili ili su se stranke odrekle ili odustale od žalbe, presuda je izvršna istekom roka za žalbu, odnosno od dana odricanja ili odustanka od žalbe koja je već podnesena. S toga, najčešće i pravomoćnost i izvršnost presude nastupaju istoga dana.

Presuda mora biti u potpunosti pravosnažna da bi bila izvršna. Djelimična pravosnažnost ne povlači za sobom izvršnost presude. I to je jedan od razloga zbog kojeg, a o čemu je naprijed bilo riječi, nije bilo moguće, nakon zaključivanja sporazuma o krivnji presudu djelimično opravosnažiti i optuženog uputiti na izdržavanje kazne zatvora po takvoj djelimično opravosnaženoj presudi, kao što su to pojedini sudovi u početku činili. To je u praksi izazvalo konkretne probleme. Uočeni su i oni koji su se pojavili usljed podnošenja žalbe oštećenog, vezano za dosuđivanje/nedosuđivanje imovinskopravnog zahtjeva.

Ukoliko je sud stavio klauzulu izvršnosti na određenu presudu, a poslije se ispostavi da za to nije bilo uslova, prema dosadašnjoj sudskoj praksi, sud koji je sudio u prvom stepenu, donosi rješenje kojim se klauzula izvršnosti stavlja van snage.

Ono što je pravosnažnom presudom utvrđeno postaje presuđena stvar – res iudicata.

Međutim i pored navedenih pretpostavki da je presuda koja je postala pravosnažna istinita, zakonita i konačna, nemoguće je u potpunosti isključiti preispitivanje i pravosnažne sudske presude. Greške nisu isključene.

Pravosnažna sudska odluka može biti nepravilna - zato što je zasnovana na netačno utvrđenom činjeničnom stanju ili zato što je odlukom suda povrijeđen zakon.

Pravni sistemi u pravilu predviđaju iznimne slučajeve u kojima je moguće otkloniti takve nedostatke u sudskim odlukama.:

To se ostvaruje vanrednim pravnim lijekovima.

Naprijed je rečeno da se vanredni pravni lijek izričito podnosi protiv pravosnažnih odluka.

Naši procesni zakoni poznaju samo jedan vanredni pravni lijek. To je **ponavljanje postupka.**

Ako je pak krivični postupak rješenjem pravomoćno obustavljen ili je presudom optužba pravomoćno odbijena zato što nije bilo potrebnog odobrenja, postupak će se na zahtjev tužitelja nastaviti čim prestanu uzroci zbog kojih su donesene navedene odluke. Dakle u ovom slučaju se ne radi o ponavljanju postupka, jer pravosnažno rješenje kojim je obustavljen krivični postupak ili pravosnažna presuda kojom se optužba odbija zbog nepostojanja potrebnog odobrenja ne mogu se podvesti pod presuđenu stvar (*res iudicata*) u materijalnopravnom smislu. Krivični postupak se u ovim slučajevima nastavlja u onoj fazi u kojoj je bio prekinut.

Krivični postupak koji je dovršen pravomoćnim rješenjem ili pravomoćnom presudom može se na zahtjev ovlaštene osobe ponoviti samo u slučajevima i pod uslovima predviđenim ovim zakonom. (član 340. ZKP FBiH). Uvjeti koji su propisani da bi se dozvolilo ponavljanje postupka ukazuju dakle da se zakonodavac opredijelio da se pravomoćna sudska odluka može pobijati samo iz osnova pogrešno ili nepotpuno utvđenog činjeničnog stanja.

Ponavljanje postupka dozvoljeno je i u posebnim postupcima: ponavljanje krivičnog postupka prema maloljetnicima, prema pravnim licima i ponavljanje u pogledu mjere oduzimanja imovinske koristi.

Zakon dakle razlikuje ponavljanje postupka završenog pravomoćnim rješenjem (član 342. ZKP FBiH) i ponavljanje postupka koji je dovršen pravomoćnom presudom (član 343. i 344. ZKP FBiH).

1.1. Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravomoćnim rješenjem

Ukoliko je krivični postupak pravomoćno obustavljen prije početka glavnog pretresa (a izvan slučajeva predviđenih za nastavljane krivičnog postupka), može se, na zahtjev tužitelja, dopustiti ponavljanje krivičnog postupka ako se podnesu novi dokazi na osnovu kojih se sud može uvjeriti da su se stekli uvjeti za ponovno pokretanje krivičnog postupka. To je slučaj kada je sudija za prethodno saslušanje potvrdio optužnicu a tužilac ju nakon toga povuče, usljed čega se postupak rješenjem sudije za prethodno saslušanje obustavlja. U tom slučaju bi vijeće tog suda dozvolilo ponavljanje postupka, ukoliko tužilac podnese nove dokaze, na osnovu kojih se vijeće uvjerilo da su se stekli uslovi za ponavljanje postupka.

U ostalim procesnopravnim situacijama kao napr. kada se obustavi istraga (povlačenje optužnice od strane tužioca - član 232. ZKPBiH) ili kada sudija za prethodno saslušanje ne potvrdi sve ili neku od tačaka optužnice (odlučivanje o optužnici -član 228. stav 4. ZKP BiH) tužilac, iako dođe do novih dokaza, ne bi morao podnijeti ovaj vanredni pravni lijek, već će u skladu sa odredbama člana 228. stav 5. ZKP BiH podnijeti novu ili izmijenjenu optužnicu na potvrđivanje.

Krivični postupak, koji je pravomoćno obustavljen do početka glavnog pretresa, zbog odustanka tužioca od gonjenja, a naknadno se dokaže da je do odustanka došlo usljed krivičnog djela zloupotrebe službenog položaja od strane tužioca, može se ponoviti. U pogledu dokazivanja krivičnog djela tužioca zakon upućuje na primjenu

odredbe člana 327. stav 2. tog zakona. To podrazumijeva da tužilac mora pravomoćnom presudom biti oglašen krivim za odnosna krivična djela.

1.2. Ponavljanje krivičnog postupka završenog pravomoćnom presudom

Krivični postupak dovršen pravosnažnom presudom može se, u zavisnosti od razloga zbog čega se ponavljanje zahtijeva odnosno u zavisnosti od razloga nastalih u prethodnom postupku i na glavnom pretresu, ponoviti:

- u korist osuđenog
- na štetu optuženog

Ponavljanje postupka u korist osuđenog moguće je u zakonom taksativno određenim situacijama član 327. stav 1. tačke a-f ZKP BiH, (član 343. stav 1. tačke a-g ZKP FBiH, čl.333. st.1. tačke a-e ZKP RS, čl. 327. st.1. tačke a-f ZKP BD). Navedene odredbe su suštinski istog sadržaja tj. propisuju iste uslove za ponavljanje postupka. (uočava se neznatna razlika u odredbi tačaka b) i d) ZKP RS). U svim ovim slučajevima radi se o tzv. pravom ponavljanju krivičnog postupka, koje se dozvoljava po osnovu postojanja novih činjenica i novih dokaza: - pravomoćna presuda koja dokazuje izvršenje krivičnog djela od strane procesnih subjekata a u vezi je sa donošenjem osuđujuće presude, nove činjenice i novi dokazi koji ranije nisu bili poznati ili, iz drugih objektivnih razloga koji (i pored dužne pažnje i opreza) nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu ili naknadno donošenje odluke Ustavnog suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), kojima je utvrđeno kršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda a ranija presuda je zasnovana na kršenju navedenih prava. S obzirom da je Dom za ljudska prava prestao da postoji (31.12.2003. godine) sve predmete koji su u Domu zaprimljeni riješit će Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu BiH.

Ovlaštene osobe za podnošenje zahtjeva su stranke i branitelj, a poslije smrti osuđenog, zahtjev u njegovu korist mogu podnijeti i tužitelj i osobe, koje su ovlaštene u korist optuženog izjaviti žalbu.

Zahtjev za ponavljanje postupka u korist osuđenog se može podnijeti i nakon što je osuđeni kaznu izdržao, i bez obzira da li je nastupila zastarjelost, amnestija ili pomilovanje.

Zanimljiva je odredba po kojoj inicijativu za podnošenje zahtjeva, ukoliko sazna da postoje razlozi za ponavljanje krivičnog postupka, može učiniti i sud i to tako što će o o tom razlogu obavijestiti optuženog, što je u slučaju postojanja razloga iz člana 343. stav 1. tačke a), b),c) f) i g) ZKPFBiH posve razumljivo rješenje kojim se ostvaruje jednakost u postupanju kada su u pitanju činjenice koje terete optuženog tako i činjenice koje mu idu u korist.

Najčešće istican razlog za ponavljanje postupka je «pojavljivanje novih činjenica i novih dokaza» čime osuđene osobe pokušavaju izdejstvovati ponavljanje pravosnažno okončanog krivičnog postupka. Međutim, kumulativan uslov, kojeg zakon u slučaju novih činjenica i novih dokaza propisuje, je i taj da se te činjenice i ti dokazi, i

pored dužne pažnje i opreza nisu mogli ranije istaći, odnosno biti predstavljeni na glavnom pretresu a imaju takav značaj sami za sebe ili u vezi sa ostalim provedenim dokazima, da su podobni da prouzrokuju oslobađanje osuđene osobe ili pak njezinu osudu po blažem zakonu.

Ovo važi i za pismeni nalaz i mišljenje stručne ustanove ako se u nalazu iznose nove činjenice i novi dokazi koji direktno utiču na novo, različito mišljenje od onog iz pravosnažno okončanog krivičnog postupka.

Ranije, po odredbama važećeg ZKP zahtjev za ponavljanje postupka gotovo redovito su podnosili osuđeni kojima je suđeno u odсутnosti. Kako prema važećim odredbama krivičnoprocesnih zakona optuženom nije moguće, ni u kojem slučaju, suditi u odsutnosti, u praksi se to više neće pojavljivati kao razlog, koji je uvijek uspješno istican i koji je redovito dovodio do ponavljanja postupka.

1.3. Ponavljanje postupka na štetu optuženog:

Presuda kojom se optužba odbija je presuda donesena u korist optuženog. Zahtjev za ponavljanje postupka je automatski na štetu optuženog. Ponavljanje bi bilo dozvoljeno ukoliko bi se pravosnažnom presudom dokazalo da je do odustanka tužioca došlo usljed krivičnog djela korupcije ili krivičnog djela protiv službene i druge dužnosti tužioca. Ponavljanje postupka je u funkciji obezbjeđenja načela zakonitosti, kao jednog od temeljnih načela na kojima se krivični postupak zasniva i kojeg direktno štiti EKLJP. Međutim, načelo *ne bis in idem* isključuje mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na štetu osuđenog izuzev u navedenom slučaju.

Naprijed je rečeno da je zahtjev za ponavljanje postupka remonstrativan pravni lijek, jer o njemu odlučuje isti sud pred kojim je postupak pravosnažno okončan. Funkcionalno je nadležno vijeće iz člana 24. stav 4. ZKP BiH (čl. 25. stav 4. ZKP FBiH, čl. 24.st.6. ZKP RS, čl.23. st.4. ZKPBD) Sudija koji je učestvovao u donošenju presude u ranijem postupku je izuzet od rješavanja po zahtjevu za ponavljanje postupka, tj. ne može biti član tročlanog vijeća. Ovo je izričito propisano jedino u članu 23. stav 6. ZKP BD (u postupku odlučivanja po vanrednim pravnim lijekovima neće učestvovati sudija koji je učestvovao u donošenju odluke koja se pobija žalbom), dok obaveza izuzeća sudije u drugim krivičnoprocesnim zakonima u BiH proizilazi iz odredbe kojom su propisani razlozi izuzeća (sudija ne može vršiti sudijsku dužnost ako je u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke koja se pobija pravnim lijekom).

Zakon nalaže obavezu podnosioca zahtjeva da navede po kojem zakonskom osnovu traži ponavljanje postupka i kojim to dokazima i činjenicama potkrepljuje. Ukoliko ti podaci i činjenice u zahtjevu nisu navedeni sud će pozvati podnosioca da u određenom roku zahtjev dopuni. Ako to ne učini sud će zahtjev na temelju odredbe člana 347. stav 1. rješenjem odbaciti. To će učiniti i u slučaju da je zahtjev podnijela neovlaštena osoba (član 345. ZKP FBiH), ili da nema zakonskih uslova za ponavljanje

postupka, ili pak da su činjenice i dokazi na kojima se zahtjev zasniva već bili izneseni u ranijem zahtjevu za ponavljanje postupka koji je odbijen pravomoćnim rješenjem suda ili ako činjenice i dokazi očigledno nisu podobni da se na osnovu njih dopusti ponavljanje (član 343. stav 1. tačka c) ZKPFBiH).

Zahtjev će se odbaciti i ukoliko ne sadrži podatke o tome po kojem se zakonskom osnovu traži ponavljanje postupka i kojim se dokazima se potkrepljuju činjenice na kojima se zahtjev zasniva, a podnosilac i nakon ostavljenog roka od strane suda da te podatke u zahtjevu dopuni, to ne učini (član 331. stav 1. u vezi sa članom 330. stav 2. ZKP BiH, član 347. stav 1. u vezi sa članom 346. stav 2 ZKP FBiH; član 337. stav 1. u vezi sa čl. 336. stav 2. ZKP RS, čl. 331. stav 1. u vezi sa čl. 330. stav 2. ZKP BD).

Ako sud zahtjev ne odbaci, tj. ako ocijeni da je zahtjev podoban za odlučivanje, dostavit će ga protivnoj stranci na izjašnjenje. Rok za odgovor je 8 dana. Po isteku ovog roka predsjednik vijeća može, po potrebi, odrediti da se izvide činjenice i pribave dokazi na koje se podnosilac u zahtjevu poziva, nakon čega se stiču uslovi da sud o zahtjevu odluči.

Odredba člana 332. stav 2 ZKP BiH (čl.348. st. 2. ZKP FBiH, čl. 338. st. 2. ZKP RS, čl. 332. stav 2. ZKP BD) propisuje obavezu suda da primjeni princip *beneficium cohaesionis*, ukoliko dopusti ponavljanje postupka u korist jednog optuženog a ti razlozi idu u korist i saoptuženog koji nije podnio zahtjev za ponavljanje postupka. Tada će sud, po službenoj dužnosti, dozvoliti ponavljanje postupka kao da takav zahtjev postoji i od od drugog /ih saoptuženih.

Takođe će sud, shodno odredbi stava 3. navedene zakonske odredbe odlučiti da li se odmah zakazuje novi glavni pretres ili se predmet ima vratiti u stanje istrage.

Sud će takođe, ukoliko smatra da iz ponuđenih dokaza proizilazi da bi optuženi u ponovljenom postupku mogao biti osuđen na takvu kaznu, da bi se uračunavanjem već izdržane kazne, osuđeni imao pustiti na slobodu, ili pak da može biti oslobođen od optužbe ili da optužba može biti odbijena, odrediti da se izvršenje kazne odloži ili prekine.

Po pravosnažnosti rješenja da se postupak ponavlja, obustavit će se izvršenje kazne, ali će sud, na prijedlog tužitelja odrediti pritvor ukoliko postoje pritvorski razlozi iz člana 132. ZKP BiH (146. ZKP FBiH, čl.189. ZKP RS, čl. 132. ZKP BD)

Na ponovljeni postupak, koji se vodi na osnovu rješenja kojim je dopušteno ponavljanje, primjenjuju se iste odredbe kao i na prethodni postupak.

Ako se ponovljeni postupak obustavi do početka glavnog pretresa, sud će rješenjem o obustavljanju postupka ukinuti i raniju presudu.

Kada sud u ponovljenom postupku donese presudu izreći će da se prethodna presuda djelimično ili u cjelini stavlja van snage ili da se ostavlja na snazi. Ukoliko to ne učini, počinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka k ZKP BiH (čl. 312. st.1. tačka k ZKP FBiH; čl.303. st.1. tačka j ZKP RS; čl. 297. st. 1. tačka k ZKP BD)- izreka presude nerazumljiva.

U kaznu koju odredi novom presudom sud će optuženom uračunati izdržanu kaznu, a ako je ponavljanje određeno samo za neko od djela za koje je osuđeni bio osuđen, sud će izreći novu jedinstvenu kaznu, s tim što je sud u ponovljenom postupku vezan zabranom iz člana 322. ZKP FBiH (*zabrana reformatio in peius*). Inače zabrana reformatio in peius važi u ponovljenom postupku i primjenjuje se svaki put kada je zahtjev za ponavljanje postupka podnesen u korist osuđenog, bez obzira ko je podnosilac. Vidljivo je takon ne isključuje u ponovljenom postupku primjenu bilo kojeg načela krivičnog ili krivičnoprocesnog zakona. Ponovljeni postupak se ne može obustaviti zbog nastupanja apsolutne zastarjelsti ali može nastupiti zastarjelost izvršenja kazne u ponovljenom postupku.

Važno je spomenuti i to da važeći krivičnoprocesni zakoni ne poznaju više tzv. « **nepravo ponavljanje krivičnog postupka** ». Šta je zakonodavca rukovodilo da ukine mogućnost da se optuženom, kojem je istovremeno izrečeno više presuda i kojim mu je izrečeno više zatvorskih kazni, koje nisu izvršene, onemogućeno objedinjavanje kazni primjenom odredbi o odmjeravanju kazni u sticaju. Odgovor na ovo nalazimo u činjenici da je u opštem dijelu Krivičnih zakona, kroz odmjeravanje kazne osuđenom licu (član 55. KZFBiH) ovo djelimično riješeno, kao i u činjenici da je suđenje u odsutnosti isključeno.

PRILOG: ŽALBA

Rechtsanwalt/Advokat/Lawyer

Mustafa A . Bračković

Sutjeska 18/II, 71000 SARAJEVO

Tel.:+387 (0) 33 21 81 21 Fax:+387 (0) 33 65 29 64 GSM: +387 (0) 61 13 71 52 ;

e –mail: alanno12@hotmail.com

Sarajevo, 09.06.2005. godine

KANTONALNI SUD**SARAJEVO****na broj: K-105/03**

Protiv presude Kantonalnog suda Sarajevo, broj: K-105/03 od 04.04.2005.godine, primljene dana 27.05.2005.godine, branitelj trećeoptuženog R. A., Bračković Mustafa, advokat iz Sarajeva, ul. Sutjeska br.18, u zakonskom roku iz člana 353. stav 1. ZKP FBiH, a temeljem člana 354. stav 1. u vezi sa članom 357. stav 1.tačke 1.) do 4.), ZKP FBiH izjavljuje sljedeću:

Ž A L B U

- zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka
- zbog povrede krivičnog zakona
- zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjaničnog stanja
- zbog odluke o krivičnoj sankciji (kazni)

te traži da se ista sa cjelokupnim spisom dostavi Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine kao drugostepenom, kome se predlaže da žalbu uvaži, te uz primjenu Krivičnog zakona FBiH («Službene novine FBiH», broj: 36/03 od 29.07.2003.godine):

- pobijanu presudu preinači u smislu člana 374. stav 1. u vezi sa članom 380.stav 1. ZKP FBiH, a isti u vezi sa članom 345. stav 1. tačka 1. ZKP FBiH i članom 26. stav 1. u vezi sa stavom 2. KZ FBiH (član 10. stav 1. u vezi sa stavom 2.ranijeg KZ FBiH) i trećeoptuženog oslobodi od optužbe,
- ili da pobijanu presudu preinači u smislu člana 374. stav 1. u vezi sa članom 380.stav 1. ZKP FBiH, a isti u vezi sa članom 345. stav 1. tačka 2. ZKP FBiH i

članom 39. stav 1. i 2. KZ FBiH (član 17. stav 1. i 2. ranijeg KZ FBiH) i trećeoptuženog oslobodi optužbe,

- pobijanu presudu preinači u smislu člana 374. stav 1. u vezi sa članom 380. stav 1. ZKP FBiH, a isti u vezi sa članom 26. stav 3. KZ FBiH (član 10. stav 3. ranijeg KZ FBiH) i trećeoptuženog oslobodi od kazne zbog prekoračenja nužne odbrane usljed jakog straha izazvanog neposredno prestojećim napadom,
- pobijanu presudu preinači u pravnoj kvalifikaciji u smislu člana 374. stav 1. u vezi sa članom 380. stav 1. ZKP FBiH, tako što će radnje optuženog okvalifikovati kao krivično djelo teške tjelesne povrede opasne po život nanesene iz nehata iz člana 172. stav 3. u vezi sa stavom 6. KZ FBiH (člana 177. stav 3. u vezi sa stavom 6. ranijeg KZ FBiH),
- ili pak pobijanu presudu preinači u smislu člana 374. stav 1. u vezi sa članom 380. stav 1. ZKP FBiH u dijelu odluke o kazni, te optuženom R. A. izrekne blažu krivičnu sankciju ili pak blažu kaznu od one izrečene,
- ili pak da pobijanu presudu ukine u cijelosti i cio predmet vrati na ponovno suđenje Kantonalnom Sudu Sarajevo,

i to na način da razmatrajući prijedloge onim redom kako su postavljeni, sud usvoji prvi za koji nađe da je osnovan.

Pobijana presuda je donesena uz brojne bitne povrede odredaba krivičnog postupka (kako apsolutne, tako i relativne) koje se ogledaju kako u nerazumljivosti izreke pobijane presude i njenoj proturječnosti sa razlozima pobijane presude u odnosu na trećeoptuženog R. A., tako i u nedostatku razloga o odlučnim činjenicama i njihovoj međusobnoj proturječnosti gdje su oni izneseni, kao i u proturječnosti između onoga što se navodi u razlozima presude o sadržini isprava ili zapisnika, što je imalo za posljedicu pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje nastalo i kao rezultat pogrešno izvedenih činjeničnopravnih zaključaka iz analize i ocjene dokaza u spisu, usljed čega se pobijana presuda uopće ne može ispitati, što je u krajnjoj konsekvenci rezultiralo povredom krivičnog zakona i kršenjem prava optuženog iz člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama koja se saglasno članu II/2. Ustava BiH primjenjuje direktno u Bosni i Hercegovini.

Obzirom na činjenicu, da su bitne povrede odredaba krivičnog postupka brojne i da su neposredno generirale pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, tako da bi navode o istim bez nepotrebnog ponavljanja bilo nemoguće izložiti po posebnim odjeljcima, to će i žalba ukazujući samo na najznačajnije bitne povrede odredaba krivičnog postupka, žalbene razloge o istim izložiti interpolirano u jednu cjelinu.

Prva i najočitija bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH na koju će ova žalba ukazati proizilazi iz kršenja i pogrešne primjene odredbe člana 346. stav 1. tačka 1. u vezi sa članom 351. stav 4. ZKP FBiH, a sastoji se u nerazumljivosti izreke pobijane presude u odnosu na trećeoptuženog R.A. Naime citiranim odredbama člana 346. stav 1. tačka 1. i 351. stav 4. ZKP FBiH propisano je da izreka presude kojom se optuženi oglašava krivim mora sadržavati za koje se djelo optuženi oglašava krivim, uz naznačenje činjenica i okolnosti koje čine obilježja krivičnog djela, kao i onih od koji zavisi primjena određene odredbe krivičnog zakona. S tim u vezi činjenični opis djela u izreci pobijane presude je u odnosu na optuženog R. A. kao pomagača u krivičnopravnom smislu, morao sadržavati

konkretizaciju radnji koje čine krivično djelo za koje se tereti optuženi R., uz navođenje svih činjenica i okolnosti koje potvrđuju da je ovaj optuženi učinio predmetno krivično djelo, kao i činjenica i okolnosti od kojih zavisi primjena odredaba materijalnog krivičnog prava. Naime, saglasno sudskoj praksi i krivičnoprocesnoj teoriji, izreka kondemnatorne presude (osuđujuće) pored opisa objektivnih elemenata (radnja + posljedica), treba sadržavati i opis s u b j e k t i v n i h elemenata krivičnog djela tj. da li je optuženi radnje koje mu se stavljaju na teret (tj. krivično djelo) učinio umišljajno ili iz nehata, pri čemu je sud dužan da u izreku presude unese činjenice i okolnosti iz kojih nedvojbeno proizilazi oblik vinosti (*culpa*) sa kojim je djelo učinjeno. Preneseno *in concreto* to znači da je izreka pobijane presude kojom je optuženi R. oglašen krivim kao pomagač, morala sadržavati činjenice i okolnosti iz kojih proizilazi pomagačka radnja optuženog R., tj. da je on bio svjestan i djela izvršioca, kao i toga da svojim radnjama podupire djelo izvršioca (*Kantonalni sud u Tuzli, Kž-154/97 od 03.09.1997.godine; Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bopsne i Hercegovine, broj: 1, januar – april 1998.godine, strana 9. i 10., Komentar zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Savjet/Vijeće Evrope 2005.godine, strana 750.*). Međutim, kako izreka pobijane presude uopće ne sadrži bilo kakve navode u tom smislu, to je evidentno postojanje bitne povrede odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. u vezi sa članom 346. stav 1. tačka 1. i članom 351. stav 4. ZKP FBiH.

Identično postupanje suda i nedostatak presude je i u odnosu na činjenice i okolnosti iz kojih je vidljivo da se radi o pokušaju ubistva prvooptuženog, pa iz tog razloga takođe postoji ranije opisana bitna povreda odredaba krivičnog postupka. U kontekstu prednjeg takođe ističemo da pobijana presuda ne sadrži razloge iz kojih je obzirom na zabranjenu posljedicu bilo vidljivo da se radi o pokušaju ubistva, a ne o krivičnom djelu teške tjelesne povrede nanesene iz nehata u smislu člana 177. stav 3. u vezi sa stavom 6. KZ FBiH, kao što su to pledirale odbrane drugooptuženog i trećooptuženog. Naime, kako iz izreke, a tako ni i iz razloga pobijane presude nije vidljivo ni htjenje ni pristajanje drugooptuženog na zabranjenu posljedicu u smislu lišenja života prvooptuženog Terze. To tim prije što su povrede koje je zadobio optuženi Terzo ispod pasa, dakle u dijelu tijela gdje ne postoje vitalni organi (srce, pluća, jetra, bubrezi i sl.). S tim u vezi, a s obzirom na školsku naobrazbu (frizer) drugooptuženog, koji nije vičan rukovanju oružjem (nije služio vojsku) i koji očigledno paljbu u cilju odbijanja napada usmjerava pod noge prvooptuženog Terze, pri čemu usljed nestručnosti u rukovanju, a pod djelovanjem sila akcije i reakcije usljed opaljenja i pritiska barutnih gasova dolazi do «podizanja» pištolja i povređivanja prvooptuženog T. u predjelu stražnjice i lijeve natkoljenice može se raditi samo o krivičnom djelu teške tjelesne povrede nanesene iz nehata iz člana 172. stav 3. u vezi sa stavom 6. KZ FBiH (član 177. stav 3. u vezi sa stavom 6. ranijeg KZ FBiH), budući da je opće poznato da se vitalni organi ne nalaze u nogama, pri čemu se nastupanje posljedice u smislu kidanja zrnom femoralne arterije (inače skrivene iza vene) kod prvooptuženog T., može pripisati samo svjesnom nehату drugooptuženog. Kako se krivično djelo u pokušaju može izvršiti samo umišljajem, to se obzirom na istaknute činjenice *in concreto*, sve i da ne postoje okolnosti koje isključuju postojanje krivičnog djela (nužna odbrana) na koje će žalba ukazati u daljem slijedu, ne može ni raditi o krivičnom djelu ubistva u pokušaju, nego o krivičnom djelu teške tjelesne povrede nanesene iz nehata iz člana 172. stav 3. u vezi sa stavom 6. KZ FBiH .

Istovrsna bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH, postoji i proizilazi iz pogrešne primjene odredbe člana 351. stav 7. ZKP FBiH, a ogleda se u činjenici da između izreke i razloga pobijane presude postoji proturječje. Naime kako iz stava/tačke 2. pobijane presude proizilazi da radnje u navodnoj namjeri da prvooptuženog T. liši života poduzima samo drugooptuženi G., to činjenicom da sud na strani 15. (pasus I, treći red odozdo) navodi da optuženi R. daje pištolj drugooptuženom G. u z a j e d n i č k o j n a m j e r i l i š e n j a života prvooptuženog T., postoji proturječje između izreke i ovo proturječje koje predstavlja bitnu povredu u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH. Ovo proturječje se u presudi implicira na način da sud optuženog R. *via facti* smatra saizvršiocem («u zajedničkoj namjeri»), a što ima i svoju neizostavnu latentnu refleksiju prilikom odlučivanja suda pri izboru vrste i mjere krivičnopravne sankcije u odnosu na optuženog R., te obzirom na opisane nedostatke u činjeničnom opisu izreke pobijane presude, ostavlja nejasnim za što trećooptuženi zapravo odgovara, za pomaganje ili saizvršilaštvo. Naime, pomagač nema zajedničku namjeru nego umišljaj da podupire djelo drugoga, kod koga već postoji stvorena odluka da to djelo izvrši.

S druge strane, ostaje krajnje nejasno i presuda ne sadrži razloge o tome, na osnovu čega je sud utvrdio da je drugooptuženi od optuženog R. tražio pištolj, jer takvo što ne proizilazi niti iz jednog dokaza u spisu. Ono što je istina, jeste to da je optuženi Redežepović u momentu kada drugooptuženi G. panično vičući traži bilo šta da ih brani od T., optuženi R. i sam u strahu poduzima radnju saobraženu strahu koji je osjećao, te G. daje pištolj koji ima kod sebe da ih brani od prvooptuženog T. Naime, niti iz jednog dokaza ne proizilazi da je drugooptuženi znao da optuženi R. kod sebe ima pištolj i da je tražio baš pištolj. S tim u vezi, a kako ni u odnosu na tu opredjeljujuću činjenicu pobijana presuda uopće ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama, to i u tom smislu postoji bitna povreda u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH.

U kontekstu prednjeg ističemo da je i u odnosu na « zajedničku namjeru », koja direktno implicira oblik vinsti (direktni umišljaj) sa kojim je optuženi R. navodno učinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret, sud u pobijanoj presudi bio dužan iznijeti razloge (činjenice i okolnosti) zasnovane na činjenicama utvrđenim u postupku, a iz kojih proizilazi zajednička namjera optuženih R. i G. da liše života optuženog T. Činjenicom da pobijana presuda u odnosu na tu *in peius* činjenicu, koja direktno implicira oblik vinsti u postupanju optuženog R. (direktni umišljaj) i predstavlja *conditio sine qua non* za postojanje radnje pomaganja i krivične odgovornosti optuženog R., uopće ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama, nedvojbeno je da posljedicom toga postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH. Obzirom na činjenicu da se za pomaganje u krivičnopravnom smislu traži umišljaj pomagača tj. optuženog R., to je pobijana presuda imala sadržavati jasne, konkretne i sadržajne razloge o odlučnim činjenicama, kao rezultat logičko-psihološke analize dokaza i njihove ocjene u tom smislu, koji bi nedvojbeno ukazivali da je postupanje optuženog R. bilo umišljajno (bilo sa direktnim ili eventualnim umišljajem). S tim u vezi, sud je u pobijanoj presudi bio dužan dati razloge o odlučnim činjenicama, na osnovu čega je nedvojbeno utvrđeno da je u momentu kada optuženi R. dodaje pištolj drugooptuženom G., kod G. (čije djelo optuženi R. kao pomagač navodno umišljajno podupire) već stvorena odluka da liši života optuženog T. ili pokuša isto, kao i razloge o tome koji ukazuju na činjenicu da je

optuženi R. bio svjestan djela i namjere G. i htio ili suglasio se sa nastupanjem zabranjene posljedice.

U kontekstu prednjeg, sud je u smislu člana 351. stav 7. ZKP FBiH na ove okolnosti bio dužan konfrontirati objektivne dokaze (prije svega nalaz i mišljenje vještaka balističara, te nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra) kojima (strana 13, pasus III, 4,5, red odozgo) poklanja punu vjeru i koji ničim nisu dovedeni u pitanje. Sljedstveno tome sud je bio dužan dati razloge o tome, na osnovu kojih činjenica je utvrđeno da je optuženi R. bio svjestan ili znao da će drugooptuženi znati otkloniti otežano ubacivanje metka u cijev koje je registrirano na konkretnom pištolju (vještak balističar Nijaz Smajić, strana 11, 27-28 red odozgo), prije svega što je drugooptuženi osoba koja *in tempore criminis*, a ni danas, nije odslužila vojni rok, pa kao takva nije bila ni vična rukovanju oružjem. U smislu prednjeg presuda je morala sadržavati i razloge o tome, na osnovu čega je optuženi R. koji dodaje pištolj, koji nije repetiran, znao i bio svjestan da će drugooptuženi (koji nije služio vojni rok) znati staviti metak u cijev (repetirati pištolj), što je preduslov da bi uopće došlo do opaljenja (vještak balističar Nijaz Smajić strana 11, 27-32 red odozgo), a onda i upotrijebiti pištolj na način da kod prvooptuženog T. izazove nastupjele povrede.

Radnje poduzete po optuženom R. sud je bio dužan cijeniti i u kontekstu cjeline nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra dr. Kučukalića i njegove konfrontacije sa nalazom i mišljenjem vještaka balističara, a ne samo selektivno u smislu nebitno smanjene uračunljivosti. Vještak dr. Kučukalić u tački 3. Zaključka navodi da radnje koje poduzima optuženi R., poduzima u strahu, u stanju produbljenog osjećaja ugroženosti i neposredne životne opasnosti, što ima za posljedicu da su njegove reakcije impulzivne i uslovljene snažnim afektom straha, a sa ciljem što bolje lične zaštite. Dakle, saglasno datom nalazu, optuženi R. radnju poduzima impulzivno i isključivo u situaciji u koju je doveden od strane drugog (optuženog T. koji se približava vozilu sa pištoljem u rukama usmjerenim prema vozilu, nakon što je pucao u B., pri čemu ga u svijesti o postojanju opasnosti po život i pojačanju intenziteta straha, dodatno utvrđuje i opredjeljuje i panično vikanje G. koji osjeća istu životnu ugroženost), a koja za njega predstavlja opasnost za život ili u krajnjem slučaju za koju drži da je opasna po njegov život, pa u cilju što bolje lične zaštite, impulzivno dodaje pištolj optuženom G. S tim u vezi sud je bio dužan cijeneći ove činjenice i okolnosti koje su nepobitne, dati razloge o odlučnim činjenicama iz kojih proizilaze elementi umišljaja optuženog R. tj. svijest i volja u odnosu na zabranjenu posljedicu, odnosno po općeprihvaćenju tzv. «Frankovoj formuli» (krivičnopravni teoretičar Rajnhard Frank *op. aut.*) iznijeti logične i zdravorazumske razloge da se optuženi R. ne bi uzdržao od poduzete radnje sve i da je nastupjelu posljedicu predvidio kao sigurnu (izvjesnu). No, kako i u odnosu na te odlučne činjenice presuda ne sadrži razloge, nedvojbeno je da i u odnosu na tu odlučnu činjenicu postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH.

Istovrsna bitna povreda odredaba krivičnog postupka, postoji i u odnosu na odlučnu činjenicu, tj. na pokušaj i namjeru drugooptuženog G. da liši života prvooptuženog T. Na te okolnosti, iako odlučne, pobijana presuda osim paušalnog obrazloženja da postoje i analizirani su svjedoci (????!!) koji vide njegov trk (misli se na G.) u pokušaju da liši života prvooptuženog T., ne sadrži niti jedan navod. S tim u

vezi, a kako sud (strana 8., 24-26 red odozgo) navodi da svjedoci ne vide i ne prepoznaju aktere događaja i uglavnom su čuli pucanje ili nisu uopće očevici događaja, ostaje krajnje nejasno i presuda ne sadrži razloge o tome koji su to svjedoci vidjeli taj trk i pucanje drugooptuženog G. u namjeri da liši života prvooptuženog T. Naime, kada je u pitanju utvrđivanje odlučnih činjenica, nije dovoljno da se sud pozove samo na iskaz svjedoka (ovom prilikom ostaje čak nejasno koji svjedok) dat na glavnom pretresu, nego je isti dužan navesti na odgovarajući način i dati ocjenu njegove sadržine, uključujući njegovu logičku i psihološku ocjenu u vrijednosnom smislu, zasnovanu na citiranoj analizi istog i njegovoj konfrontaciji sa drugim dokazima (prije svega objektivnim), budući da u protivnom presuda nema razloga o odlučnim činjenicama. (SS. Kzs.47/82, Bilten 18/83 - Komentar Zakona o krivičnom postupku, Dr.Hajrija Sijerčić-Čolić, Draško Vuleta, Malik Hadžiomerađić, OSCE-Ured za demokratizaciju, Sarajevo 1999., Komentar člana 358. ZKP FBiH, strana 474. pasus II).

U kontekstu prednjeg ističemo da jedini svjedok koji je imao priliku da nešto vidi, svjedok (sada rahmetli) Bećirević Enes (strana 8, 39-41 red odozgo) koji u svom iskazu navodi da je vidio atletski građenu osobu u majici kratkih rukava, koja drži revolver i puca u pravcu suprotno od sebe. Dakle, ovaj svjedok da bi mogao vidjeti i osobu (sa opisom koji daje) i pištolj koji ova ima (čak ga stručno naziva revolverom), morao je biti u takvoj situaciji da je okrenut licu te osobe. Istina, ovaj svjedok nije mogao prepoznati u sudnici ko je od optuženih ta osoba, ali imajući u vidu prethodno istaknuto i činjenicu da svjedok (inače bivši oficir JNA i osoba vična u postupanju oružjem, a po vlastitim navodima i vrhunski strijelac iz vatrenog oružja) u postupanju i radnjama te osobe vidi opasnost za nazočne u agenciji «Guliver», te nalaže im da zalegnu, što i sam čini, nesporno je da je ta osoba prvooptuženi M. T., koji u toj situaciji puca na drugooptuženog G., koji se povlači u pravcu agencije «Guliver» i u bijegu puca na prvooptuženog T. Navedeno potvrđuje i nalaz i mišljenje vještaka balističara koji sud interpretira u pobijanoj presudi (strana 11., 18-20 red odozgo), iz kojeg proizilazi da obzirom na koncentraciju čahura kalibra 9 mm koja ide po jednoj liniji, upućuje da je strijelac (tj. drugooptuženi G.) bio u pokretu, koji pokret zapravo nije ništa drugo nego bijeg od hitaca ispaljenih od strane prvooptuženog T.

Bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH, postoji i iz razloga proturječnosti razloga pobijane presude nastalih kao rezultat pogrešno izvršene analize i ocjene objektivnih dokaza u spisu. Naime, na strani 13. (pasus III, 4. i 5. red odozgo) sud navodi da u smislu potpunog i pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja poklanja vjeru i isto bazira na nalazima i mišljenjima vještaka. U tom smislu ističemo da proturječnost između razloga presude postoji kada je u pitanju konfrontacija nalaza i mišljenja vještaka sudske medicine i vještaka balističara, a čija je potpuna saglasnost potrebna da bi se činjenično stanje moglo smatrati potpuno i pravilno utvrđenim. Naime, ako sud poklanja punu vjeru nalazu i mišljenju vještaka sudske medicine koji je kao jedini stručan da precizira ulazno-izlazne otvore kod povreda prvooptuženog T. bio decidan da ne može da precizira ulazno izlazne otvore (strana 12, pasus II, 19-21 red odozgo), onda u odnosu na tu činjenicu sud nije mogao prihvatiti nalaz i mišljenje vještaka balističara Nijaza Smajića, koji «na bazi ulazno izlaznog otvora» (strana 12., pasus I, 5-ti red odozdo) određuje položaj optuženog T. u momentu povređivanja, budući da je određivanje ulazno-izlaznih otvora kod povređivanja vatrenim oružjem (karakteristični prsten na ulaznom otvoru kao posljedica djelovanja zrna na tkivo i slično) u domenu sudske medicine i *conditio sine*

qua non za davanje tačnog nalaza i mišljenja vještaka balističara. Obzirom da se vještak sudske medicine nije mogao na decidan način izjasniti o prednjim činjenicama, ostaje krajnje nejasno temeljem čega je vještak balistilčar utvrdio koji je ulazni, a koji izlazni otvor, kao polazna tačka za davanje nalaza i mišljenja u odnosu na te okolnosti. Sljedstveno izloženom, to osim istaknute proturječnosti razloga presude, bitna povreda odredaba krivičnog postupka u smislu člana 358. stav 1. tačka 11. ZKP FBiH postoji i iz razloga što i u odnosu na tu odlučnu činjenicu presuda ne sadrži razloge.

Kako opisane bitne povrede odredaba krivičnog postupka neminovno imaju za posljedicu pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, to u pogledu činjenično pravne argumentacije i iznošenja žalbenih razloga u vezi sa žalbenim osnovom iz člana 357. stav 1. tačka 3. ZKP FBiH (pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje), a koje proizilaze iz opisanih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, upućujemo na prethodno iznesenu argumentaciju koja se tiče bitnih povreda odredaba krivičnog postupka.

Međutim, osim pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja nastaloga kao posljedica opisanih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, isto *prima facie* proizilazi prije svega iz činjenice što sud u pobijanoj presudi *via facti*, a unatoč činjenici što je ista opovrgnuta dokazima objektivne prirode, prije svega nalazom i mišljenje vještaka sudske medicine Hamze dr. Žuje (strana 13., pasus I, 1-2 red odozgo), izvodi pogrešne činjenične i pravne zaključke, te ih selektivno i *in peius* samo u odnosu na odbrane drugooptuženog i trećeoptuženog slijedi kako temporalno-prostorno, tako i činjeničnu verziju događanja *in tempore criminis*, ne prihvatajući postupanje optuženog R. i drugooptuženog G. kao postupanje u nužnoj odbrani. U situaciji kada se prvooptuženi T. sa r e p e t i r a n i m i uperenim pištoljem približava vozilu u kojem se nalaze drugo i trećeoptuženi, po mišljenju suda nije logično da u tim okolnostima (strana 15. I pasus, 6-9 red odozgo) obzirom da optuženi R. koji ima oružje, nije taj koji brani njih obadvojicu nego dodaje oružje mlađem Gariboviću. Međjutim, ovakav zaključak suda je do kraja pogrešan, jer upravo bi bilo nelogično da trećeoptuženi koji se nalazi na suvozačevom sjedištu, unatoč tome što je temeljem ratnog iskustva vičan rukovanju oružjem, napusti vozilo i bez zaklona (T. ide prema vozilu i neposrednoj blizini suvozačevog sjedišta) pokuša poduzeti bilo kakvu odbrambenu radnju, jer bi to bilo ravno samoubistvu, pogotovo u situaciji kada prvooptuženi T. ima oružje koje je spremno za ispaljenje zrna (repetirano tj. metak u cijevi), a trećeoptuženi R. uz to još mora računati i na mogućnost otežanog ubacivanja metka u cijev (vještak balističar Nijaz Smajić, strana 11, 27-28 red odozgo) i neophodnost otklanjanja toga zastoja, a sve to u okolnostima neposredne blizine optuženog T. (sa repetiranim pištoljem spremnim za ispljenje) i u situaciji u kojoj o životu i smrti (ili najblaže težem povređivanju) odlučuju stotinke sekunde. Za poduzimanje svih ovih radnji, počev od napuštanja vozila, repetiranja pištolja, zauzimanja stava podobnog za pucanje iz pištolja i svrsishodnu odbranu, potrebno je vrijeme koje jednostavno ne postoji, pri čemu se iste moraju poduzeti u neposrednoj blizini naoružanog T. koji se približava vozilu, u kontekstu čega se ne može i ne smije zanemariti fizička konstitucija optuženog R. koji je visok skoro dva metra, izrazito atletski građen, što bi se u narodu reklo «k'o gora», tako da bi ga (R.) sa razdaljine u kojoj bi se nalazio nakon izlaska iz vozila u odnosu na optuženog T., bilo teže promašiti, negoli pogoditi i po najlošijem strelcu vatrenim oružjem.

U kontekstu prednjeg sud je prilikom ocjene dokaza objektivne prirode, prije svega nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra i vještaka balističara, zanemarujući utvrđenu i nespornu činjeničnu, vremensku i prostornu podlogu događanja *in tempore criminis*, iste cijenio selektivno i isključivo u smislu potvrde činjeničnih navoda optuženja. Međutim upravo nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra isključuju zaključak suda o nelogičnostima u postupanju optuženog R., obzirom da iz tačke 3. zaključka vještaka nedvojbeno proizilazi da radnje koje poduzima optuženi R., poduzima impulzivno i sa snažnim afektom straha, sa ciljem što bolje lične zaštite, dakle svrsishodno. Da je optuženi Redžepović, a sa njim i drugooptuženim G., postupao u nužnoj odbrani, pored krajnje defanzivnog držanja optuženog R. koji «zaliježe» pod sjedište, upravo potvrđuje nalaz i mišljenje vještaka balističara (strana 11., 18-20 red odozgo), iz kojeg proizilazi da obzirom na koncentraciju čahura kalibra 9mm koja ide po jednoj liniji upućuje da je strijelac (tj. drugooptuženi G.) bio u pokretu, koji pokret zapravo nije ništa drugo nego bijeg G. u pravcu agencije «Guliver» od hitaca ispaljenih od strane prvooptuženog Terze. Činjenica da optuženi G. udaljavajući se od mjesta događanja, u pokretu (bijegu), braneći se puca na prvooptuženog T., krajnja je potvrda defanzivnog (odbrambenog) postupanja optuženog R. i optuženog G.. Sasvim se razložno postavlja pitanje, zašto R. onda uopće «zaliježe» pod sjedište kada G. u okolnostima opisanim u izreci pobijane presude izlazi iz vozila sa namjerom da liši života T. M. i da li je logično da u tim okolnostima optuženi R. uopće «zaliježe» pod sjedište. Činjenicu da optuženi R. «zaliježe» u svom iskazu u cijelosti potvrđuje i prvooptuženi T. i to nekoliko puta u toku trajanja glavnog pretresa.

S tim u vezi, ako smo već kod pravila logičkog i zdravorazumskog promišljanja i istaknutog uvjerenja suda o nepostojanju neposredno predstojećeg napada na drugooptuženog i trećeoptuženog R. od strane prvooptuženog, sud je razlozima pobijane presude bio dužan odgovoriti na pitanje, zašto se prvooptuženi T. unatoč činjenici što je jasno vidio da su optuženi R. i G. parkirani sa vozilom i čekaju oštećenog B., odlučuje za kretanje prema vozilu u kojem se nalaze lica koja su ga po zakonu u smislu člana 183. stav 4. ZKP FBiH nakon što je pucao u oštećenog B., imala pravo na licu mjesta lišiti slobode (tzv. *citizen's arrest*). Naime, puno lakše i sigurnije je bilo pobjeći u pravcu Marijin Dvora, te «zamaći» odmah iza kuće kod koje se desio predmetni događaj. Ono što sud u svjetlu prednjeg takođe zanemaruje, jeste činjenica da u momentu kada se približava vozilu, optuženi T. se nalazi u bjekstvu sa lica mjesta, odlučan u namjeri da isto napusti, prikrije tragove i sredstva krivičnog djela i učini se nedostupnim organima gonjenja. S tim u svezi, sasvim je logično postupanje T. kao bjegunca koje opisuju drugo i trećeoptuženi, tj. uperen pištolj u pravcu vozila i optuženih R. i G., koji pištolj koristi da bi spriječio svakog onoga koji bi čak i pokušao da se koristi svojim *ex lege* pravom i u smislu člana 183. stav 4. ZKP BiH prvooptuženog kao učinioca krivičnog djela koje se goni *ex officio*, zatečenog na licu mjesta, liši slobode. Da je optuženi T. bio «zainteresiran» za postupanje drugo i trećeoptuženog u okolnostima njegovog napuštanja lica mjesta nakon pucanja u oštećenog B., te da je s tim u vezi tačna odbrana ovih optuženih koji navode da se prvooptuženi T. sa pištoljem uperenim u njih približavao vozilu u kojem su se nalazili, potvrđuju navodi odbrane prvooptuženog T. u odnosu na optuženog R. koji na strani 8. pasus IV, Zapisnika sa glavnog pretresa od 17.03.2004. godine navodi:

Ctt: «...dakle bio je u autu i bio svo vrijeme u autu i ja sam tako i ranije rekao.»

Ako je jedina namjera optuženog T. bila da se udalji sa lica mjesta nakon što je pucao u oštećenog B., pri čemu se u datim okolnostima fizičkog obračuna i pucanja prvooptuženog T. u oštećenog B. i po utvrđenjima presude optuženi G. i R. nalaze u vozilu, postavlja se pitanje zašto prvooptuženi T. u bijegu sa lica mjesta, a približavajući se predmetnom vozilu sa pištoljem u rukama, prati ponašanje i položaj osoba koje se nalaze u vozilu i ne poduzimaju bilo kakvu radnju prema njemu. Da li su razlozi takvog postupanja prvooptuženog T., njegova namjera da spriječi i osujeti čak i u odluci optužene G. i R. da čak i pokušaju da se služe svojim pravom u smislu člana 183. stav 4. ZKP BiH ili pak njegova namjera da puca i u njih, ostaće nerazjašnjeno budući da isto nije moguće provjeriti temeljem objektivnih dokaza u spisu. Međutim, ove činjenice i okolnosti, u koneksitetu sa činjenicom da se sve dešava netom nakon što je T. «u sred bijela dana pucao u B.», predstavljaju objektivne činjenice na osnovu kojih su drugo i trećeoptuženi mogli zaključiti da predstoji neposredni protivpravni napad na njih dvojicu od strane prvooptuženog T.

Posljedicom opisanih bitnih povreda krivičnog postupka i pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja nastalog kao rezultat istih, te selektivne tj. *in peius* ocjene objektivnih dokaza, sud je učinio i povrede krivičnog zakona koje se ogledaju u sljedećem:

Prva povreda krivičnog zakona, jeste u smislu člana 359. stav 1. tačka 1. ZKP FBiH, a ogleda se u tome što radnje koje je *in tempore criminis* poduzimao optuženi R. ne predstavljaju krivično djelo budući da su poduzimane u nužnoj odbrani u smislu člana 10. KZ FBiH. S tim u svezi u pogledu činjenično pravne argumentacije i obrazloženja žalbenih razloga ovog žalbenog osnova, ekonomičnosti i izbjegavanja nepotrebnih ponavljanja radi, upućujemo na odgovarajuća obrazloženja iz prethodnog odjeljka žalbe, a u pogledu prvog žalbenog prijedloga, trećeoptuženi R., shodno članu 5. stav 2. u vezi sa članom 26. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH («Službene novine FBiH», broj: 36/03 od 29.07.2003.godine), traži da se ovaj zakon primjeni kao blaži, budući da je citiranom odredbom člana 26. stav 2. tog zakona izravno predstojeći napad propisan kao zakonski osnov za postojanje nužne odbrane, za razliku od odredbe člana 10. stav 2. KZ FBiH («Službene novine FBiH», broj: 43/98 od 20.11.1998.godine) koja ovu okolnost ne propisuje kao zakonski osnov za priznavanje prava na nužnu odbranu.

Druga povreda krivičnog zakona postoji u smislu člana 359. stav 1. tačka 2. ZKP FBiH, a odnosi se na drugi alternativni žalbeni prijedlog. Naime, ako sud nije prihvatio da se *in concreto* radilo o nužnoj odbrani, onda nije smio ni prenebregnuti činjenicu da iz nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra (tačka 3. zaključka nalaza i mišljenja vještaka neuropsihijatra) nedvojbeno proizilazi da radnje *in tempore criminis* trećeoptuženi poduzima u stanju produbljenog osjećaja ugroženosti, impulzivno i sa snažnim afektom straha, sa ciljem što bolje lične zaštite, a sve to u situaciji i okolnostima u kojoj je doveden bez svoje krivnje i čvrstom uvjerenju proizašlom iz date situacije u kojoj vjeruje da je neposredno doveden u opasnost njegov život, da predstoji napad na njega, što u izostanku uslova za korištenje nužnom odbranom (sve i da drugostepeni sud nađe da nije bilo uslova za nužnu odbranu), ukazuje na postojanje tzv. «putativne nužne odbrane» tj. na postojanje stvarne zablude u smislu člana 39. KZ FBiH (član 17. starog KZ FBiH) na strani optuženog R. Shodno prednjem, ako se *in concreto* nije radilo o nužnoj odbrani, onda je obzirom na nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra (koji sud prihvata kao stručan i neupitan) nedvojbeno da se optuženi R. *in tempore criminis* nalazio u neotklonljivoj i neskrivljenoj

stvarnoj zabludi u širem smislu, da se nalazi u nužnoj odbrani (putativna nužna odbrana), te da je s tim u vezi njegovo postupanje dozvoljeno. Na neotklonjivost i neskrivljenost stvarne zablude po optuženom R. ukazuje prije svega činjenica da je u datu situaciju doveden krivnjom drugog tj. optuženog T. koji se sa repetiranim i uperenim pištoljem nakon što je pucao u B., približava vozilu u kojem se nalazi optuženi R., što je uslovalo impulzivnu i u strahu i životnoj ugroženosti poduzetu radnju optuženog R., posljedičnu pretrpljenom šoku, obuzetosti strahom i životnom ugroženosti, te brzini i iznenadnosti toka događanja. Obzirom na citirane navode nalaza i mišljenja vještaka neuropishijatra, prvostepeni sud je primjenom procesnopravnog osnova iz člana 345. stav 1. tačka 2. trebao osloboditi od optužbe trećeoptuženog, jer stvarna zabluda predstavlja materijalnopravni osnov koji isključuje postojanje krivične odgovornosti.

U kontekstu prednjeg, čak i za slučaj da se radilo otkonjivoj stvarnoj zabludi nastaloj kao posljedica nehata optuženog R. tj. nastaloj kao posljedica toga da je optuženi R. unatoč svim istaknutim činjenicama i okolnostima mogao i bio dužan da ima svijest o tome da ne postoje okolnosti koje isključuju postojanje krivičnog djela, činjenicom da se krivičnopravna radnja pomaganja može počinuti samo umišljajno, to je sud primjenom procesnopravnog osnova iz člana 345. stav 1. tačka 2. ZKP FBiH, a temeljem člana 39. KZ FBiH (član 17. ranijeg KZ FBiH) u vezi sa članom 33. stav 1. u vezi sa članom 34. stav 1 KZ FBiH (član 25. stav 1. u vezi sa članom 26. stav 1. ranijeg KZ FBiH), optuženog R. trebao osloboditi od optužbe.

Ne prihvati li sud naprijed istaknute žalbene prijedloge, a za slučaj da nađe da iz radnji drugooptuženog proizilazi prekoračenje granica nužne odbrane u smislu člana 26. stav 3. KZ FBiH (odnosno iz člana 10. stav 3. ranijeg KZ FBiH), činjenicom da je obzirom na nalaz i mjišljenje vještaka neuropsoihijatra utvrđeno da je optuženi R. radnje poduzimao sa jakim uticajem straha, ukazujemo da se cijeneći sve okolnosti *in tempore criminis*, te obzirom da je događajem sam oštećen jer je izgubio dobrog prijatelja, kao i obzirom na činjenicu da sud na strani ovog optuženog ne nalazi nijednu otežavajuću okolnost, svrha kažnjavanja u odnosu na ovog optuženog može ostvariti i oslobađanjem od kazne u smislu člana 26. stav 3. KZ FBiH (član 10. stav 3. ranijeg KZ FBiH) ili izricanjem kazne u visini vremena koje je optuženi R. proveo u pritvoru (skoro 8 mjeseci).

Na kraju, opreza radi, za slučaj da ne budu usvojeni prednji žalbeni razlozi i prijedlozi, smatramo da je sud zanemariivši prije svega nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra, optuženom R. izrekao prestrogu kaznu, uz istovremeno isticanje da bi se blažom kaznom ili drugom krivičnom sankcijom mogla u cijelosti ostvariti svrha kažnjavanja. Naime, iz razloga pobijane presude u dijelu odluke o kazni sasvim je razvidno da sud u odsustvu otežavajućih okolnosti na strani optuženog R., kao olakšavajuće okolnosti cijeni sve one koje je cijenio i optuženom G., zanemarujući u cijelosti činjenicu da je radnje za koje se tereti poduzimao pod jakim uticajem straha (prepasti), koja okolnost sve i da se ne prihvate prednji žalbeni prijedlozi, ne može ostati bez uticaja prilikom odlučivanja o vrsti i mjeri krivične sankcije, odnosno kazne u ovom slučaju. S tim u vezi žalba ukazuje da je ova okolnost od izuzetnog značaja i da se ista u koneksitetu sa činjenicom da je kritične zgode izgubio dobrog prijatelja, te da je vidio kako prvooptuženi T. puca u istog, ima cijiniti kao osobito olakšavajuća okolnost, budući da je posljedicom iste, nastale krivnjom drugog, radnje koje je poduzimao, poduzeo impulzivno. Nadalje, sud takođe ne cijeni činjenicu da je zapravo zahvaljujući ovom optuženom došlo do razjašnjavanja nekih bitnih pojedinosti u ovom predmetu.

Naime, optuženi R. je imao mogućnost da negira da je on dodao pištolj, da je isti njegov, jer to optuženi T. nije vidio i nikada na sudu istakao, međutim on je kao častan i pošten čovjek, a nadasve istinski vjernik, ipak to priznao pred sudom. Prilikom odlučivanja o visini kazne sud je u cijelosti zanemario vrijeme koje je optuženi R. proveo u pritvoru. Naime, obzirom na činjenicu da je optuženi Redžepović u pritvoru proveo skoro 8 mjeseci, a da mu je sud izrekao kaznu u trajanju od jedne godine (tj.12 mjeseci), to se u odnosu na činjenicu da treba da «odleži» nešto više od 4 mjeseca, sa aspekta svrhe kažnjavanja i izricanja krivičnopravnih sankcija postavlja pitanje svrhovitosti izricanja ovakve kazne, pogotovo s toga što obzirom na stanje u spisu nesporno proizilazi da je optuženi R. n e o s u đ i v a n, da nakon spornog događaja nije dolazio u sukob sa zakonom, kao i to da se radi o čovjeku vjerniku koji je kao svoj kodeks ponašanja prihvatio najviše pricipa religije i vjere koju prakticira. Kako vjera ne uči zlu, to žalbu dodatno utvrđuje u uvjerenju da se od optuženog R. ne mogu ni u budućnosti očekivati društveno devijantna ponašanja.

Kako je optuženi R. u cijelosti socijalizirana osoba, u kontekstu prednjeg posebno ističemo, da bi obzirom na savremena penološka shvatanja o kratkotrajnim kaznama lišenja slobode, ponovni odlazak optuženog u zatvor mogao imati i negativne posljedice i biti protivan svrsi kažnjavanja, pa makar se radilo i o ostatku kazne koji treba da se odsluži.

Obzirom na istaknuto, očigledno je da sud kaznu koju je izrekao poima prevashodno kao sredstvo r e t r i b u c i j e prema optuženom, pa s tim vezi slijedi i penološki zastarjelo shvatanje suda o neophodnosti izolacije optuženog iz društva kao bitnom elementu realizacije ciljeva specijalne prevencije, preko kojeg se trebaju ostvariti i ciljevi generalne prevencije. Naime, retributivni element kazne, kao i svake druge krivične sankcije, jeste nužnost koja izvire iz potrebe zaštite društva od kriminaliteta, ali isti osim neodobravanja i prijekora društvene zajednice prema delikventu, mora biti podoban da reuzultira r e s o c i j a l i z a c i j o m delikventa. U tom smislu pobijana presuda zanemaruje penološke aspekte izricanja i izvršenja kazne, zasnivajući se pritom na u penološkoj teoriji prevaziđenim shvatanjima generalne i specijalne prevencije. Iz pobijane presude nepobitno proizilazi da sud generalnu prevenciju shvata prevashodno kao oblik zastrašivanja i pasivne represije, koje shvatanje je u savremenoj penološkoj praksi i teoriji, napušteno pod uticajem aktivnog društvenog spriječavanja kriminaliteta i težnjom za resocijalizacijom delikvenata. U tom kontekstu navodimo stajalište svjetski poznatog penologa Paula Cornila koji kaže da je pedagoški dokazano da se vaspitno ne može djelovati na čovjeka koji se istovremeno želi zastrašiti (Osnovi penologije, Dr. Rajka Mladenović-Kupčević, str.68). Na tragu tih shvatanja o suštini i ciljevima krivičnih sankcija na Prvom kongresu UN za suzbijanje zločina i za postupanje sa delikventima, (Ženeva 1955), formulirana su i savremena shvatanja o generalnoj i specijalnoj prevenciji.

S tim u vezi, a prema stajalištima savremene teorije društvene odbrane (inače dominantne penološke doktrine u teoriji i praksi), n a j e f i k a s n i j a zaštita društvenih dobara i vrijednosti može se postići r e s o c i j a l i z a c i j o m pojedinca. Sljedstveno tome, ova doktrina ne negira značaj kazne kao sredstva resocijalizacije delinkventa, ali istovremeno kaznu tretira kao nužnost, u slučaju da se *in concreto* resocijalizacija ne može postići primjenom krivičnih sankcija koje ne obuhvataju izolaciju delikventa (lišenje slobode) u odgovarajuću ustanovu i primjenu mjera zavodske penitensijerne administracije. Međutim pobijana presuda bez ikavog kritičkog

osvrta i analize u postupku utvrđenih činjenica, kao jedini mogući način resocijalizacije drugooptuženog, vidi u njegovoj pa makar i kratkotrajnoj izolaciji iz društvene zajednice. U tom kontekstu očigledno je da sud, izolaciju (lišenje slobode) optuženog R. shvata kao *conditio sine qua non* specijalne prevencije, preko kojeg treba da se ostvare i ciljevi generalne prevencije. Stavljajući znak jednakosti između izolacije i specijalne prevencije, sud ne samo da pogrešno tumači suštinu i ciljeve specijalne prevencije (resocijalizacija), nego zanemarujući ličnost trećeoptuženog i naučno dokazanu kriminogenu prirodu zatvora (pogotovo kod relativno kratkotrajnih kazni lišenja slobode, imajući u vidu ostatak kazne koji bi trebao da odsluži R.), odluku o izboru vrste i mjere krivične sankcije zasniva isključivo na penološki prevaziđenoj ideji s e g r e g a c i j e. S tim u vezi sud je prilikom izbora vrste i mjere krivične sankcije zanemario savremene penološke postavke prema kojima se resocijalizacija delikventa treba ostvarivati krivičnim sankcijama koje se sastoje u ograničenju slobode delikventa (uvjetna osuda sa dužim vremenom provjeravanja, ista u kombinaciji sa zaštitnim nadzorom ili obavezama utvrđenim uz uvjetnu osudu i sl.), dok se ista putem krivičnih sankcija koje uključuju lišenje slobode (izolaciju) treba ostvarivati samo u slučajevima kada se obzirom na raniji život i ličnost delikventa i okolnosti slučaja (što u odnosu na trećeoptuženog nije slučaj), ne može očekivati da će se svrha krivičnih sankcija i kažnjavanja ostvariti krivičnim sankcijama koje obuhvataju samo ograničenje slobode.

Dovodeći u vezu prednje navode sa ličnošću optuženog R., njegovim ličnim i porodičnim prilikama, iskrenim držanjem pred sudom, kao i svim utvrđenim činjenicama i okolnostima na strani trećeoptuženog na koje je ukazala ova žalba, a i sama presuda, a koje u svojoj ukupnosti i odsustvu otežavajućih okolnosti na strani ovog optuženog imaju karakter osobito olakšavajućih okolnosti, nameće se zaključak da se svrha krivičnih sankcija i svrha kažnjavanja u odnosu na ovog optuženog mogu ostvariti i krivičnom sankcijom koja se sastoji samo u ograničavanju slobode ili u krajnjoj konsekvenci (kao krajnja nužnost) krivičnom sankcijom koja obuhvata lišenje slobode u znatnom kraćem trajanju od onog utvrđenog pobijanom presudom, odnosno u trajanju vremena provedenog u pritvoru.

Imajući u vidu prednje žalba je osnovana i na zakonu utemeljena pa se predlaže kao u uvodu iste.

Obrana predlaže da se o sjednici vijeća drugostepenog suda obavijeste branitelj i optuženi R. A., kako bi prisustvovali sjednici vijeća i učestvovali u obrazlaganju uložene žalbe.

branitelj

A.R.